

ANUARIO  
DE  
DERECHO PENAL  
Y  
CIENCIAS PENALES

TOMO LVI

MMIII



MINISTERIO  
DE JUSTICIA

MINISTERIO  
DE LA PRESIDENCIA

**BOE** BOLETIN  
OFICIAL DEL  
ESTADO

# ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

## Director:

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad Complutense de Madrid

## Subdirector:

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Alcalá de Henares

## Redactor-Jefe:

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

## Secretario:

RAFAEL ALCÁCER GUIRAO  
Profesor Titular de Derecho penal de la  
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

## Vicesecretario:

M.<sup>a</sup> CARMEN FIGUEROA NAVARRO  
Profesora Titular (EU) 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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 Pablo de Olavide

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.<sup>a</sup> 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 LVI  
MMIII**

**MINISTERIO DE JUSTICIA**  
Secretaría General Técnica



**MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA**  
Boletín Oficial del Estado

Madrid, 2004

---

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

---

NIPO (BOE): 007-04-091-1  
NIPO (M. de Justicia): 051-04-028-1  
ISSN: 0210-3001  
Depósito legal: M-126/1958

---

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

## José María Navarrete Urieta (1922-1996)

### *In memoriam*

MIGUEL POLAINO NAVARRETE

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Sevilla

MIGUEL POLAINO-ORTS

Becario DAAD-La Caixa en la Universidad de Bonn

*El Excmo. Ateneo de Sevilla encargó recientemente a los autores la redacción de una semblanza del Prof. Navarrete Urieta, para su inserción en el tomo II del «Diccionario de Ateneístas», de próxima publicación. Comoquiera que el Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, que tiene por costumbre publicar una Necrológica de los Catedráticos españoles al momento de su fallecimiento, no publicó en su día la que correspondía al Prof. Navarrete, se ha considerado oportuno, de conformidad con el Presidente del Excmo. Ateneo de Sevilla y del Director de esta Revista, reproducir en este número la semblanza redactada en honor de quien fuera Catedrático de Derecho penal en las Universidades de Santiago de Compostela, Valencia y Sevilla. El primer destino, más divulgativo que científico, de esta semblanza explica la relativa amplitud del análisis biográfico y cultural que se dispensa a la personalidad del Prof. Navarrete, en vez de circunscribirse a un mero examen de los aspectos académicos y dogmáticos de su actividad y obra.*

Catedrático de Derecho penal, Abogado y Humanista, nacido en noviembre de 1922 en Cádiz, donde a la sazón su padre, originario de Águilas (provincia de Murcia), se hallaba destinado por razones profesionales, en su condición de Capitán de la Marina, al mando del barco «Plus Ultra». Con pocos años de edad, se traslada con su familia a otra ciudad portuaria andaluza, Málaga, de cuya provincia (en concreto, de Torremolinos) era oriunda su familia materna. Allí cursaría sus estudios primarios, trabando amistad con Antonio Tejero

Molina (compañero de banca de colegio de un hermano menor de Navarrete), quien –varias décadas después, siendo Teniente Coronel de la Guardia Civil– sería cabeza destacada en el golpe de Estado del 23 de febrero de 1981, protagonizando el asalto al Congreso de los Diputados. Poco después de tan execrable hecho, que puso al borde del precipicio el sistema democrático instaurado por la Constitución de 1978, cierto periodista le preguntó a Navarrete por su relación con Tejero, y aquél le contestó, con su habitual ironía y sentido del humor: «de niños jugábamos con el tricornio de mi abuelo, que era Coronel de la Guardia Civil, y ahora, de mayor, él se ha jugado el tricornio...».

Culminados sus estudios primarios y secundarios, se traslada a Granada, donde comienza la carrera de Medicina, abandonándola poco después por el estudio del Derecho, que había de cursar con tanto entusiasmo como aprovechamiento. En el *alma mater* granadina conoció y admiró a no pocos ilustres maestros, que imprimieron una huella indeleble en su personalidad intelectual y a los que no sólo no olvidaría jamás sino que evocaba con frecuencia. Reconociendo al Profesor Juan del Rosal Fernández como su primer maestro, de él afirmaba que fue quien –en el propio decir de Navarrete– le «inoculó el virus» por los temas penales y criminológicos, y quien pronto y generosamente le acogería entre sus preclaros discípulos. Siguió al maestro granadino en el peregrinar universitario por tierras castellanas, al ser Del Rosal designado Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Valladolid y Decano de su Facultad de Derecho, y después Catedrático en la Universidad Central de Madrid y Profesor de la Escuela Judicial. A Del Rosal lo recordaría siempre, con tal grado de veneración discipular que, en todas las tertulias académicas en que participaba Navarrete, indefectiblemente invocaba el nombre de Del Rosal, narrando todo tipo de recuerdos y vivencias académicas habidas junto al maestro, con sus extravagancias y genialidades, para concluir sentenciando: «¡cosas de Del Rosal!». De él recordaba sabrosas anécdotas. Del Rosal, Catedrático, Académico y Abogado de prestigio, excelente orador de cautivador estilo, solía emplear el plural mayestático para enfatizar su parlamento. En cierta ocasión, durante una animada tertulia en el Seminario de Derecho penal de Valladolid, mirando a Navarrete afirmó: «Mañana, a las nueve de la mañana, nos vamos a Madrid, para un asunto importante que nos ha confiado el Obispo...». Navarrete, tomándose al pie de la letra las palabras de Del Rosal, se presentó a la mañana siguiente en la estación de ferrocarril, orgulloso de acompañar al maestro a la Corte. Del Rosal se alegró de ver que uno de sus colaboradores acudía a despedirle, pero en cuanto divisó el maletín que éste portaba se percató del ma-

lentendido y se excusó: «Navarrete, nos vamos a Madrid, Nos, la Cátedra... pero Vd. se queda aquí».

Precisamente en la Universidad de Madrid defendió su Tesis Doctoral sobre el delito de aborto, en la que habló sin ambages de los métodos anticonceptivos como medio idóneo de prevención de abortos, lo que suscitó cierta polémica. A propósito del acto de lectura y defensa de la Tesis, solía narrar la extrañeza, casi estupefacción, que acusaba el Presidente del Tribunal, don Eugenio Cuello Calón, ante una expresión que pertinazmente se repetía en el texto inédito del trabajo: «aborto *doloroso*». La mecanógrafa, creyendo hallarse ante un error deslizado en el original manuscrito, se permitió rectificar el término, escribiendo «doloroso» por «doloso», y Navarrete no se percató de ello (o no quiso hacerlo) en ningún momento. El Doctorando salió airoso del trance, como no podía ser menos, con una excusa muy suya: «Disculpe el Señor Presidente, pero debe tratarse de una aportación a mi tesis de la experiencia personal de la mecanógrafa».

En Valladolid sería ayudante de Derecho penal en la Cátedra de Juan del Rosal entre los años 1949 y 1952. En aquellos inolvidables años vallisoletanos, anudaría una estrecha e impercedera amistad con numerosos colegas de escuela, entre los que de modo singular gustaba rememorar a José M.<sup>a</sup> Stampa Braun (fallecido recientemente, a los 78 años de edad, el 25 de diciembre de 2003, y de quien Navarrete recordaba que, en su época de doctorando en Bolonia, se había hecho imprimir jocosamente unas tarjetas de presentación en las que se leía: «Marqués de Stampa»), a Ángel Torío López (a quien guardó siempre una admiración sincera) y, prontamente, a Manuel Cobo del Rosal (sobrino de su maestro Juan del Rosal y con el tiempo magno continuador de una escuela), ilustres juristas de dispares orientaciones metodológicas y dogmáticas, a los que concebía entonces, en recuerdo retrospectivo, como «penalistas en ciernes», y a quienes sentía, por encima de todo, como entrañables amigos. En 1952, alentado por Del Rosal, solicita y obtiene una Beca del Consejo Superior de Investigaciones Científicas para ampliar estudios en Alemania. Tras una primera estancia en la localidad de Pullach, en las estribaciones de Múnich, en la que cursa intensivos estudios de lengua alemana, sobreviviendo con un único y diario menú de «patatas cocidas», y donde tendría la oportunidad de coincidir y convivir durante un mes con uno de nuestros filósofos que alcanzaron mayor celebridad en Alemania, don José Ortega y Gasset (Navarrete afirmaba socarronamente «haber tratado más a Ortega que a Gasset»), se traslada a la capital bávara, en la que ya permanecería ininterrumpidamente cinco años, sin regresar a España, ni para asistir al entierro de su padre

por falta de medios económicos, un lustro que sin duda habría de marcar profundamente su vida personal y su carrera universitaria.

Huyendo de la escasez de medios materiales de la España de la época, se encuentra con una Alemania azotada por los desastres del conflicto bélico que ofrecían un panorama profundamente desolador. En Múnich se hospedaría en el Colegio Español de Santiago, fundado por la Compañía de Sacerdotes Operarios, con el Padre José María Javierre a la cabeza, desterrado por entonces a tierras alemanas por su espíritu rebelde, contestatario, un punto provocador, y con quien una década más tarde habría de coincidir en Sevilla. Juntos soportaron, al igual que otros colegiales, las penurias y estrecheces de la época. Para combatirlas, hubieron en ocasiones de acudir a medios diversos, más o menos anómalos, de financiación: cuando se retrasaba la transferencia del dinero de su beca, se veían obligados a empeñar enseres propios (en su caso, su máquina de escribir y un anillo de su madre), y con el dinero que obtenían como préstamo lograban sobrevivir, salvada la dignidad, el Director Javierre y los quince colegiales, durante un par de semanas. Otras veces, acudían los fines de semana a Checoslovaquia, donde se proveían de alguna botella de preciado alcohol que vendían en Alemania por algunas monedas más de las gastadas en la compra y en el viaje. En cierta ocasión, confundieron a Navarrete y a Javierre con unos espías y a punto estuvieron de fusilarlos a la mañana siguiente: las contemporizadoras palabras del ingenioso penalista gaditano y los buenos oficios del sacerdote y periodista oscense pudieron afortunadamente disuadir a aquellos intransigentes guardias de la aduana de llevar a cabo su criminal propósito.

Ya familiarizado con el idioma alemán (respecto del que llegó a pensar que jamás podría comunicar en aquellos estridentes sonidos su pensar y su sentir), sería contratado como Profesor de Español en el *Sprachen- und Dolmetscher-Institut in München*, dirigido por el doctor Paul Schmidt (1899-1970), quien fuera intérprete de Stresemann y de Hitler en sus encuentros con mandatarios internacionales, y –por ello– testigo de excepción de dos decenios críticos de la historia de Alemania. Esta actividad le procuraba, según se desprende del curioso contrato firmado entre Schmidt y Navarrete a mediados de 1955, honorarios que ascendían a 751 marcos, además de un cómodo horario que le permitía compatibilizar la docencia lingüística con sus investigaciones jurídico-penales. Como curiosidad cabría mencionar que allí sería Profesor de Español de la actual Reina de Suecia, por aquel entonces una joven azafata. Además, en aquel Instituto de Lengua e Interpretación conocería a la Secretaria del Director, una bávara oriunda de Herrsching, Elisabeth Ostenrieder Besold («en España se conoce a las esposas en los lugares de ocio; en Alemania, en los luga-

res de trabajo», repetía), con quien poco después contraería matrimonio en Andechs, y con la que tendría cuatro hijos (la primera de ellos, nacida en la capital muniquesa): María Alegría, Maribel, José María y Maximiliano.

En Múnich se formaría directamente con el famoso penalista Edmund Mezger, Catedrático de Derecho penal y relevante figura académica de la intelectualidad de la época. Navarrete –irónico, extrovertido, bromista, rebotante de ingenio, dotado de la chispa del humor– entabló pronto una profunda vinculación científica con el Prof. Mezger, caracterizada por tan sinceros y leales lazos de afecto discipular que hicieron que el maestro le tratara como a un hijo, en inconsciente rememoración quizá del único hijo varón que Mezger tuvo en vida y que muriera varios años antes por mor de los horrores de la Guerra Mundial. Navarrete asistía asiduamente, a tempranas horas de la mañana (desde las primeras del alba siempre se encontraba en plena forma) a las concurridas clases de Mezger, que por entonces tenían lugar en el edificio de la Facultad de Medicina de la Universidad de Múnich. A Mezger le causaba sorpresa que aquel joven investigador español fuera el primero en llegar a la Universidad, aguardando al maestro, para escucharle en el aula, desde antes de que los relojes marcaran las siete de la mañana. Luego le acompañaba paseando hasta el edificio central de la Universidad, y cuando la relación se tornó más íntima y afectiva, acudía a su vivienda, solo o acompañado de su prometida, a disfrutar de la conversación distendida con el maestro y de un «*Kaffee mit Kuchen*» primorosamente preparado por Frau Mezger. Cuentan que una hija del Prof. Mezger se enamoró perdidamente de ese joven español, tan simpático y tan hablador, un amor por cierto no correspondido. Navarrete guardaría de por vida especial gratitud y recuerdo a su maestro alemán, quien le contrató generosamente como Asistente en el Instituto de Derecho Penal (de 1954 a 1956), permitiéndole satisfacer con cierta holgura las apremiantes necesidades familiares tras el matrimonio y el nacimiento de la primogénita, que fue bautizada, como se ha indicado, con el nombre de María Alegría. Navarrete quiso al matrimonio Mezger como a unos padres propios, haciendo suya una leyenda que evocaba a «Padres, Maestros y Patria», y en el decir del Prof. Sainz Cantero, el último penalista español discípulo directo de Mezger en Múnich, jamás tuvo Mezger discípulo más próximo que Navarrete. A la muerte de Mezger, escribió Navarrete una emotiva semblanza: «Durante casi seis años lo traté incluso en su vida íntima, sano y enfermo, triste y alegre en su hogar muniqués. Siempre afable, siempre sereno, siempre lleno de un humor sin víctima, siempre generoso con sus secretos científicos que entregaba a la primera pregunta. Si maestro fue en el

terreno científico, también lo fue en esa difícil ciencia que es la vida cotidiana. La guerra le arrebató a su único hijo varón, pero su corazón no se secó y todos los que estábamos a su alrededor éramos hijos suyos».

Cumplida su dilatada y provechosa estancia alemana, retorna a España, donde obtiene la Adjuntía de Derecho Penal en la Universidad de Santiago (1956-58). Allí dictaría un Curso de Doctorado 1956/57 sobre «*La Evolución de la Dogmática jurídico-penal*», con sus frescos conocimientos adquiridos en sus años de estudios en Múnich (entre los diez alumnos de ese primer curso de Doctorado figuró, por cierto, Juan Manuel Romay Becaria, que con los años sería Ministro de Sanidad en el primer Gobierno de José María Aznar). De su estancia en Santiago, entre las innumerables anécdotas dignas de recuerdo, evoquemos alguna: un mes después de obtener la Cátedra, se le acercó un señor desconocido, de recia complexión y cara de pocos amigos, quien le espetó seriamente: «¿Es Vd. el Catedrático de Penal?», «Sí, señor, para servirle». El desconocido señor añadió secamente: «Mire Vd., tengo una consulta que hacerle. Yo soy el autor del crimen de la Alameda de la Herradura...» (Se refería al célebre caso en que un sujeto asesinó a su novia y a un joven viandante junto a un banco en un paseo cercano a la Catedral de Santiago). Ante la confesión, a Navarrete se le cambió el semblante... y, ante su cara de extrañeza, el desconocido añadió: «He cumplido ya la condena... y al salir de la cárcel me he enterado de que ahora quieren hacer una película sobre el caso. Mi consulta es si puedo reclamar derechos de autor...». Navarrete soltó una carcajada: «Hombre, más autor que Vd., ninguno... pero de ahí a cobrar derechos de autor... es mucho pedir».

Tras dos cursos inconclusos como Adjunto en Madrid (1959/60), obtiene la Cátedra de Derecho Penal en la Universidad de Santiago de Compostela, leyendo la primera Lección Magistral, el lunes 4 de abril de 1960, sobre «*La teoría del delito*». En febrero de 1963, se traslada, por virtud de concurso restringido, a la Universidad de Valencia, donde permanece asimismo dos cursos, trasladándose, en 1965, a la Cátedra de Sevilla, vacante tras el traslado a Salamanca de Manuel Serrano Rodríguez y en la que era Profesor Adjunto Lorenzo Polaino Ortega, Juez de Instrucción excedente, Secretario Judicial y Académico. A la Universidad hispalense quedaría el Prof. Navarrete vinculado el resto de su vida personal y académica. De su primera visita a Sevilla, siendo joven investigador, recordaba la siguiente anécdota. Tomó un taxi e indicó: «a la Universidad» (situada en pleno casco histórico de la ciudad, en la Avenida del Cid, donde se halla una estatua ecuestre del Cid Campeador), y al no especificar más datos, el taxista le transportó a la Universidad Laboral, sita en el

kilómetro 7,5 de la carretera de Utrera (actual sede de la Universidad Pablo de Olavide). Por ello recomendaba siempre al visitante de la Facultad de Derecho de la Universidad hispalense que se cerciorara de que le llevaban «al caballo».

En aquella Facultad sevillana de mediados de los años sesenta coincidió con una brillante generación de juristas, que supieron imprimir un sello en la formación de numerosas promociones de estudiosos del Derecho: entre ellos, Alfonso de Cossío y Corral (Catedrático de Derecho Civil y brillante Abogado y Académico), Faustino Gutiérrez-Alviz y Armario (Catedrático de Derecho Procesal, eximio Abogado y Académico, que compartía o incluso delegaba en Navarrete el formar parte de no pocos Tribunales académicos, en la confianza de que éste, con su ingenio y su gracejo, convencería a los restantes miembros para decantarse por un determinado candidato), Ignacio María de Lojendio e Irure (Catedrático de Derecho Político, caballero de la cultura, extraordinario orador, con quien a menudo concurría a la «Peña Trianera», en animada tertulia, para degustar los suculentos platos primorosamente preparados por el propio Lojendio, que hacía honor a su origen vasco con unas cualidades culinarias sublimes), Francisco Elías de Tejada y Spínola (Catedrático de Filosofía del Derecho y polifacético intelectual, a quien comprendía y benévolutamente mitigaba en no pocas de las geniales extravagancias que le caracterizaban, como dedicar el primer tomo de su *Tratado de Filosofía del Derecho* a su perro Pancho), y los más jóvenes y próximos colegas: Juan Jordano Barea (Catedrático de Derecho Civil y antiguo compañero en Santiago), Manuel Clavero Arévalo (Catedrático de Derecho Administrativo y, andando los años, Ministro de Cultura y de Relaciones con las Regiones), Manuel Olivencia Ruiz (Catedrático de Derecho Mercantil, Subsecretario de Estado de Universidades, eminente Abogado y Académico, amigo desde la temprana coincidencia en el Colegio Mayor César Carlos de Madrid), Jaime García Añoveros (Catedrático de Derecho Financiero y Ministro de Hacienda, de quien afirmaba jocosamente Navarrete: «Jaime es tan gran economista, que no invita sino que invierte»), etc., todos ellos entrañablemente unidos a Navarrete por una íntima relación de auténtica amistad, y de quienes con su habitual ingenio refería con frecuencia anécdotas deliciosas. Como muestra recordemos alguna: Don Manuel Clavero era vecino puerta con puerta de Navarrete, hasta que éste se trasladó a un magnífico chalet en las afueras de Sevilla vendiendo su piso a Clavero para ampliación de despacho; Navarrete gustaba de prestarle libros a Clavero, con la condición de que fueran ajenos al ámbito administrativo, por el singular placer de escuchar luego los sabrosos comentarios del ilustre administrativista y «para apartarle un poco de su na-

tural querencia al Aranzadi»; junto al balcón de la vivienda de Navarrete se extendía la terraza del contiguo despacho de Clavero; éste se sorprendía de la capacidad de trabajo de Navarrete, pues a altas horas de la madrugada todavía había luz en su despacho, trabajando él mismo hasta bien entrada la noche; Navarrete, entre risas, explicaba la broma: había encargado a la criada que dejara la luz de su despacho encendida todos los días hasta las cuatro de la mañana, y añadía: «de este modo, tengo a Manolo Clavero trabajando por el bien de la Ciencia del Derecho toda la madrugada...».

Don José María Navarrete recordaría siempre la fecha de su llegada, acompañado de su familia, a Sevilla el 5 de agosto del año 1965. Por mor del calor reinante en la capital andaluza, vino en acomodar a su esposa e hijos pequeños en una suite del Hotel Alfonso XIII, uno de los suntuosos sitios de hospedaje que en la época disponía de aire acondicionado, para que se recuperaran de la insolación sufrida nada más llegar, y con la no disimulada satisfacción de poder acceder en sólo un minuto a la que sería su magna y postrera *alma mater* hispalense, cuyo seminario gustaba concebir como «el taller del intelectual». Con los años, rememoraba la anécdota, añadiendo enfáticamente: «Y todo esto el 5 de agosto ¡día de la Virgen de las Nieves!». Ya en la capital andaluza, se implicaría Navarrete en múltiples y polifacéticas actividades culturales de la ciudad. Miembro del Ateneo desde 1 de marzo de 1966, fue apadrinado por el Abogado y Académico don José F. Acedo Castilla, que fuera miembro del Consejo Privado de Don Juan de Borbón. En el Ateneo hispalense ostentaría cargos directivos relevantes, organizaría exitosos encuentros culturales y pronunciaría memorables conferencias, como su intervención en la clausura de la «Semana Italiana» el miércoles 4 de abril de 1968. Nombrado Comisario de Protección Escolar por el Ministerio de Educación, el Cardenal Bueno Monreal le designa Director de la Escuela de Magisterio «Monseñor Cirarda» de Jerez, y posteriormente Navarrete dirigirá la Escuela de Derecho de Jerez, a la sazón dependiente de la Universidad de Sevilla. Además, es designado Consejero de Editorial Sevillana S. A., editora del Diario *El Correo de Andalucía*, entonces dirigido por su antiguo amigo José María Javierre. Asimismo participó, junto al Dr. Francisco Candil Jiménez, Profesor de la Universidad hispalense, en el sonado «Homenaje de la Ciudad de Écija en memoria de su hijo ilustre Don Joaquín Francisco Pacheco y García-Calderón», conocido penalista decimonónico tan vinculado al Código penal de 1848, celebrado en Écija el 6 de marzo 1966.

En la Facultad de Derecho de Sevilla sería Catedrático de Derecho Penal durante dos décadas y media, impartiendo clases en la Licenciatura y en el Doctorado (muy sonado fue el Curso de Doctorado

sobre «*El Derecho penal soviético*», dictado en el curso académico 1971/72, al que asistieron como alumnos, entre otros, el Magistrado Dr. Vidal Estepa Moriana y José María Rodríguez de la Borbolla, años más tarde Presidente de la Junta de Andalucía y actualmente Profesor Titular de Derecho del Trabajo en la Universidad de Sevilla). Además, desde enero de 1971 a septiembre de 1972, sería Decano de la Facultad. Hombre de agudo ingenio y finísimo humor, de frases reiterativas y sarcásticas («nada con sifón», «fulanito ni mata ni roba», «lo bueno es enemigo de lo mejor», «este vino tiene dos grados menos que el agua», «tal colega es un pichafría», «este otro, de profesión, sus becas», «frente a la idea, la contraidea», «sobre gustos hay mucho escrito, lo que pasa es que hay que leer», «cobro, luego existo»), sus comentarios rápidos e irónicos eran antológicos. Indolente, despreocupado por los formalismos, prefería una conversación de tertulia –con él, siempre amena, ocurrente, espontánea e ingeniosa– a una convencional hora lectiva de abstrusos problemas dogmáticos. En cierta ocasión, se presentó con ostensible retraso a una Junta de Facultad, justificándolo porque venía de una clase y postulando, muy serio, que cada vez se convencía más de la razón que asistía a Marx. Sus compañeros de claustro, sabedores de las ideas conservadoras de Navarrete, mostraron su extrañeza. Navarrete les explicó: «Cada vez me convengo más de que deberíamos vivir en una Universidad sin clases».

Cristiano anárquico y liberal, según sus palabras, se le encargó la redacción de un discurso sobre el tema «*Prevenir el mal y salvaguardar los sacrosantos derechos de la persona humana*», que fue leído el 4 de octubre de 1969 en el marco del X Congreso Internacional de Derecho penal por el Papa Pablo VI (con quien Navarrete se entrevistaría con este motivo hasta cuatro veces) y publicado en *L'osservatore romano* el 12 de octubre de 1969. Íntimo amigo del poeta Luis Rosales (quien le dedicó un bellissimo poema) y estudioso del Derecho penal histórico, ensalzó la figura del teólogo Alfonso de Castro, considerado por algunos el padre de la Ciencia penal. Hombre de gran cultura, dotado del don de la transmisión de saberes por tradición oral, no se preocupó nunca por publicar su obra (su manual de la asignatura siempre estaba «en prensa»).

Debido a su no disimulado desinterés, y en parte también a su real modestia, su tesis doctoral hubo de quedar inédita. Su obra científica escrita, no obstante, se compone en todo caso de diversos títulos: «Actualidad de Fr. Alfonso de Castro», en *El Eco Cristiano. Revista Mensual Ilustrada*, tomo LXXV, núm. 1315, marzo de 1958, pág. 76; «Alfonso de Castro y la Ley Penal», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, año XV, núm. 141, julio-agosto 1959,

págs. 1405-1415 (donde afirma que la obra de De Castro *De potestate legis poenalis* es quizás el tratado más acabado de deontología jurídica, es sin duda el breviario moral del jurista); «La imputabilidad en el pensamiento de Edmundo Mezger», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales (ADPCP)*, tomo XII, fasc. I, 1959, págs. 39-62 (dedicado «Al profesor Mezger en sus Bodas de Oro del Doctorado»); «La omisión del deber de socorro. Exégesis y comentario del artículo 489 bis del Código penal», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, vol. III, núm. 6, 1959, págs. 419-431; «El encubrimiento entre parientes (Art. 18 del Código penal)», en ADPCP, tomo XIII, 1960, págs. 229-241; «El problema penal y criminológico de las neurosis», en *Los delincuentes mentalmente anormales*, XI Curso Internacional de la Sociedad Internacional de Criminología, Universidad de Madrid, 1961-1962, págs. 461-474; «Elementos racionales e irracionales en la estructura del delito», en *Anales de la Universidad de Valencia*, vol. XXXVI, Curso 1962/63, Cuaderno III-Derecho, págs. 61-73. A estos trabajos habría que añadir las sentidas «Necrológicas» a sus maestros Mezger y Del Rosal (en ADPCP, 1962, págs. 470 y sig., y 1972, págs. 485 y sig.).

Además, tradujo del alemán un librito de su maestro Mezger, titulado *La culpabilidad en el moderno Derecho penal* (Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, vol. 14, 1956, X + 58 págs.), con prólogo y notas de Juan del Rosal; así como la enjundiosa monografía de Mezger titulada *Moderas orientaciones de la moderna Dogmática jurídico-penal*, aunque esta traducción, juntamente con la de otras numerosas obras alemanas que hábilmente recopiló, enriqueciendo con la versión española de su autoría los fondos originales de su selecta biblioteca personal, habrían de quedar inéditas por la propia idiosincrasia del traductor, si bien aportadas por el mismo a la mesa del Seminario, para su conocimiento y comentario, y generosamente puestas a disposición de la comunidad universitaria. Si su obra escrita es relativamente exigua, y si de él se ha dicho que escuchó y aprendió de sus maestros mucho Derecho penal «de oídas», su obra hablada, su ejemplar transmisión oral de saberes, muchos aprendidos al vuelo, con una excepcional perspicacia y una sagacidad inusuales (solía decir: «la vida es un libro, y yo leo una barbaridad»), en verdad es realmente trascendente, y prueba de ello es el perdurable recuerdo que ha dejado sentado en el campo cultural y profesional hispalense.

Al final de su carrera académica, desde mayo de 1983, ejerció la Abogacía en el prestigioso bufete de su antiguo asistente de Cátedra y siempre recordado discípulo Francisco Baena Bocanegra, Abogado y Académico de bien ganado y reconocido prestigio, quien en los mo-

mentos más críticos supo dispensarle el afecto y reconocimiento normalmente debidos al maestro. Jubilado anticipadamente de la Cátedra, en junio de 1988, a los 65 años, por mor de los decretos de desarrollo de la Ley de Reforma Universitaria, vivió sus últimos años en un ostensible ostracismo de la vida universitaria, que había sido su savia existencial, hallando refugio en la *Sierra de Grazalema*. Como él mismo dijera de su maestro Del Rosal, cabe afirmar de Navarrete que «conoció las mieles de la lealtad y tampoco le faltó la amargura de la infidelidad». Falleció en su casa de *Las Canteras* de Castilleja de la Cuesta (Sevilla), el 19 de febrero de 1996, a los 73 años de edad, rodeado del amor de sus familiares, así como del afecto de sus vecinos de urbanización y de sus numerosos amigos en la capital hispalense, quienes le tributaron muestras de un sentido pésame, con cierto punto de incredulidad, pues no daban crédito a la fugaz pérdida, de la noche a la mañana, de este ser singular.



## El elemento volitivo en el desistimiento de la tentativa

### Aportación para la asimilación de las Teorías de la Autoría y el Desistimiento\*

CHRISTIAN JÄGER

Catedrático de la Universidad de Trier (Alemania)

Siempre se han contrapuesto de manera irreconciliable en la afirmación de la voluntad en el ámbito del 24 StGB, dos grandes bloques de pensamiento, en forma de Teorías Psicológicas por un lado y Teorías Valorativas por otro. La importancia de esta discusión se advierte en el hecho de que todas las posibilidades del desistimiento puedan ser decisivas, como presupuesto conjunto de la voluntad, para la punibilidad del autor. En consecuencia, la llamada hacia un desistimiento voluntario significa, para el autor en tentativa, en muchas ocasiones la última oportunidad para la obtención de la impunidad. De esta manera se convierte el elemento volitivo en el fiel de la balanza. En menor medida se ha intentado hasta entonces recurrir a afirmaciones legales y de derecho, que desde siempre influyen en la Teoría de la autoría, para la interpretación del elemento volitivo.

La siguiente aportación intenta llenar el vacío en la discusión actual y, a través de una asimilación de las Teorías de la Autoría y el Desistimiento, establecer la afirmación del elemento volitivo sobre una nueva base.

---

(\*) Traducción de Santiago MARTÍNEZ (Universidad de Buenos Aires) y Margarita VALLE MARISCAL DE GANTE (Universidad Complutense de Madrid) del original alemán, *Das Freiwilligkeitsmerkmal beim Rücktritt vom Versuch. Ein Beitrag zur Angleichung von Täterschafts- und Rücktrittlehre*. Publicado en *ZStW* 112 (2000) pp. 783 y ss.

## I. FORMULACIONES PSICOLÓGICAS DEL ELEMENTO VOLITIVO

1. La Jurisprudencia mantiene todavía la tesis de que la interpretación psicológica del elemento volitivo contenido en el § 24 StGB debe suponer un desistimiento involuntario si «*para el autor hay una razón que le obligue a abandonar la consecución de su propósito*», «*fuera por tanto incapaz a causa de una molestia exterior que lo impidiera o a causa de una conciencia interna de completar el hecho*». Debe tomarse, por el contrario, como voluntariedad, cuando aquel desiste, se mantiene como «dueño de su decisión» y considera todavía posible la realización de su plan delictivo (1). Sobre esto ha indicado repetidas veces el BGH, que la cuestión de la voluntad no depende de si el motivo del desistimiento es digno de aprobación moral (2), sino sólo de si la renuncia del autor se produjo bajo «presión interna», lo que sería el caso, si el autor se ve sorprendido y desiste por miedo a la detención.

Un sector de la doctrina critica esta postura psicológica de manera aplastante. En especial, se le reprocha que una apreciación psicológica unilateral como la que representa la jurisprudencia, conduce no sólo a resultados apenas constatables (3), sino incluso injustos, cuando el autor claudica sin presión externa como consecuencia de un cambio de circunstancias.

2. Por otro lado, se encuentran en la ciencia innumerables defensores del planteamiento psicológico. En especial hay que hacer referencia a la conocida fórmula de Frank (4), según la cual el desistimiento sólo puede ser voluntario únicamente por motivos autó-

(1) Cfr. BGHSt. 7, 296, 299; 20, 279, 280; 35, 184, 186; BGH NSiZ 1993, 279.

(2) Cfr. BGHSt. 35, 184 con otras referencias.

(3) BOCKELMANN, DR 1942; del mismo, NJW 1955, 1418; BOTTKE, *Strafrechtliche Methodik und Systematik bei der Lehre vom strafbefreienden und strafmildernden Täterverhalten*, 1979, p. 184; GRAF ZU DOHNA, ZStW 59 (1940), p. 541; GUTMANN, *Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch und bei der tätigen Reue*, 1963, p. 190; JÄGER, *Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr*, 1996, p. 98 y ss.; JAKOBS, *Allg. Teil*, 2.<sup>a</sup> edición, 1991, 26/33; del mismo, JZ 1988, 519; RUDOLPHI, en: *SK StGB*, § 24 Rdn 24; ULSSENHEIMER, *Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis*, pp. 300 y ss.

(4) De aquí en adelante, FRANK, StGB, 8.<sup>a</sup>-18.<sup>a</sup> edición, § 46 II., de acuerdo con él GROPP, *All. Teil*, § 9 Rdn. 73; KOHLRAUSCH/LANGE, § 46 VII 1; MARX *Der freiwillige Rücktritt vom Versuch nach geltendem Recht und nach den Entwürfen*, 1929, p. 5; SPOHR, *Rücktritt und tätige Reue beim versuchten und vollendeten Verbrechen im Amtlichen Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafbuchgesetzbuchs*, p. 53; VÖGLER, en: LK, 10.<sup>a</sup> edición, § 24 Rdn. 87; WELZEL, *Lehrbuch*, § 25 I 2.

nomos o autoimpuestos, es decir, cuando el autor se dice: «no quiero completar el resultado aunque puedo hacerlo». El desistimiento, según Frank, puede ser involuntario en los casos en los que el autor se dice: «no puedo completar el resultado a pesar de que quiero hacerlo». Hoy se considera esta fórmula como superada, ya que se reconoce que describe en su segunda parte la tentativa malograda, en la cual ya no es posible el desistimiento, ni voluntario ni involuntario (5). Así, donde el autor no ve ninguna posibilidad de llevar a cabo el resultado, no existe, según la opinión mayoritaria, ninguna circunstancia de la cual pudiera desistir el autor. Se critica especialmente de la fórmula de Frank que según la misma, la impunidad depende únicamente de la precisión en el diseño de la defensa del autor, ya que éste únicamente debería afirmar que en el momento del desistimiento todavía se encontraba en condiciones de llevar a cabo la acción (6).

3. Schröder (7) también defiende el planteamiento psicológico, y en consecuencia mantiene que se da un desistimiento voluntario, cuando se origina por motivos autónomos al autor, es decir, si el mismo opta por el desistimiento no en base a cambios desfavorables de la situación, sino en base a un razonamiento interno. Por el contrario, se considera involuntario el desistimiento cuando la decisión se ha tomado en función de motivos heterónomos al autor. Se le reprocha, con razón, a esta interpretación, que no es más que una transcripción del texto legal, puesto que en ella los elementos «voluntario» e «involuntario» son sustituidos por los conceptos «autónomo» y «heterónimo».

4. Por último, también opta Schmidhäuser (8) por el planteamiento psicológico, cuando impone el interés del autor por el hecho al criterio dominante y sólo acepta la voluntariedad cuando para aquel que desiste, y en función de las posibles consecuencias, aunque todavía reviste el hecho interés, se distancia del mismo. Se trata de un desistimiento involuntario, por el contrario, cuando se torna poco interesante en función suya o de las posibles consecuencias. Con razón, Walter (9) ha objetado a lo anterior, que para el autor la consumación del hecho en comparación con la alternativa del desistimiento, pierde,

---

(5) Cfr. para ello, ROXIN, *Festschrift für Heintz*, p. 253; también BOTTKE (nota 3), p. 185; GUTMANN (nota 3), pp. 80 y ss.; HRUSCHKA, JZ 1969, 497.

(6) BOTTKE (nota 3), p. 184.

(7) De aquí en adelante, SCHRÖDER, JuS 1962, 83; del mismo, MDR 1956, 323; también HEINITZ, JR 1956, 251.

(8) SCHMIDHÄUSER, *Allg. Teil*, Studienbuch, 11/86.

(9) WALTER, *Der Rücktritt vom Versuch als Ausdruck des Bewährungsgedankens im zurechnenden Strafrecht*, 1980, p. 64.

relativamente, valor, por lo que la distinción realizada por Schmidhäuser no conduce a ninguna solución satisfactoria en los casos en el límite (10).

## II. FORMULACIONES VALORATIVAS DEL CONCEPTO VOLITIVO

El polo opuesto a la interpretación psicológica se presenta como la concepción que se decanta por un punto de vista valorativo en lo que a la afirmación de la voluntad se refiere.

1. El enfoque más interesante surge de la mano de Roxin, y de la teoría por él desarrollada de «las normas de la lógica del delincuente». Según la misma se trata de un desistimiento involuntario cuando a la vista de un determinado riesgo y de las posibilidades del plan delictivo concreto, en una valoración objetiva, el delincuente frío y calculador se torna razonable, lo cual sólo sucede, cuando el autor desiste al verse descubierto (11). Una obediencia tal a las reglas de la actuación delictiva no merece ninguna recompensa por parte del Ordenamiento Jurídico (12), por lo que debe calificarse como involuntaria. Debe considerarse como voluntario cuando el autor según los criterios de su oficio actúe insensatamente, como si en su actuar delictivo y sin indicio previo, fuera poseído por un miedo insuperable y huyera de dicho actuar (13). Hay que analizar esta concepción de Roxin desde la perspectiva de la teoría por él sostenida de los fines de la pena. Ésta contempla el aspecto decisivo para la impunidad del desistimiento voluntario desde un punto de vista legal, por lo que para Roxin en el ámbito del elemento volitivo hay que averiguar si la decisión del autor en su desistimiento se basa en elementos jurídicos (14).

---

(10) De manera parecida el autor que desiste por temor a la pena, para el que la consumación del hecho es tan poco interesante, que no culmina su plan. El porqué en tal caso debe admitirse voluntariedad (cfr. Schmidhäuser [nota, 8], 11/68) permanece inexplicable partiendo de la tesis de Schmidhäuser.

(11) ROXIN, *Festschrift für Heinitz*, p. 256; el mismo, ZStW 77 (1965), p. 97; le siguen en lo fundamental BOTTKE (nota 3), pp. 496 y ss., así como RUDOLPHI, en SK StGB, § 24 párr. 25, que lo conecta a la «*leges artis* de las actividades delictivas».

(12) ROXIN, *Festschrift für Heinitz*, p. 25.

(13) ROXIN, *Festschrift für Heinitz*, p. 256; el mismo, ZStW 77 (1965), p. 97; en conexión BOTTKE (nota 3), pp. 495 y ss., así como RUDOLPHI, en SK StGB, § 24 párr. 25.

(14) Cfr. ROXIN, *Festschrift für Heinitz*, p. 25.

El BGH, adhiriéndose a Lackner, ha rechazado la propuesta normativa de Roxin (15), con el razonamiento de que según esta teoría se tratan como voluntarios casos unívocos, es decir, que el desistimiento basado en presiones externas o escrúpulos internos no puede ser tenido como punible partiendo de consideraciones teleológicas. El elemento volitivo obliga, de manera conceptual, a una afirmación psicológica. Roxin se hace eco de esta objeción y prueba «que también en la jurisprudencia innumerables afirmaciones sobre el tema se basan, en definitiva, en dichos fundamentos» (16). Se remite a la Sentencia del BGH St. 9,50 donde el Tribunal resuelve que un desistimiento es involuntario cuando el sujeto se percata de tal manera, en el conjunto de las circunstancias, de la posibilidad de ser descubierto y procesado, que sensatamente concluye no poder llevar el hecho a cabo y por ello declina de la ejecución del mismo. Para Roxin, entonces, reconoce el Tribunal que «el desistimiento es involuntario cuando un comportamiento posterior del autor fuera irrazonable», por lo que una normativización del concepto volitivo es inevitable (17).

Sin tener en absoluto en cuenta la necesidad de fondo de una normativización, la doctrina pone en tela de juicio la idoneidad del criterio de las normas de la lógica del delincuente. Se le objeta principalmente que las reglas típicas de dicha concepción no pueden ser preestablecidas, pues no hay un delincuente típico, como no hay un asesino, ladrón o violador típico (18). La normativización pretendida por Roxin conduce a formulaciones menos claras que las formulaciones psicológicas. Sobre ello contraponen Walter (19) a Roxin el punto de partida de que un comportamiento «delictivo irrazonable» no se manifiesta siempre en un desistimiento amparado por la Ley. Éste es el caso de quien desiste irrazonablemente del objetivo deseado atormentado por una angustia sin fundamento, por tanto no es el caso de un ciudadano respetuoso con el Ordenamiento Jurídico.

2. El concepto volitivo de Ulsenheimer se basa igualmente en criterios normativos, consecuentemente la voluntariedad del desistimiento puede aceptarse sólo en el caso «del retorno del autor a la órbita del Derecho» (20). Con ello exige, siguiendo la postura mantenida por Roxin, un regreso a la legalidad. Con razón se le objeta que su

---

(15) Cfr. p. ej. BGHSt. 35, 187, con otras referencias apelando a LACKNER, *StGB*, § 24 párr. 18.

(16) ROXIN, *Festschrift für Heinitz*, p. 256.

(17) ROXIN, *Festschrift für Heinitz*, p. 256.

(18) Cfr. p. ej. BOTTKE (nota 3), p. 200.

(19) De aquí en adelante, WALTER (nota 9), p. 64.

(20) ULSENHEIMER (nota 3) p. 314 y *passim*.

argumentación no conduce más que a una mera transcripción de las alternativas del desistimiento. Entonces quien ha desistido, retorna *volens* a la órbita del Derecho, con lo que el elemento volitivo adicionalmente presupuesto necesita una aclaración que lo rebasa (21).

3. Por último defiende Walter (22) un punto de partida valorativo, mediante el que explica la voluntariedad sobre la base del modelo de verificación por él desarrollado, como «suficiente disposición para el cumplimiento de la norma». La «solución al conflicto conforme a la norma» es improcedente de cara a las necesidades penales de la prevención especial. El punto débil de esta formulación se presenta en su definición, ya que deja abierta la pregunta de cuando se da la «suficiente disposición para el cumplimiento de la norma». También se critica a Walter que descuida sobremanera el componente de la prevención general positiva, mientras que orienta su concepto de verificación en sentido preventivo especial, aunque no se deja influir por la futura suficiente disposición para el cumplimiento de la norma por parte del autor. Walter, que incluso parece dudar ante esto, exige entonces una verificación del autor en la situación concreta en el hecho intentado (23). No obstante, señala Schäfer (24) con razón que Walter «con esto le quita nuevamente a la prevención especial su núcleo preventivo dirigido al pronóstico acerca del cumplimiento futuro de la norma».

### III. EFECTOS PRÁCTICOS DE LAS DIFERENTES TEORÍAS

Como se ha visto, tanto la concepción psicológica como la valorativa conducen, para el caso de que el autor sea descubierto y se vea obligado a tener en cuenta su detención, a la aceptación de un desistimiento involuntario. Por el contrario se trata de voluntariedad según ambas concepciones, en los casos de desistimiento por arrepentimiento, vergüenza, o en los supuestos irracionales de miedo inminente a la detención. Que sin embargo a menudo distintos resultados se encuentren unidos a distintas concepciones, se mostrará mediante tres decisiones fundamentales de la Jurisprudencia. Al mismo tiempo se acla-

---

(21) WALTER (nota 9), pp. 66, 70 y ss.

(22) WALTER (nota 9), pp. 70 y ss.

(23) WALTER (nota 9) p. 43 y *passim*.

(24) SCHÄFER, *Die Privilegierung des «freiwillig-positiven» Verhaltens des Delinquenten nach formell vollendeter Straftat*, 1992, p. 55.

rará, que ambas teorías presentan puntos débiles, que subrayan la exigencia de una concepción intermedia en la afirmación de la voluntad.

1. Un caso del BGH del año 1955 (25) ilustra a continuación las distintas consecuencias de ambos criterios. Dicho caso se tiene como base el hecho de que el acusado tiró a una mujer al suelo para violarla. Cuando la atacada se encontraba debajo del agresor, no se defendió, esperando ganar tiempo, con el fin de poder solicitar ayuda de algún peatón que eventualmente por allí circulara. Le pidió al agresor «que no lo intentara violentamente», sino que se relajaran un poco. Así si él «quisiera continuar con la relación», ella estaría preparada. Entonces el acusado desistió y ambos se incorporaron. Cuando momentos después llegaron dos peatones, gritó pidiendo ayuda, ante lo cual huyó el autor. El Tribunal del Land condenó en base a este hecho por tentativa de violación. Además apreció en el comportamiento del acusado un desistimiento involuntario de la tentativa de violación, ya que «la perspectiva segura..., de un modo más agradable de alcanzar su objetivo sin temor a una condena penal, era un motivo de tal envergadura para la construcción de su voluntad, que para el autor no entraba en absoluto de manera sensata en consideración una elección libre». El BGH casó la sentencia sobre la base de la concepción psicológica. El Tribunal puso especial énfasis en que únicamente era decisiva la pregunta de si el autor todavía «se mantenía como dueño de su decisión y veía como posible la ejecución de su plan delictivo, por tanto ni estaba impedido por una circunstancia externa, ni era incapaz por una presión psíquica de llevar a cabo el hecho». De esta manera, la perspectiva de la posterior entrega voluntaria anteriormente prometida, no habría constituido razón psicológica obligatoria alguna para desistir de la inmediata violación, tratándose de un desistimiento voluntario, siempre que el autor desistiera de la consecución total y definitivamente (26).

Las concepciones valorativas del desistimiento alcanzan en el caso expuesto, el rechazo a un desistimiento voluntario, ya que el autor reingresa en la legalidad de manera no honorable. Entonces si el autor sólo se abstiene del intento de violación porque puede alcanzar su objetivo de manera más cómoda y sin riesgo, no se debe ver como un mérito que deba ser recompensado con la impunidad (27).

---

(25) BGHSt. 7, p. 296.

(26) BGHSt. 7, p. 297. El BGH perdió la determinación correspondiente al juez de instrucción, ya que no era excluible/justificable que el acusado continuara reservándose la obtención coactiva prevista del acceso sexual.

(27) Así expresamente ROXIN, *Höchstrichterliche Rechtsprechung zum AT*, Caso 60, p. 192, respuesta 1; el mismo, *Festschrift für Heintz*, 1972, p. 256; el mismo, *ZStW 77* (1965), pp. 67 y ss.

Observando los distintos resultados, un fundamento valorativo de las circunstancias parece ser más justo. Resulta llamativo, que la teoría valorativa se agota en consideraciones de Justicia y no nombra la verdadera razón para la falta de honorabilidad del desistimiento. En especial, no se centra aquí en el aspecto de la sensatez. Para la cuestión, este hallazgo no supondría tampoco ninguna ventaja en relación al conocimiento, porque no puede ser constatado cómo se comporta un violador sensato en una situación concreta. Resulta más fácil en principio negar que, desde el criterio del violador, fuera razonable consentir en las tácticas de demora de la víctima. La teoría de las normas de la lógica del delincuente no alcanza en este caso el juicio de involuntariedad por ella preferido.

2. Un interesante ejemplo de las diferentes consecuencias de ambos criterios se observa también en la sentencia del BGH del año 1988 (28). Según ella el acusado trató de matar a M, porque desaprobaba las relaciones que éste mantenía con su ex esposa B. Después de que M fuera herido de gravedad por puñaladas realizadas con un cuchillo de carne, desistió el acusado en la culminación de su acción, porque mientras tanto apareció B en el lugar de los hechos, cuya muerte era preferente para él. Se giró hacia B y la mató mediante 17 puñaladas en el torso. Sólo entonces se volvió hacia M que se encontraba acurrucado en el suelo, sin abalanzarse más sobre él. Respecto de la víctima M, admitió el BGH en el comportamiento del acusado, un desistimiento voluntario de la tentativa de homicidio. El BGH llegó, bajo el recurso de su estricto criterio psicológico, a la conclusión de que el acusado en el momento del desistimiento había sido todavía «dueño de su decisión» y había tenido por posible la realización de su plan delictivo, por lo que ni estaba impedido por una circunstancia externa, ni era incapaz por una presión psíquica de llevar a cabo el hecho sobre M (29). Su renuncia aparece como el resultado de una ponderación sensata. Tampoco el motivo del desistimiento necesita, según la jurisprudencia actual del BGH, ser admisible desde criterios morales. En especial no se opone a la admisión de un desistimiento voluntario, el que el autor haya abandonado la realización de su plan. Más bien es suficiente si, respecto al hecho individual en sentido jurídico-material, abandona del todo y definitivamente la consumación de su determinación posteriormente juzgada (30). Dudando evidentemente de su propia decisión, agrega a propósito el BGH, que una

---

(28) BGHSt. 35, p. 184.

(29) BGHSt. 35, p. 186; cfr. al respecto MAIWALD, *Gedächtnisschrift für Zipf*, 1999, p. 255.

(30) BGHSt. 34, p. 186, con referencia a BGHSt. 33, p. 142, pp. 144 y ss.

interpretación valorativa del elemento volitivo posiblemente sería más justa con el fundamento del § 24 StGB, aunque sería incompatible con la literalidad de la norma (31).

La Sentencia ha encontrado simultáneamente la aprobación (32) y el rechazo (33) de la doctrina. Roxin (34) ha opuesto al fallo, que en contra del criterio del BGH es lingüísticamente posible, en un caso como el precedente, calificar el desistimiento como involuntario sobre una base valorativa. Así, según Roxin, se diría el autor: «por las buenas o por las malas debía definitivamente renunciar al asesinato casi completado de M, porque de otro modo habría dejado pasar el asesinato, para mí más importante, de mi ex mujer». Llamar involuntaria a una renuncia bajo la presión de tal relación, no infringe ninguna norma del lenguaje coloquial. El plan, continúa Roxin, conduce a posibilitar el asesinato de M y de la ex esposa, a cuyo efecto el homicidio de la mujer alcanzaba un grado preferente. En el marco de este objetivo se comportó el autor según el plan (razonablemente) y llevó a cabo su intención tan lejos como le fue posible.

Herzberg (35) por su parte confeccionó como ejemplo de un desistimiento voluntario, el caso en el que un ladrón renuncia a su intento de robo, porque le seduce más seguir en secreto a una muchacha para violarla en un lugar aislado. El caso pareció demostrar de hecho, que el simple traslado a otro objetivo no supone ninguna razón para la admisión de un desistimiento involuntario del hecho concreto intentado. En efecto admite Roxin (36) que en este caso subyace un desistimiento voluntario porque, desde el criterio del oficio de ladrón, es irrazonable dejarse apartar de un intento de robo posiblemente exitoso por una segunda intención de carácter sexual. Lo que Roxin dice aquí, es con seguridad correcto, pero demuestra en su desarrollo, que la teoría de las normas de la lógica del delincuente necesita de un plan delictivo, en el que se pueda medir la razonabilidad del desistimiento. Donde falta semejante plan inicial, se encuentra, por el contrario, en dificultades. Preguntado en relación al ejemplo: ¿habría sido voluntario el desistimiento en el caso BGH St. 35, 184, si el autor sin un plan originario, hubiera llegado de repente a la idea de que el asesinato de su ex-mujer tenía preferencia para él? Las explicaciones de Roxin pa-

---

(31) BGHSt. 35, p. 186, con referencia a LACKNER, StGB, § 24 párr. 18.

(32) Cfr., por ejemplo, LACKNER, NStZ 1988, p. 405; LAMPE, JuS 1989, p. 610.

(33) Cfr., por ejemplo, JAKOBS, JZ 1988, p. 519; BLOY, JR 1989, p. 70; ROXIN (nota 27), p. 194.

(34) ROXIN (nota 33).

(35) HERZBERG, *Festschrift für Lackner*, 1987, p. 353.

(36) ROXIN (nota 33).

recen conducir a una respuesta afirmativa de esta pregunta, porque del mismo modo, la muerte de B es frente a la muerte de M otro hecho en sentido jurídico-material como la violación frente al robo en el ejemplo construido por Herzberg. Aquí se demuestra un punto débil de la teoría de la lógica de las normas del delincuente, que por ahora no ha sido tenido en cuenta en la discusión. La razonabilidad sólo puede ser confirmada tras el plan delictivo, con lo que la misma incluye de manera natural disposiciones en la apreciación, que no tienen nada que ver con el hecho concreto. Para un autor, para el que el plan abarcara tratar bien a la víctima en el caso de que ésta llorase (37), y que por esta razón renuncia a continuar con la realización del hecho, este motivo podría ser considerado como un desistimiento involuntario. Entonces este autor también se comporta en el marco de su objetivo según lo planeado. Se demuestra en este caso que sólo la equiparación entre lo planeado y lo involuntario puede perjudicar al autor, ya que éste lo había planeado de manera previsible, aunque el motivo de su desistimiento pudiera ser el mismo que en el caso del autor que actúa sin plan concreto (38).

3. Paradigmática para la distinción entre las afirmaciones de la voluntad psicológicas y valorativas es por último la Sentencia del BGH de 10-5-1994 (39), que se basa en el siguiente caso: el acusado estaba a punto de acuchillar a su esposa con ánimo de matarla, cuando de repente sus dos hijos, que se habían despertado a consecuencia de la pelea, entraron en la habitación. El acusado cesó en su acción sobre su mujer, ya que no quería ejecutar ese acto frente a sus hijos, no pudiendo hacerlo ni emocional ni psíquicamente, y tapó con una manta el cuerpo ensangrentado de la víctima que yacía sobre el suelo, con el fin de que los niños no pudieran reconocer su terrible proceder sobre su madre. Entonces empujó a sus hijos, que estaban asustados y gritaban llamando a su madre, hacia el pasillo. Poco después apareció el hermano del acusado, por lo que no le fue posible la continuación del curso de su hecho.

El BGH negó aquí un desistimiento impune del intento de asesinato (40). El acusado no se encontraba, por la repentina aparición de sus hijos y por razones emocionales, en situación de continuar su acción frente a los mismos. Estas razones emocionales habrían teni-

(37) Así, por ejemplo, en el caso LG ARNSBERG, NJW 1979, p. 1420.

(38) Conf. al respecto, bajo el aspecto de la reserva del desistimiento JÄGER, NStZ 2000, pp. 415 y ss.

(39) BGH NStZ 1994, p. 428. Conf. además JÄGER (nota 3) pp. 10 y ss.; ROXIN (nota 33).

(40) De acuerdo ESER, en: *Schönke/Schröder*, § 24 párr. 57; WESSELS/BEULKE, *Allg. Teil*, párr. 652.

do para el acusado la consecuencia de una inhibición interior, irresistible y forzosa, que habría imposibilitado la ulterior comisión del hecho. Para el enjuiciamiento de la voluntariedad del desistimiento era únicamente decisivo, que la conmoción psicológica, que la aparición de los hijos del acusado habría causado, persistiera y le hubiera imposibilitado, en ese corto período de tiempo, consumir el hecho.

La sentencia muestra con claridad la arbitrariedad del criterio psicológico, porque si el autor se conmueve y no se encuentra emocionalmente en condiciones de llevar a cabo su acción, entonces el BGH, sobre la base de su criterio psicológico, no duda de la voluntariedad del desistimiento. En una decisión anterior, el BGH había admitido que existe voluntariedad, cuando a la vista de la víctima bañada en sangre, toma conciencia el autor de las consecuencias de su acto, y ni puede ni quiere continuar (41). Es contradictorio con esta sentencia que en el presente caso, en el cual el autor tuvo compasión por los hijos y por lo tanto fue incapaz emocionalmente de continuar el hecho, el resultado tenga que ser distinto. Hay que tener en cuenta en este desarrollo, que según la jurisprudencia constante del BGH, la aceptación de la voluntariedad no se opone, a que el autor fuera convencido por la víctima o por un tercero de renunciar a su acción (42). Si en el caso inicial, en el cual no se necesitó en ningún momento la habilidad para convencer de un tercero, sino que la simple aparición de los niños le llevó a desistir, se admitía la involuntariedad, entonces se trataría de una contradicción de la teoría psicológica a la que se le reprocharía, con razón, la arbitrariedad, porque desemboca en el resultado, que el autor ciertamente provoca el desistimiento por motivos propios, pero respecto a la posterior consecución, no cabe el que haya sido frenado emocionalmente. Esto conduce a distinciones absurdas, ya que en una aplicación consecuente, la intensidad de la compasión es decisiva, con relación a la punibilidad y a la impunidad, para negar un desistimiento voluntario en el caso del autor que se deja vencer por dicha compasión. Prescindiendo de la inaplicabilidad de tal distinción, no puede ésta corresponder con el sentido del §24 StGB. Decisivo puede ser más bien, sólo el tipo del motivo que ha conducido al autor hacia el desistimiento, no por contra su intensidad gradual (43).

---

(41) Cfr. BGH por Dallinger MDR 1952, p. 531.

(42) Cfr. BGHSt. 21, p. 321, BGH NStZ 1988, p. 69 con otras referencias.

(43) Con razón insiste ROXIN (nota 33), pp. 194 y ss., en sentido contrario: «cuanto menos pudiera él (scil. el autor) antes conseguiría la impunidad; cfr. también FREUND, *Allg. Teil*, § 9, párr. 59, así como KÖHLER, *Allg. Teil*, p. 481, para el que lo decisivo es, si aquello que aparece como obligación psíquica o incluso incapacidad física, puede tener como base una correcta orientación normativa».

Si se observa el caso desde la teoría de las normas de la lógica del delincuente, entonces llama la atención, que con su ayuda tampoco puede alcanzarse ningún resultado inequívoco, porque según la misma debe depender el juicio de voluntariedad de si el autor había contado con la aparición de sus hijos y para este caso había concebido de antemano la posibilidad del desistimiento. Con la aparición repentina y no prevista, se califica su tarea como irrazonable y por ello voluntaria (44). Por el contrario, se trataría con seguridad de un desistimiento razonable, por ser conforme al plan, si el autor desde el principio y bajo toda circunstancia quisiera ahorrar a sus hijos la visión del asesinato. Que con esta distinción se asocia una gran inseguridad jurídica, se ha indicado más arriba. Prescindiendo de esto, se puede dudar sobre la cuestión de si la tarea del asesinato de la esposa puede ser calificada en absoluto como irrazonable con la aparición de los hijos, porque que un padre quiera ahorrar la visión de la muerte de la madre a éstos, podría básicamente corresponderse con la responsabilidad y el plan paterno (45).

#### IV. DESARROLLO PROPIO: SOLUCIÓN FÁCTICO-VALORATIVA SOBRE LA BASE DEL PENSAMIENTO AUTÓNOMO DE LA AUTORÍA

El concepto de la voluntad propuesto a continuación se basa en la consideración de que el § 24 StGB contiene junto al elemento de la voluntad, un elemento subjetivo de imputación (46). Junto a esto es absolutamente adecuado calificar el elemento volitivo como un elemento cualificado, subjetivo de imputación (47), porque la voluntad para la retractación no es suficiente, sino que se exige que ésta también se forme libremente. Con esto se hace evidente, completar el criterio de la voluntad con principios que, en el marco de la teoría de la autoría mediata bajo el aspecto de la autonomía, son de siempre reconocidos. Así como se plantea la pregunta en la autoría mediata, de si el autor indujo a la perpetración del hecho a través de razones excluyentes de la autonomía, así debe ser comprobado en el desistimiento de manera correspondiente, si un tercero decidió por el autor que desiste y con ello fue movido involuntariamente hacia la vuelta

---

(44) Así, en el resultado, ROXIN (nota 33), pp. 194 y ss.

(45) Cfr. JÄGER (nota 3), p. 102.

(46) Cfr. además JAKOBS, *Allg. Teil*, pp. 26/30 y ss.

(47) Cfr. HERZBERG, *Festschrift für Lackner*, 1987, p. 352.

atrás (48). Si se califica correctamente el desistimiento como una retractación del peligro y de esta manera como el polo opuesto a la consumación del hecho (49), así se impone incluso la correspondiente aplicación aquí propuesta. Visto de otro modo: así como un autor puede ser inducido hacia una comisión o una omisión por circunstancias excluyentes de la autonomía, entonces puede llegar a estar dispuesto a la omisión de la consumación o a la evitación de la misma por circunstancias semejantes (50).

Desde el principio, sin embargo, debe tenerse claro, que una transmisión de los principios de la autoría debe atender las peculiaridades del desistimiento. Mientras en la autoría mediata se trata exclusivamente de si a un tercero le es imputable la responsabilidad por un suceso, se plantea la pregunta en el desistimiento, sobre si al que desiste se le puede imputar su abandono como un comportamiento voluntario. El motivo del desistimiento no debe ser causado por un tercero, sino que puede proceder del propio autor. En tanto en cuanto no participe ningún tercero en el suceso del desistimiento, entra en consideración un traslado valorativo de los principios de la autoría (51), en la medida que se trata en el concepto volitivo aquí propuesto de una consideración fáctico-valorativa, porque no se vincula de manera necesaria al dominio de un tercero, sino que traslada el principio de responsabilidad a la propia imputación. El criterio aquí propuesto discurre en cierto modo entre apreciaciones psicológicas y valorativas e intenta, de este modo, por un lado unir sus méritos y por otro evitar sus desventajas.

### 1. Exclusión de la voluntariedad a causa de amenazas (§ 35 StGB)

Observando los comentarios anteriores, llama la atención que ni las teorías psicológicas ni las valorativas se encuentran en situación de indicar claramente los límites del desistimiento cuando éste suce-

---

(48) Cfr. JÄGER (nota 3) p. 99.

(49) Así JÄGER (nota 3) pp. 62 y ss.; el mismo, NStZ 1998, p. 161.

(50) § 24 StGB contiene junto a los elementos de la renuncia y de la evitación la cuestión según alternativas de omisión y de consumación. Se presenta aquí con total claridad la idea de retractación, que se muestra en un traslado de los fundamentos de la autoría indicados.

(51) Cuando por primera vez en el año 1996 emprendí el intento de trasladar los presupuestos de la autoría al elemento volitivo del desistimiento (cfr. JÄGER [nota 3], pp. 98 y ss.), tuve demasiado poco en cuenta este aspecto. Esto se recuperará en lo sucesivo.

de por razones cuya intensidad legítima deducir la involuntariedad. Cuando la teoría de las normas de la lógica del delincuente se centra en que un desistimiento razonable genera involuntariedad, entonces permanece abierto qué medida se aplicaría en el juicio de razonabilidad. Esto sirve en especial cuando el autor se enfrenta con cambios repentinos en la ejecución del hecho. Si B amenaza a A con rayar su coche, si no cumple con su intención de matar a X (52), entonces seguramente se trata de una presión externa, a pesar de lo cual, esta admisión aparentemente ventajosa de voluntad no puede ser razonada a través de consideraciones de la sensatez, sino que resulta de la aplicación de los principios formulados en el § 35 StGB (53). Ciertamente se podría afirmar, que la renuncia a la ejecución de un homicidio por la integridad de un automóvil es irrazonable. Sin embargo se incurre aquí en un plano argumentativo extra legal, que no permite resultados unívocos. Entonces si B amenaza a A con matar a su hermano si no cesa en su intención de asesinar a X, y A cede ante dicha presión, así, bajo la consideración de la valoración contenida en el § 35 StGB, la admisión de la involuntariedad estaría totalmente justificada frente al caso que se acaba de describir. De otro modo se valoraría por contra el caso, si B amenazara a A con la muerte de un tercero y A, a consecuencia de ello cediera en su propio propósito de matar. Que en tal caso corresponda a A voluntariedad, es una obligación legal y también razonable político-criminalmente, porque el autor que renuncia a su intención de matar a una determinada persona, en aras de la vida de un tercero desconocido, demuestra que no sitúa a cualquier precio sus propios intereses por encima de los intereses ajenos. Bajo la consideración de estos límites hay que valorar el caso BGH NSTZ 1994, 428 arriba descrito. En él se encontraba el autor a punto de acuchillar con ánimo de matar a su esposa, cuando de repente, entraron sus hijos en la habitación, frente a cuyos ojos no se encontraba en situación de continuar con su acción. Tampoco aquí los hijos ejercieron de manera alguna, a través de la llamada a su madre, presión coercitiva comparable con el § 35 StGB, sobre el acusado. Por tanto, su com-

---

(52) Así en efecto la circunstancia que fundamenta la sentencia BGH NJW 1992, 516.

(53) Por el contrario se admitirá involuntariedad para el caso de que un ladrón renuncia al robo para apagar el fuego que se ha producido en su casa (otra opinión VOGLER, en: LK, § 24, párr. 103, y antiguamente yo mismo, cfr. Jäger [nota 3], p. 100). Ciertamente no se incluye el bien jurídico amenazado (propiedad) en el § 35 StGB. Sin embargo se podrá referir a la idea de este precepto también en los casos de amenazas existenciales del tipo de las presentadas (cfr. tal posibilidad en el sentido de la consumación del delito JAKOBS, *Allg. Teil*, 20/9; en contra en lo fundamental ROXIN, *Allg. Teil*, § 22 párr. 23).

portamiento es calificable como voluntario, porque su voluntad de desistir se formó libremente en sentido jurídico. Sin embargo, en los casos en los que un motivo justifica la voluntariedad, el resultado sobre la intensidad del móvil no puede entrar de nuevo en consideración. Que el autor no pueda continuar con el hecho a la vista de sus hijos, es por tanto, en efecto honorable por razones de derecho y no por razones de sensatez. La diferencia no se presenta por tanto como obligación de la razonabilidad, sino como obligación de la ley, que muestra clara y unívocamente los límites del comportamiento libre y responsable establecidos en el § 35 StGB (54).

Corresponde analizar el caso BGHSt. 35, 186, en el que el autor abandona la consecución de su ya casi consumado asesinato de la víctima, porque de otra manera habría dejado pasar a su ex esposa cuyo asesinato era para él más importante. El motivo que conduce al autor a esta renuncia, no presenta ninguna presión coercitiva comparable al § 35 StGB y no tiene el efecto excluyente de la voluntad. Este resultado no es, frente a la opinión mayoritaria, insatisfactorio, ya que sólo es decisivo si le es imputable al autor el peligro a la vista del objeto concreto del hecho, es decir, desistir sin influencia jurídicamente relevante. Esto es aplicable al caso expuesto con mayor razón, cuando el autor después de haberse dedicado al asesinato preferente de su ex esposa, se volvió hacia M y no se volvió a abalanzar sobre él. Este aspecto fue lamentablemente obviado por la doctrina. Por lo menos, este hecho da motivo para la reflexión, sobre si el desistimiento fue involuntario posiblemente a causa de la pérdida del sentido de la acción (55), porque tras el asesinato de su ex esposa ya no tenía sentido la muerte de M, ya que se trataba para el autor, de impedir futuros contactos entre su ex esposa y M. Había alcanzado este objetivo (atípico) a través de la muerte de su ex esposa, por lo que acciones posteriores contra M carecían de sentido. El BGH tendría que haberse dedicado por tanto a la pregunta sobre las razones del autor de no continuar posteriormente su acción sobre M a pesar de que le era posible.

Aparte de eso deja claro el § 35 StGB, que el hecho, de que un desistimiento suceda para evitar la detención por la policía o por un

---

(54) HERZBERG, *Festschrift für Lackner*, 1987, p. 352, aboga igualmente por una aplicación del § 35 StGB en el aspecto del desistimiento de la tentativa, por lo demás sin aplicar los fundamentos de la autoría mediata. Con razón significa para él (*op. loc. cit.*): «No se imputa... a un coaccionado un hecho delictivo... a causa de falta de libertad, entonces es contradictorio tener en cuenta para él como voluntaria la renuncia al delito obtenida mediante extorsión por los mismos medios», ya que «la solución a cuestiones jurídicas debe seguir reglas jurídicas...».

(55) Más detallado respecto a la posible admisión de involuntariedad a causa de pérdida del sentido de la acción, *vid supra*, pp. 22 y ss.

tercero o para evitar un altercado corporal, justifica la admisión de involuntariedad, ya que tanto la libertad como la integridad corporal de la víctima pertenecen a las llamadas circunstancias excluyentes de la autonomía. Si bien parte la opinión dominante de que las actitudes de rechazo para evitar las privaciones de libertad justificadas, como la detención policial por sospechas fundadas, no son exculpantes según el § 35 StGB, pero de esto no depende el desistimiento, porque no se trata en ese caso de una excusa, que se pueda negar realmente a causa de la falta de una lesión desproporcionada al bien jurídico (56). En el desistimiento antes bien, no es de ningún modo reconocible la injerencia de un bien, ya que allí se trata solamente de una retractación del peligro. Es por tanto únicamente decisiva la presión experimentada por el autor sobre el bien jurídico libertad (57). Distinto sería el caso cuando el autor desiste a la vista de una detención inminente y por ello hiere a un policía. Esta lesión no parece ser exculpada por el § 35 StGB, a causa de la falta de peso del bien jurídico libertad que se ve amenazado, siendo esta amenaza de todo punto legítima.

La peculiaridad del desistimiento conlleva finalmente, que el autor pueda encontrarse en una situación que ejerza sobre él una presión coercitiva comparable con la del § 35 StGB, sin que sea inducido de manera activa por un tercero hacia la retractación. Por eso se admite involuntariedad en el caso (58), en el que aquel que pone una bomba observa poco antes de la detonación de la carga, que sus padres se encuentran en la habitación, por lo que desiste. Entonces el § 35 StGB hace evidente, que un comportamiento, que sirve para la evitación de un peligro para la vida de un familiar cercano, se califica como no libre en sentido jurídico. Los criterios de la sensatez no conducen por el contrario más allá. Ciertamente aquel que pone una bomba no es sin más un parricida; pero si se piensa en un autor cegado por el fanatismo, se vuelve a relativizar esta estimación.

## 2. Exclusión de la voluntariedad a causa de inimputabilidad del autor al momento del desistimiento

La opinión dominante parte de que un desistimiento es también entonces calificable como voluntario cuando sucede en circunstancias de inimputabilidad. Se basa en lo fundamental en que para el

---

(56) Cfr. más detallado ROXIN, *Allg. Teil*, I, § 22 párr. 27, 29, 42.

(57) En mi trabajo *Der Rücktritt von Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr* 1996, p. 103 con nota al pie 456, no he tenido suficientemente en cuenta este aspecto.

(58) Ejemplo de HERZBERG, *Festschrift für Lackner*, 1987, p. 352.

mismo debe ser suficiente un dolo natural, porque de lo contrario se desprendería una exculpación necesaria político-jurídicamente del autor (59). En contra, ha objetado Jakobs (60) que un comportamiento desistivo irresponsable no puede ser desde el principio una aportación voluntaria del autor.

Podría ser correcto un criterio que representara un término medio. Si un autor renuncia a su plan delictivo y por ello respeta el bien jurídico, se puede afirmar *—in dubio pro reo—* su accesibilidad normativa y consecuentemente debe rechazarse la inimputabilidad en el momento del desistimiento (porque entonces se impone escrúpulos morales antes de la perpetración del hecho, y no se exige más para el desistimiento). Aquí se muestra nuevamente la peculiaridad del desistimiento como retractación del peligro, que puede dar motivo para excluir la inimputabilidad. Así como en la comisión del hecho, en caso de duda, debe aceptarse inimputabilidad para el acusado, en el desistimiento es admisible, también en caso de duda, imputabilidad (61). Un desistimiento en condiciones de embriaguez indica por tanto fundamentalmente la imputabilidad en el sentido de la accesibilidad normativa, directamente porque el autor retorna, por sí mismo, a la legalidad (62). La opinión dominante alcanza aquí un resultado correcto con un razonamiento erróneo. Si el desistimiento sucede, por el contrario, por razones de inimputabilidad, no es comprensible porque pudiera serle imputado al autor como voluntario. Entonces en este caso, como afirma Jakobs (63) con razón, el comportamiento desistivo *per definitionem* irresponsable del inimputable no es una aportación voluntaria del autor. Por ejemplo, un brutal asesino, que de repente en un ataque esquizofrénico demuestra su segunda personalidad apacible y desiste de la acción no se merece impunidad, puesto que una voluntad de desistir natural que no se hubiera formado libremente no es suficiente para una despenalización según la intención del legislador.

---

(59) Cfr. junto a BGHSt. 23, 356 de la literatura a HETTINGER, *Die actio libera in causa*, 1988, pp. 417 y ss.; NEUMANN, *Zurechnung und Vorverschulden*, 1985, p. 39; RANFT, MDR 1972, 737; RUDOLPHI, en: *SK StGB*, § 24 párr. 26; ROXIN, *Allg. Teil*, § 20 párr. 63.

(60) JAKOBS, *Allg. Teil*, 17/68; conf. también HERZBERG, *Festschrift für Lackner*, pp. 352 y ss.; diferente GEILEN, JuS 1972, 74 y ss.

(61) El planteamiento aquí representado puede conducir, en su resultado a que el principio *in dubio pro reo* favorezca al autor en un doble sentido: se puede admitir a su favor en la consumación del delito inimputabilidad y en el desistimiento imputabilidad. Tal aplicación contradictoria del mencionado principio no es sin embargo insólito.

(62) Diferente JÄGER (nota 3), pp. 105 y ss.

(63) JAKOBS, *Allg. Teil*, 17/68.

### 3. Exclusión de la voluntariedad a causa de error

En el marco de la teoría de la autoría se reconoce que también ciertos errores son apropiados para fundamentar una exclusión de la autonomía. Si se traslada este reconocimiento al ámbito del desistimiento, surgen también soluciones lógicas.

#### a) *Exclusión de la voluntariedad por error sobre la posterior viabilidad*

La producción de un error de tipo es en la teoría de la autoría fundamento suficiente para la aceptación de la falta de autonomía en el hombre de delante. Quien mueve al instrumento a perpetrar un hecho, mientras simula circunstancias que excluirían la posibilidad de una consumación del tipo, es por tanto directamente autor mediato, porque el comportamiento del hombre de delante no se basa en una decisión autónoma. En consecuencia actúa sin libertad aquel que sólo desiste porque tenía por excluida, erróneamente, la consumación del tipo. Éste es el caso si el autor parte de manera errónea de que no tiene más balas en su revólver y por ello baja el arma, porque como en el caso, la consumación del tipo sucede sobre una falsa fundamentación del hecho, así en un supuesto de desistimiento la retractación del peligro estriba en un desconocimiento de las circunstancias típicas y no se basa en una estimación realista de todas las circunstancias correspondientes a favor y en contra de la realización del hecho. De esta manera como el autor actúa sin dolo típico, entonces actúa quien desiste sin dolo de desistir y por tanto involuntariamente. Por supuesto en los casos de tentativa malograda, en los cuales el autor tiene por excluida erróneamente la posibilidad de consecución del hecho, la opinión mayoritaria parte de que un desistimiento es inalcanzable desde el principio, por lo que en estos casos no debe depender más de una prueba de voluntad. Esto es, sin embargo, criticable. Si se advierte pues, en el desistimiento una retractación voluntaria del peligro, entonces contiene el § 24 StGB elementos objetivos y subjetivos en el sentido de que esta retractación del peligro es determinable objetivamente y se agregan eventuales errores del elemento volitivo. Cuando la opinión mayoritaria argumenta frente a esto que sólo se puede abandonar lo que se considera susceptible de continuación, entonces es ésta una afirmación que otorga un tono subjetivo al tipo objetivo del desistimiento (abandono), que evidentemente no le corresponde a la vista del elemento volitivo para ello previsto. Cree el autor tras cinco disparos inútiles contra la víctima que no tiene más balas en la recámara, mientras de hecho podía disparar una vez más, entonces la

bajada del arma significa objetivamente un abandono, porque todo tercero espectador podría preguntarse la razón por la cual el autor renunció a los posibles daños, a pesar de que todavía contaba con una bala en la recámara. Y el autor mismo se llevaría las manos a la cabeza y diría: «¡Si no hubiera abandonado tan pronto y hubiera intentado por lo menos disparar otra vez!» (64). Que el concepto de la renuncia no tiene en absoluto el matiz subjetivo afirmado por la opinión mayoritaria, se demuestra en el siguiente ejemplo: A se había parapetado en una casa fuertemente armado. La policía amenazó con el lanzamiento de gas lacrimógeno. Si el autor no viera ninguna oportunidad para sí y se entregara, nadie dudaría, que ha abandonado, a pesar de que él no considerara susceptible de continuación la resistencia.

Con ello queda claro que una interpretación de los elementos de la renuncia según el sentido literal de las palabras no ayuda; porque incluso si el autor baja el arma, debido a que considera equivocadamente, que no tiene ninguna bala más en el revólver, semánticamente no supone nada en contra, afirmar que el autor había abandonado erróneamente (65). Antes bien es decisiva, finalmente, la interpretación teleológica de la ley, según la cual en los casos de peligro real y vigente tiene lugar una retractación del peligro objetiva (66). Recientemente ha calificado Küper (67) de propuesta notable el sistema desarrollado por mí en el año 1996 (68), según el cual las exigencias del desistimiento se determinan por el estadio del peligro y no ya a través del estadio de la tentativa. Observa sin embargo, un «antiguo escollo» en este nuevo sistema, consistente en que el autor de la tentativa, que subjetivamente parte de una situación todavía insuficiente para la realización del resultado, debería evitar entonces el mismo, si objetivamente hubiera creado un peligro para un bien jurídico, que sin embargo no se completa en el resultado (por ejemplo, a causa de la evitación del resultado por un tercero). El porqué debe hallarse aquí un escollo en mi desarrollo, no es fácil de descubrir, porque si el autor realmente ha producido un peligro objetivo para la víctima, no puede beneficiarle el quedarse inactivo y que la víctima sea salvada

---

(64) Cfr. JÄGER (nota 3), p. 70.

(65) Con razón reconoce GROPP, *Allg. Teil*, § 9 párr. 79, que según el uso generalizado del lenguaje también el conocimiento de la no accesibilidad puede conducir al desistimiento: el deportista desiste porque no tiene más fuerzas, el ajedrecista, porque no ve ninguna posibilidad más de ganar. Presumiblemente (así GROPP, *op. loc. cit.*) tiene lugar predominantemente una renuncia incluso en situaciones desesperadas.

(66) Detalladamente JÄGER (nota 3), pp. 66 y ss.

(67) KÜPER, ZStW 112 (2000), p. 2 nota al pie 6.

(68) JÄGER (nota 3), pp. 89 y ss.

por la intervención casual de un tercero. Se puede exigir antes bien, que el autor en tales casos se ocupe del salvamento de la víctima, a cuyo efecto sin embargo, basta un esfuerzo para la evitación del resultado, si la intervención de un tercero le arrebatara la posibilidad de salvación (69). La exigencia de que en caso de verdadera amenaza tenga que suceder fundamentalmente una retractación del peligro objetiva, no se desvirtúa de esta manera por la objeción de Küper. Es decisivo para el presente tema, que el motivo que provoca esta retractación objetiva, se agregue al elemento volitivo. ¿Por qué debería aquél, que desconoce que se retracta de un peligro, ser tratado de manera diferente, al que no sabe que realiza un tipo penal? Así como le falta al autor en tal caso el dolo de realización del tipo, entonces le falta al que desiste la voluntad de retractación y con ello el elemento volitivo componente del elemento de la voluntariedad.

*b) Exclusión de la voluntariedad a causa de error sobre los presupuestos del § 35 StGB*

El § 35 párrafo 2 StGB evidencia que un comportamiento tampoco puede ser clasificado como autónomo si el autor en su actuar considera erróneamente los presupuestos de un estado de necesidad exculpante. En la práctica no se dan muy a menudo semejantes casos en el ámbito del desistimiento. Sin embargo, este tipo de casos son posibles, como demuestra un ejemplo de Dornseifer (70). A quiere matar a su esposa F para lo que agrega veneno al café que se ocupa de preparar cada mañana. Cuando a la mañana siguiente entra en la cocina, ve A cómo su querida hija toma en ese momento un resto de café de la taza de F. En la idea de haber envenado también a su hija, llama A inmediatamente al médico de urgencias, a pesar de saber que esto también ayudaría a su mujer. Cuando llega el médico, no puede comprobar ningún síntoma de envenenamiento, porque F había abierto un nuevo paquete de café. Si Dornseifer (71) admite aquí un desistimiento involuntario porque el autor a causa de falta de mérito propio no lo ejercita de manera fiel a derecho, entonces se mantiene su planteamiento de la solución débil e improductivo, porque el punto de vista decisivo no es en absoluto accesible. Esto puede verse en que el autor había considerado erróneamente un peligro para su hija, que ejercía una presión coercitiva en el sentido del § 35 párrafo 1 StGB. Teniendo en cuenta el desarrollo jurídico contenido en el § 35 párrafo 2 StGB,

---

(69) JÄGER (nota 3), p. 91.

(70) DORNSEIFER, JuS 1982, 761.

(71) DORNSEIFER, JuS 1982, 762.

no puede clasificarse por tanto el comportamiento desistivo respecto a su esposa como voluntario.

#### **4. Exclusión de la voluntariedad a causa de pérdida del sentido de la acción**

En la autoría mediata se reconoce, que también determinados errores sobre el sentido de la acción pueden producir responsabilidad a causa de conocimiento superior en la persona del hombre de atrás. Aquí yace la idea que ciertos déficit de conocimiento en el ejecutor son adecuados para fundamentar la responsabilidad del hombre de atrás. Si bien también tiene en semejantes casos el ejecutor la responsabilidad sobre el hecho, sin embargo le falta sobre la comprensión dirigida hacia el objeto, o hacia el bien jurídico, en la dimensión del injusto. Actúa libremente sólo respecto de la dimensión del injusto conocida por él, mientras que en lo restante y desde una observación valorativa se califica como no libre. Si se traslada esta idea al desistimiento, se deberá excluir también la voluntariedad cuando para el que desiste la acción pierde sentido. Del mismo modo el autor actúa, porque el hecho tiene sentido para él en función del error, entonces se retracta el que desiste, ya que el hecho en razón del nuevo conocimiento (ya) no tiene sentido. La solución aquí propuesta significa, ciertamente como la teoría de la lógica de las normas del delincuente, una normativización, a pesar de que encuentra este fundamento en la teoría de la autoría y posibilita, a través de su remisión al componente dirigido al objeto, o al bien jurídico, resultados inequívocos. Porque se trata, al contrario que en la teoría de la lógica de las normas del delincuente, de una normativización que reafirma la ley. Posteriormente una simple pérdida del sentido dirigida a la modalidad de ejecución, como la representada precedentemente en IV.1, puede producir entonces involuntariedad, si la modificación de las circunstancias externas ejercen sobre el autor una presión coercitiva, que se corresponde con la del § 35 StGB. Una pérdida del sentido dirigida al objeto, o al bien jurídico, siempre significa, por contra, para el autor una pérdida de la causa del hecho, de manera que no tiene lugar la estimación entre las circunstancias correspondientes a los pros y los contras de la continuación del hecho. La teoría de la autoría, confirma por tanto la valoración de que únicamente el sentido de la acción dirigido al objeto, o al bien jurídico puede ser decisiva, más allá de los presupuestos contenidos en el § 35 StGB; que cada pérdida del sentido de la acción dirigida al objeto, o al bien jurídico, conduce a una exclusión de la voluntariedad, es por contra una peculiaridad del

desistimiento. Aquí se demuestra, que con el presente planteamiento de la solución no se debe hablar de una aplicación a ciegas de la teoría de la autoría, sino que siempre las singularidades del desistimiento deben desembocar en la correspondiente valoración.

Hay que partir únicamente de un error dirigido a la modalidad de ejecución, cuando el autor desiste de un robo con fuerza en las cosas, porque, de repente se enciende la iluminación de la calle (72), o porque el perro guardián no se come la salchicha envenenada (73). En efecto presentan ya estos motivos tal intensidad en el apremio en el sentido del § 35 StGB, que el autor, en dichos casos para la continuación de su intención, debe tomar en consideración el arresto o bien la lesión corporal. Se trata también meramente de una supresión del sentido dirigida a la modalidad de ejecución, cuando un padre quiere matar a sus hijos mientras duermen, aunque entonces se abstiene de su intención porque inesperadamente se despiertan y comienzan a llorar (74). Siendo así que la transformación dirigida a la modalidad de ejecución no ejerce aquí presión coercitiva alguna de la intensidad del § 35 StGB sobre el autor, hay que admitir en este caso, la voluntariedad del desistimiento.

Hay que admitir siempre por contra una pérdida del sentido de la acción dirigida al objeto, o al bien jurídico, que conduce a la involuntariedad, cuando pierde como tal la causa del hecho, de modo que la continuación del mismo desde el punto de vista del objeto de la pretendida lesión al bien jurídico no tendría sentido. Éste es el caso, si el autor renuncia a su intento de receptación porque el bien objeto de la misma se había dañado (75), o si el sobrino, que quiere matar a su tío para heredarle, abandona, porque tiene noticias de que poco antes éste ha dilapidado en el juego toda su fortuna. Subyace, incluso, cuando el autor que quiere robar una pelota en un jardín ajeno, al levantarla comprueba que es una pelota de madera, por lo que renuncia a la sustracción. La doctrina mayoritaria admite ciertamente en las presentes constelaciones una tentativa malograda, desde el inicio incapaz de desistimiento, porque el objeto de la percepción de la acción defraudada de tal manera las esperanzas del autor, que el plan se malogra (76). No puede estarse de acuerdo con esto, porque según el § 24 StGB las ideas del autor al inicio del intento no son decisivas, sino únicamente sus reflexiones sobre la interrupción de la consumación ulterior; el

---

(72) BGH GA 1980, 25.

(73) Ejemplo en ESER, en: *Schönke/Schröder*, § 24 párr. 48.

(74) Así JÄGER, NStZ 1999, 608.

(75) OLG KOBLENZ, VRS 64, 24.

(76) Cfr. por todos ROXIN, JuS 1981, 3.

que la tentativa en relación a la pelota de madera ya haya comenzado (la simple divergencia de identidad no cambia nada en la tentativa en lo concerniente al objeto tenido en cuenta de manera concreta), no puede ser tampoco discutido por la doctrina mayoritaria. El por qué esta tentativa no puede ser desistida entonces por la renuncia a la pelota de madera, es de todo punto incomprensible (77). Sin tener esto en cuenta, conduce la consideración del plan no sólo en el medio del hecho, sino también en el objeto del hecho a un inadecuado favoritismo por el autor escrupuloso. Si entra el autor en el jardín con la voluntad de robar todo lo utilizable, y por último abandona la pelota de madera, tras estar a punto de querer llevársela, entonces a falta de un plan concreto, nadie pensaría en una tentativa malograda. Si el autor por contra se fija sólo en un objeto concreto, así conduce esta limitación del plan por decepción de sus expectativas, a la admisión de una tentativa malograda. Esta distinción poco razonable sólo puede evitarse si se acaba con el motivo de desistimiento por interrupción del intento y se imputa a la involuntariedad una pérdida de sentido de la acción en cada caso. Cuan inoportuna es la consideración al plan originario y la admisión de una tentativa malograda en casos de este tipo, lo demuestra una reflexión complementaria (78) se propone el autor robar una pelota, pero se da cuenta que se trata de una pelota de madera que también puede necesitar, pero la deja, porque tiene remordimientos de conciencia. Aquí nadie negaría, refiriéndose al plan originario, la posibilidad de un desistimiento, sino que se tendría en cuenta en favor del autor, incluso un desistimiento voluntario. De esto se deduce, que únicamente es decisiva la idea del autor en la renuncia al hecho; la pregunta sobre la voluntariedad o involuntariedad se ajusta finalmente a si el autor en la continuación del hecho relativo al objeto tenido en cuenta en ese momento, (todavía) le ve o no sentido.

En este sentido hay que ver también los casos de consecución del objetivo fuera del tipo. Se trata de circunstancias, en las cuales el autor ciertamente ha alcanzado su objetivo preferentemente pretendido, aunque el resultado típico, por lo menos intentado con dolo eventual, no se produce. Si en esos casos todavía debería ser posible un desistimiento que libere de la pena, es tema para una intensa discusión. La Jurisprudencia se ha ocupado de esta pregunta en el llamado caso del escarmiento. En él, A había clavado, con dolo eventual de matar, un cuchillo en el torso de B, para darle un escarmiento. Considerando

---

(77) Cfr. también FELTES, GA 1992, 413, que para casos de este tipo opina: «Renuncia al hecho, no importa por qué».

(78) Cfr. JÄGER (nota 3), p. 114.

concluido con éxito el castigo tras la primera cuchillada, renunció A a posteriores puñaladas.

La Gran Sala del BGH (79), a quien se sometería este caso tras una política en zigzag de la Jurisprudencia, afirmó un desistimiento eficaz del intento de homicidio. El hecho, según la Gran Sala, se encontraba todavía en la fase de tentativa inacabada, ya que el autor había renunciado por un simple no continuar del intento de homicidio. La Sala lo fundamentó diciendo que «hecho» en el sentido del § 24 StGB era únicamente el hecho en sentido objetivo-jurídico (§ 11 apart. 1 n.º 5 StGB), por lo que los motivos, intenciones u objetivos que excedían de éste, eran improcedentes. Además no podía tratarse de peor manera al que actuaba con dolo eventual que al que actuaba bajo dolo directo. En definitiva requiere también la protección de la víctima una interpretación del § 24 StGB acorde con la tentativa, por la cual el resultado sea aceptable político-criminalmente, en tanto que se da frecuentemente una tentativa acabada o malograda. Se afirmaría esto último, cuando un planteamiento renovado del autor sólo pudiera suceder de tal manera que no subyaciera ningún proceso unitario. En efecto, la Sala 5 del BGH (80) lo aceptó poco después en un caso en el cual el acusado había disparado con dolo eventual sobre un perseguidor y después había renunciado, porque el perseguidor había emprendido la retirada; en este tipo de constelaciones, según el BGH, una determinación del hecho serviría de base al planteamiento renovado del autor, por lo que ya no podría hablarse de un suceso unitario. Aquí se demuestra que la propia Jurisprudencia no estaba en condiciones de aprobar el resultado alcanzado por la Gran Sala, porque es evidente que los casos del escarmiento y del perseguidor no se diferencian estructuralmente, ya que el autor alcanzó tanto en uno como en otro, su objetivo. Si a pesar de ello, la Sala resuelve de manera diferente, queda claro, que al igual que antes construyen sus reglas según el caso.

La dogmática por el contrario traslada principalmente el aspecto de la consecución del objetivo fuera del tipo a un primer plano. Tiene como consecuencia que el autor a causa de la consecución del objetivo no puede culminar su intento. No entraría en consideración allí un desistimiento del hecho, porque el autor tras la obtención de su objetivo primario tenga que concebir un nuevo motivo, que suponga la ba-

---

(79) BGHSt. 39, 221, con notas ROXIN, JZ 1993, 896; de acuerdo con el BGH GROPP, *Allg. Teil*, § 9 párr. 69; HAUF, MDR 1993, 929; PAHLKE, GA 1995, 72; SCHROTH, GA 1997, 151. Conf. previamente BGH (1. Senat) NJW 1993, 943, comentario crítico de PUPPE, JZ 1993, 361 y nota STRENG, NStZ 1993, 257.

(80) BGH NStZ 1994, 493.

se de un hecho completamente nuevo (81). En especial Roxin (82) ha objetado al BGH, que con el hecho en sentido fáctico-jurídico nombrado en el § 24 apartado 1. 1 StGB (§ 11 apart. 1 n.º 5 StGB), sólo se quiere aludir al hecho doloso antijurídico. Según Roxin, un abandono del hecho originario, no entra ya en consideración tras la consecución del objetivo, puesto que el autor no puede renunciar a un dolo que ya no tiene.

En el resultado no pueden convencer ni el desarrollo de la Jurisprudencia ni de la dogmática. Contra la admisión de un desistimiento de la tentativa que exima de pena incluso según consecución del objetivo fuera del tipo se sitúa en primer lugar el resultado contrario al sentimiento de justicia (83). En tanto el BGH defienda su punto de vista de que la exigencia de un renuncia honorable o una retractación no encuentra ningún apoyo en el § 24 apartado 1.1 StGB, se deberá oponer con Roxin: «Significado literal y sentido de la norma fuerzan estos presupuestos» (84); porque si en casos de tentativa de delito, según la opinión mayoritaria, la voluntad ejecutada contraria a Derecho está penada (85), entonces no puede haber ninguna otra razón para librar de pena que una valoración positiva del comportamiento del autor, que suprima esta impresión negativa. En este sentido se ha desarrollado la conclusión, de que se excluya un desistimiento en casos de tentativa malograda, procedente del punto de vista acertado e indiscutido por el BGH, de que el desistimiento exija una retractación por parte del autor.

Por otro lado, tampoco puede ser seguido el desarrollo de la dogmática. Mientras partan de que no puede renunciarse a la tentativa tras la consecución del objetivo, se igualan de manera injustificada pérdida del sentido e imposibilidad. La afirmación de que el autor no puede por pérdida del sentido renunciar, no es exacta. En especial, no se corresponde con el sentido literal del § 24 apartado 1.1 StGB, si en la dogmática se excluye una renuncia con el argumento de que «hecho» en el sentido del § 24 StGB sólo es el hecho doloso y el autor no puede renunciar a un dolo que, por haber alcanzado el objetivo, ya no tie-

---

(81) Así a continuación BGH NJW 1990, 522; de acuerdo también KÖHLER, *Allg. Teil*, p. 479.

(82) ROXIN, JZ 1993, 896; conf. también HERZBERG, JR 1991, 160; W. BAUER, *wistra* 1992, 205; RENGIER, JZ 1988, 931.

(83) También GROPP, *Allg. Teil*, § 9 párr. 71, debe reconocer que este resultado contradice el sentimiento jurídico. Sin embargo se cree conectado con el sentido literal del § 24 StGB y sigue al BGH, sin abordar tampoco a la pregunta de la voluntariedad.

(84) ROXIN, JZ 1993, 896.

(85) Conf. únicamente JESCHECK/WEIGEND, *Allg. Teil*, 5.ª ed. 1996, § 49 II 2.

ne; porque el § 24 apartado 1.1 StGB no exige que sea abandonado el hecho (doloso), sino que lo sea la posterior ejecución del hecho (doloso). Yo mismo no he percibido esta diferencia con esta claridad hasta ahora (86); pero quien iguala esta distinción, recorta de manera apresurada, para el autor todas las posibilidades de desistimiento y contraviene la prohibición de analogía al menospreciar el sentido literal de la norma (87). Incluso en el caso de un desistimiento por compasión se podría hablar en este sentido de una tentativa malograda, porque tampoco el autor que desiste por piedad tiene ya dolo de continuar. Por último, es decisivo según el § 24 apartado 1.1 StGB, si el autor tras el último acto ejecutivo, todavía puede continuar la ejecución con el dolo con el que comenzó el intento. Mientras esto pueda afirmarse, desiste el autor de la ejecución posterior, tan pronto como renuncie a la continuación de la todavía posible lesión al bien jurídico. Esto tampoco aparece de manera distinta en una pérdida del sentido por la obtención del objeto de la acción fuera del tipo. Es decisivo, antes bien, que el autor desista de la posterior ejecución del hecho (intentado) (88).

Tras esto queda claro que también en los casos de consecución del objetivo fuera del tipo hay que buscar la llave para la solución del elemento volitivo en que en estos casos se trata únicamente de una subclase de pérdida de sentido. Con esto, se está ya indicando la conclusión correcta: la consecución del objetivo fuera del tipo, conduce a la admisión de un desistimiento involuntario, porque la continuación del hecho en el objeto concreto carece ya de sentido para el autor. Referido al caso del escarmiento, significa que ciertamente, de manera objetiva se da una retractación del peligro por la bajada del cuchillo, aunque no puede imputarse subjetivamente al autor (involuntariedad),

---

(86) Cfr. JÄGER (nota 3), p. 117.

(87) Puede permanecer abierto en este punto, si –ya que en el desistimiento se trata de un precepto de inmunidad– es mejor hablar de una prohibición de la reducción teleológica, en vez de la prohibición de analogía (así FREUND, *Allg. Teil*, § 9 párr. 54). De cualquier manera es decisivo, que en Derecho penal no se pueda superar el límite del sentido literal de las palabras a costa del autor.

(88) La exposición sirve de base a la teoría mayoritaria del examen global. Por lo demás la teoría del acto único (seguida por ej. por FREUND, *Allg. Teil*, § 9 párr. 41) rechazada por la doctrina mayoritaria no puede tampoco eludir completamente el problema de la consecución del objetivo. No ha alcanzado todavía el autor su objetivo primario (p. ej. expulsión de los perseguidores), a través de una acción todavía inidónea en su opinión, para el resultado (p. ej. apuntado a los perseguidores), entonces debe decidir al respecto, si la consecución del objetivo excluye el desistimiento; ver JAKOBS, *Allg. Teil*, 26/ 39 a; PUPPE, *NStZ* 1986, 17; la misma, *NStZ* 1990, 433. Cfr. en general sobre los razones contrarias a la teoría del acto único y a favor de la teoría del examen global el resumen en JÄGER (nota 3), pp. 122 y ss.

porque al igual que el dolo es un elemento subjetivo en la realización del delito, también debe tener naturaleza subjetiva el dolo inexistente en el desistimiento y no puede subordinarse al elemento objetivo de la renuncia. Junto a todo esto, hay desde luego que tener en cuenta, que también se dan casos en la consecución del objetivo, en los que desde el principio y objetivamente no hay retractación del peligro. Así sucede en el ejemplo desarrollado por Jakobs (89) de los huecos de aparcamiento, en el que un conductor, a pesar del peligro de dañar a otro vehículo, mete su coche en un hueco para aparcar, sin que suceda nada. En este caso no hay ninguna retractación, ya que ni el aparcamiento con el que se amenaza ni el abandono del vehículo, representan retractación del peligro (90). En el caso del escarmiento no sucede lo mismo; aquí significa la bajada del arma punzante una retractación del peligro, que en efecto, sobre la base de la consecución del objetivo a causa de una pérdida del sentido de la acción, hay que calificar como involuntaria (91).

## V. RESUMEN

Los desarrollos precedentes han demostrado que únicamente una afirmación del elemento volitivo contenido en el § 24 StGB, orientada por los principios de la autoría, es capaz de proporcionar resultados más concretos que los que hasta el momento se obtenían con ayuda de las teorías psicológicas y valorativas. El reconocimiento de que hay que entender el desistimiento como retractación del peligro, no sólo afirma la necesidad de una aplicación correspondiente de los principios dimanantes de la autoría mediata y mientras tanto predominantemente reconocidos, sino que también delimita el marco jurí-

---

(89) JAKOBS, *Allg. Teil*, 26/39 a.

(90) Más detallado sobre casos de falta de retractación del peligro JÄGER (nota 3), pp. 116 y ss.

(91) A favor de la involuntariedad también MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Allg. Teil* 2, § 41 párr. 119, así como anteriormente OTTO, *Allg. Teil*, 3.<sup>a</sup> ed., § 19 II 2 b. aa. Diferente STRENG, JZ 1990, 214 y ss, que también quiere distinguir si existe en el hecho una inclinación hacia la consumación (entonces voluntariedad) o no (entonces involuntariedad). Exceptuando que los hechos con o sin inclinación a la consumación no pueden ser determinados con exactitud, este punto de vista contradice el sentido del § 24.1.1 StGB, puesto que no depende de si el autor continuó en la situación concreta de manera típica, sino de en función de qué razones ha renunciado al hecho. Más detalladamente sobre la crítica a Streng, ROXIN, JZ 1993, 897, así como JÄGER (nota 3), pp. 121 y ss.

dico para la afirmación del elemento volitivo. Una exclusión de la voluntad puede basarse principalmente en cuatro causas: involuntariedad a causa de amenazas, a causa de inimputabilidad, a causa de error o a causa de supresión del sentido de la acción. Las categorías nombradas, que en la teoría de la autoría hace tiempo que son dominantes, necesitan únicamente un traslado adecuado, para fertilizar el debate sobre el desistimiento. A este objetivo está consagrada la presente contribución.

# Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces

ARACELI MANJÓN-CABEZA OLMEDA

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid

**SUMARIO:** I. El peligro para el bien jurídico salud pública. La jurisprudencia anterior sobre entrega de droga para evitar los efectos del síndrome de abstinencia o ayudar a la deshabitación, sobre consumo compartido, sobre invitación a consumir y sobre entrega a persona privada de libertad.–II. Venta de pequeñas dosis de droga. El principio de insignificancia. 1. Sentencias absolutorias. 2. Sentencias condenatorias.–III. Las últimas sentencias condenatorias del Tribunal Supremo anteriores a la recepción del Informe del Instituto Nacional de Toxicología de 22 de diciembre de 2003. La dosis mínima psicoactiva.–IV. Sentencias condenatorias posteriores a la recepción del Informe del Instituto Nacional de Toxicología de 22 de diciembre de 2003. Otra vez, la dosis mínima psicoactiva.–V. Precisiones adicionales a las resoluciones anteriores: la Sentencia 298/2004, de 13 de marzo de 2004.–VI. El principio de insignificancia.–VII. Problemas de proporcionalidad.–VIII. El bien jurídico. 1. Las razones de la discrepancia. 1.1 El peligro de difusión. 1.2 El interés dominante. 1.3 La referencia a la salud individual. 2. La salud pública y la (des)protección de menores e incapaces frente a la droga.–IX. Conclusiones.

El 24 de enero de 2003 la Sala 2.<sup>a</sup> del TS celebra Pleno no Jurisdiccional de Unificación de Doctrina con vistas a resolver la cuestión de la tipicidad o atipicidad de la venta de cantidades mínimas de droga, pues en el seno del Tribunal convivían dos posiciones contrapuestas e irreconciliables sobre el asunto. El Pleno decidió que «...por el Instituto Nacional de Toxicología se propusieran unos mínimos exentos de cualquier afectación a la salud de las personas», posponiendo la resolución del problema. El Informe del Servicio de Información Toxicológica del Instituto Nacional de Toxicología, núm. 12691/03,

de 22 de diciembre de 2003 (en adelante IINT 2003), llega al TS el 13 de enero de 2004; ofrece datos sobre dosis de abuso habitual, dosis de consumo diario estimado y dosis mínima psicoactiva (en adelante dmp) de 29 sustancias de abuso, agrupadas en 6 familias, identificándose cada sustancia por sus denominaciones alternativas o comerciales y por su fiscalización en las distintas Listas de la Convención Única de 1961 y de la Convención de Viena de 1971. A la vista del IINT 2003, el TS decide no llevar el asunto a Sala General, por entenderlo innecesario (1) y, en su lugar, se envía a los Magistrados un Cuadro resumen del IINT 2003 elaborado por el Gabinete Técnico del TS, que sólo se refiere a 6 sustancias y a sus correspondientes dmp, no siendo absolutamente fiel al IINT 2003 en la cuantificación de la dmp de la heroína, del LSD y del MDMA. Las Sentencias que tienen en cuenta este cuadro utilizan la dmp como límite entre la atipicidad y la tipicidad de las ventas de cantidades pequeñas de droga. Sin embargo, la situación, lejos de estar cerrada y clara, está abierta y confusa. Analizaré, en primer lugar, la jurisprudencia anterior restrictiva de la aplicación del tipo de tráfico de drogas cuando no se trata de ventas y, después, las dos tesis contrapuestas sobre venta de pequeña cantidad de sustancia.

## I. EL PELIGRO PARA EL BIEN JURÍDICO SALUD PÚBLICA. LA JURISPRUDENCIA ANTERIOR SOBRE ENTREGA DE DROGA PARA EVITAR LOS EFECTOS DEL SÍNDROME DE ABSTINENCIA O AYUDAR A LA DESHABITUACIÓN, SOBRE CONSUMO COMPARTIDO, SOBRE INVITACIÓN A CONSUMIR Y SOBRE ENTREGA A PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD

Todavía vigente el CP anterior, la jurisprudencia limitaba o atenuaba la aplicación del artículo 344 en casos de «entrega compasiva», o sea de donación movida por las finalidades de lograr la gradual deshabitación de un sujeto o de evitar los efectos de un síndrome de abstinencia. La fundamentación de estos casos no siempre ha sido la misma y la exigencia de requisitos tampoco aparece muy clara, pero, de ordinario se trata de donaciones (no ventas) sin contraprestación económica, a un sujeto adicto al consumo de drogas, buscándose o,

---

(1) Así se dice en el Antecedente Séptimo de la S. 1023/2002, de 19 de enero de 2004 y en el Antecedente Octavo de la S. 1982/2002, de 28 de enero de 2004, que después se examinarán.

su deshabitación, mediante una dosificación controlada y decreciente, o evitarle el síndrome de abstinencia, existiendo entre el donante y el donatario una relación familiar o personal, siendo la sustancia donada heroína. En algunas sentencias se afirmaba la tipicidad de la conducta, pero se proponía el indulto parcial, se apreciaba una atenuante de actuar por estímulos pasionales, o de parentesco o de análoga relación o, se estimaba concurrente una atenuante analógica con el estado de necesidad incompleto (2). En Sentencia de 20 de abril de 1993 se aprecia un error de prohibición invencible en un supuesto de posesión para la donación encaminada a evitar el síndrome de privación de heroína a un hermano.

En otros casos de donación buscando la deshabitación se fundamenta la absolución en la ausencia de antijuridicidad material y en la distinción entre peligro abstracto y peligro presunto o, en que la finalidad perseguida no es la de promover, facilitar o favorecer el consumo ilegal, sino todo lo contrario, o en la ausencia de lesión al bien jurídico (3).

Los mismos razonamientos de ausencia de antijuridicidad material y de peligro abstracto, se han utilizado en los casos de consumo compartido, entendidos como una modalidad de autoconsumo que no incide en la salud pública. Los requisitos que el TS viene exigiendo para la impunidad del suministro hecho por un sujeto a otros para el consumo compartido son los siguientes: 1.º Todos los que van a consumir deben ser adictos y formar un pequeño grupo de personas determinadas. 2.º El consumo ha de realizarse en lugar cerrado. 3.º El consumo ha de ser inmediato. 4.º La cantidad de droga debe ser susceptible de ser consumida de forma inmediata. 5.º El consumo ha de ser esporádico, íntimo y sin trascendencia social (4). Como se ve claramente, estos requisitos quieren garantizar que no exista riesgo de que la droga se difunda y llegue a sujetos indeterminados y, por tanto, que no se produzca la consiguiente afectación a la salud pública.

Con argumentación similar de inexistencia de ataque al bien jurídico y ausencia de precio, se ha absuelto en casos de ofrecimiento o invitación de droga para ser consumida de forma inmediata y dentro de un espacio determinado, lo que impide el riesgo de que la sustancia llegue a indeterminados sujetos (5).

---

(2) SS. 27 de junio y 6 de noviembre de 1992, 20 de abril de 1993 y 18 de septiembre y 3 de noviembre de 1997.

(3) SS. de 29 de mayo, 15 de julio y 16 de septiembre de 1993.

(4) SS. 3 de febrero de 1999, 3 de abril de 2000 y 24 de julio de 2003.

(5) SS. 9 de febrero y 17 de junio de 1994.

Pero debe señalarse que hay resoluciones que en casos como los examinados afirman el peligro y la tipicidad (6).

Por su parte, la S. 84/1997, de 22 de enero (Ponente Granados Pérez), sin referirse a motivaciones de evitar el síndrome o facilitar la deshabitación, absuelve por un intento de un interno en centro penitenciario de pasar una papelina de 0,02 g de heroína a otro interno consumidor, por entender que aunque «es cierto que el CP incluye entre las conductas prohibidas la de facilitar el consumo ilegal de drogas tóxicas y es indudable que el recurrente al tratar de pasar la papelina estaba facilitando su consumo por parte del destinatario, pero no puede olvidarse que, en este caso, el consumo se cierra en la persona del interno al que va destinada la papelina, que sería inmediato, sin que pueda afirmarse que exista peligro abstracto para la salud de indeterminados consumidores, no resultando afectada la salud pública, que es el bien especialmente protegido por esta figura delictiva, y escapa, por consiguiente de la órbita penal concretada en el artículo 344, al no incidir en el ámbito de protección de dicha norma». Como se ve, en esta sentencia lo que determina la absolución no es el móvil del que entrega la droga de evitar el síndrome o ayudar a la deshabitación, sino la ausencia de peligro para el bien jurídico salud pública.

La Sentencia 772/1996, de 28 de octubre (ponente Conde-Pumpido Tourón), se refiere al intento de un sujeto recién puesto en libertad de pasar dos papelinas de heroína con un peso de 0,06 g a un recluso adicto, arrojándolas por encima del muro de la prisión, no consiguiéndose la entrega. La Audiencia Provincial absolvió haciendo aplicación de los principios de insignificancia, antijuridicidad material, culpabilidad y proporcionalidad. El TS confirma la absolución por entender «que responde a una interpretación material del Derecho punitivo acorde con los principios fundamentales propios de la Intervención Penal en un moderno Estado Constitucional de Derecho». Se parte de que el tipo del artículo 344 (del derogado CP) es «extraordinariamente abierto... lo que impone el establecimiento de determinadas restricciones», como son la atipicidad del autoconsumo y de la

---

(6) SS. 23 de junio y 14 de octubre de 1994. Las SS. de 13 y 14 de octubre de 1993 condenaron en un caso de posesión preordenada al consumo compartido con unos amigos en una fiesta. La S. de 26 de febrero de 1996 consideró delictiva la entrega de droga a un sujeto drogadicto, con independencia de la finalidad perseguida, incluso la de evitar el síndrome de abstinencia de droga. La S. de 19 de octubre de 1990 sostiene que la donación de un pitillo de hachís es típica «pudiendo construirse a partir de ahí los correspondientes subtipos agravados». En S. de 29 de mayo de 1991 considera que «en cualquier caso la donación, la cesión gratuita, la entrega desinteresada o la dación incondicional de la droga hacia un tercero, implica una actividad acogida en el artículo 344».

posesión no destinada al tráfico, la donación a un familiar adicto, la invitación entre adictos o el consumo compartido, basadas en el principio de lesividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos. Así, cuando «...la conducta no es idónea para generar un riesgo mínimamente relevante para el bien jurídico protegido, no existe en ella contenido alguno de antijuridicidad material». En el caso enjuiciado, los 0,06 g de heroína, «dada su insignificancia», hacen que la conducta quede «por debajo de los umbrales mínimos de intervención», pues «no puede considerarse idónea para producir los efectos propios de una dosis normal, siendo prácticamente diez veces inferior a una dosis normal» (7).

En las dos Sentencias citadas se hace referencia a que la droga se destinaba a internos adictos. Pero hay, al menos, una resolución, la S. 1370/2001, de 9 de julio (Ponente Prego de Oliver y Tolivar), que no hace mención a que el recluso destinatario fuese adicto, absolviendo por el intento de pasar 0,02 g de heroína, por entender que tan insignificante cantidad no produce efecto nocivo en la salud y por falta de riesgo para el bien jurídico.

Para apreciar un peligro, incluso abstracto, para la salud pública se requiere que la droga pueda llegar a indeterminados sujetos, lo que supone que puedan ser varios, no estar previamente elegidos y ser, indistintamente consumidores o no consumidores. Si la entrega va destinada a una sola y concreta persona (o varias predeterminadas en el caso del consumo compartido), no hay peligro para la salud pública de la colectividad y esto será así, sea cual sea la finalidad perseguida con la entrega: evitar el síndrome, ayudar a la deshabituación o, simplemente, facilitar el consumo a persona determinada y, con independencia de que medie precio o no. Para la jurisprudencia mayoritaria, con poquísimas excepciones, la ausencia de precio es un requisito para la atipicidad de los supuestos a los que nos hemos referido, pero esta interpretación no se deriva del tipo. El artículo 368 no incluye expresamente ni el precio, ni el ánimo de lucro como requisitos típicos. Es más, aunque un sector de la doctrina consideró que la dona-

---

(7) En apoyatura de esta decisión se citan las SS. de 29 de mayo de 1993, 27 de mayo de 1994 y 25 de enero de 1996. En la resolución que anotamos se recurre a la idea de la dosis normal, cuya cantidad debería estar en 0,6 g (o sea, diez veces por encima de lo incautado que fue una cantidad de 0,06 g). No se ofrece una cantidad científicamente contrastada, pero hay que advertir que los 0,06 g (60 mg) de heroína incautados pueden situarse, a la baja, en la horquilla de 50 mg-150 mg que el IINT 2003 fija para la dosis de abuso habitual y muy por debajo de los 600 mg de consumo diario estimado. Parece que es a este indicador al que se refiere la S. También se refiere a 0,06 g de heroína la S. 25 de enero de 1996, que absuelve por «ser inferior a la décima parte de un gramo» lo que «prácticamente cancela sus posibilidades de difusión».

ción era atípica en la redacción dada al artículo 344 del derogado CP por la Ley Orgánica 8/83, de 25 de junio, lo que no puede dudarse es que, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/88, de 24 de marzo, que tipifica expresamente los actos que de otro modo favorezcan, faciliten o promuevan el consumo, la donación es una en modalidad típica y se acaban las dudas que pudiesen existir sobre la necesidad o no del ánimo de lucro o del precio: ni uno ni otro son elementos típicos y esto vale, igualmente, para el vigente artículo 368 que reproduce la cláusula de 1988. A pesar de esto, las resoluciones que consideran atípicos los comportamientos de consumo compartido y «entregas compasivas», insisten en el requisito de la falta de precio, proceder que entiendo incorrecto, pues estos supuestos son atípicos porque no evidencian peligro para el bien jurídico (no hay riesgo de difusión entre inconcretos sujetos), no por la naturaleza del móvil del suministrador (8).

Algo similar ocurre con el requisito jurisprudencial de que el receptor o los receptores sean adictos a la droga, tanto en el consumo compartido como en la invitación: se exige esta condición de adicto como requisito de atipicidad, a pesar de que del artículo 368 no pueda extraerse la exigencia de que la droga deba suministrarse a neófitos. En las «entregas compasivas» es claro que el que recibe la droga es dependiente de la sustancia, pero esto no es un requisito de atipicidad, deducible de la interpretación del tipo, sino una circunstancia intrínseca del supuesto, pues sólo se podrá deshabituarse o sólo padecerá el síndrome de privación el sujeto dependiente.

Ausencia de precio y presencia de sujeto adicto o consumidor iniciado son dos requerimientos jurisprudenciales de atipicidad que han venido a confundir o enmarañar el tratamiento de un caso distinto de los anteriores: los actos de venta de pequeñas cantidades de droga, en los que naturalmente media precio y el adquirente puede ser consumidor o no.

## II. VENTA DE PEQUEÑAS DOSIS DE DROGA. EL PRINCIPIO DE INSIGNIFICANCIA

Analizamos aquí las dos líneas jurisprudenciales contradictorias sobre el tratamiento de los casos de venta de pequeñas cantidades de

---

(8) El móvil compasivo y no lucrativo sólo es relevante en las resoluciones que afirman la tipicidad del comportamiento, pero que atenúan la pena con la circunstancia de actuar por móviles pasionales o con la analógica con el estado de necesidad incompleto.

droga (el «menudeo» o «trapicheo»), en los que no está presente ni el ánimo de evitar el síndrome de abstinencia, ni el de facilitar la deshabitación, ni se dan las circunstancias del consumo compartido o de la invitación a un consumidor y, además, media precio y el receptor puede ser consumidor o no. La incompatibilidad de las dos tesis generó, como hemos visto, que el TS decidiese resolver la cuestión en Sala General, aunque, finalmente esa Sala no se ha celebrado y no hay criterios vinculantes de unificación de doctrina. La situación, lejos de estar resuelta, plantea más de una duda. Analizamos a continuación las dos posiciones sostenidas dentro del Tribunal Supremo sobre esta cuestión.

### 1. Sentencias absolutorias

Se trata de un grupo de resoluciones en las que la absolución se fundamenta exclusivamente en que la cantidad de droga que se vende es tan pequeña que no permite hablar de riesgo para la salud pública, sin exigirse móviles especiales (de búsqueda de la deshabitación o de la evitación del síndrome de privación), ni ausencia de precio. Se recogen seis que citan otras en idéntico sentido.

1.<sup>a</sup> Sentencia 1889/2000, de 11 de diciembre (Ponente Prego de Oliver y Tolivar): venta a un sujeto del que no consta su adicción. Se refería a la venta de dos boliches de crack de 0,02 g (cocaína de pureza media) por 4.000 pesetas. La Audiencia Provincial de Las Palmas condenó por delito del artículo 368 del CP. El TS casa y anula la resolución recurrida por entender que «la cantidad de droga vendida es tan pequeña que en caso de ingesta carece de incidencia alguna para la salud de quien la toma, por lo que la acción aun siendo típica y por tanto formalmente antijurídica, carece de antijuridicidad material por inocua para poner en riesgo el bien jurídico de la salud humana» (9).

Repárese que en esta Sentencia no se utiliza el argumento de que tan pequeña cantidad de sustancia impida el riesgo de difusión, lo que tendría que ver con la imposibilidad de afectación de la salud pública. La ausencia de antijuridicidad material se deriva de la inocuidad para el que lo consume, fijándose directamente en la salud individual de un singular consumidor y no en la salud pública. Lo que parece indi-

---

(9) En esta Sentencia se citan otras anteriores, referidas a cantidades insignificantes de droga, que alcanzan idéntica solución: S. 12 de septiembre de 1994 (0,04 y 0,05 g de heroína); S. 28 de octubre de 1996 (recogida más arriba en el texto; 0,06 g de heroína) y S. 22 de enero de 1997 (0,02 g de heroína).

carse es que en este caso no puede haber daño para ningún consumidor (10). La línea jurisprudencial mayoritaria considera que, al coincidir la salud pública con la suma de salud de cada individuo y estar ante un delito de peligro abstracto, bastará para entender afectado el bien jurídico, que haya peligro para personas indeterminadas, aunque para una persona concreta, pueda no haber daño. Lo anterior no es obstáculo para entender que presupuesto ineludible de la salud pública es la individual y si no hay sustancia idónea para dañar potencialmente la salud individual, no podrá haber peligro para la salud pública.

2.<sup>a</sup> Sentencia 557/2002, de 15 de marzo (Ponente Aparicio Calvo-Rubio). Venta de 0,025 g de heroína y cocaína mezcladas por mil pesetas por un sujeto que actuaba concertado con otro que le ponía en contacto con los compradores. En el momento de la detención se incautó otra dosis destinada a la venta, así como 11.200 pesetas producto del tráfico de drogas. La Audiencia Provincial condenó a los dos acusados. El TS absolvió al recurrente y al otro condenado, que no había recurrido, por imperativo del artículo 903 de la LECrim., por entender que «... incluso en casos de tráfico efectivo, cuando la cantidad de droga transmitida es tan insignificante que resulta incapaz de producir efecto nocivo alguno a la salud, carece de antijuridicidad material por falta de un verdadero riesgo para el bien jurídico...» (11). Debe destacarse que el supuesto enjuiciado da por probado, no sólo un acto de venta, sino una actividad organizada de venta que había producido ya beneficios, así como la posesión preordenada a la venta de más sustancia y, aun así, se absuelve.

3.<sup>a</sup> Sentencia 358/2003, de 16 de junio de 2003 (Ponente Marañón Chávarri). Venta por parte de dos sujetos, uno de ellos adicto a la heroína y a la cocaína y que sufrió un síndrome de abstinencia de grado uno dos al día siguiente de su detención, a otro que lo solicita y del que no consta su adicción. Se refiere a un acto de venta de una papalina de heroína de 0,06 g de heroína con una pureza del 35,84 por 100, lo que supone 0,023 g (23 mg) de principio activo, con un valor estimado de 1.000 pesetas. La Audiencia Provincial de Cádiz absolvió dada la escasa cantidad de heroína vendida que evidenciaba la falta

---

(10) Podría ser un caso de idoneidad del objeto material: los 0,02 g de cocaína son de pureza media, lo cual puede querer decir que tenían la pureza habitual en el mercado o que tenían una pureza del 50 por 100. En este último caso la cantidad equivaldría a 0,04 g (40 mg) de principio activo, lo que nos colocaría por debajo de los 50 mg tenidos como dmp de cocaína. De ser así, habría que concluir la atipicidad por falta de objeto material. A esta cuestión me referiré más adelante.

(11) Se citan otras resoluciones en el mismo sentido: las recogidas aquí en la Nota 9, más las de 11 de diciembre de 2000 (0,02 g de crack) y 9 de julio de 2001 (0,02 g de heroína).

de riesgo para el bien jurídico y la ausencia de antijuridicidad material. El Ministerio Fiscal argumentó en su recurso que, según datos de la Comisaría General de Policía Judicial, el 84,91 por 100 de las actuaciones por heroína con resultados penales, eran decomisos inferiores a 1 g y que la jurisprudencia no asocia automáticamente insignificancia de la cantidad objeto de tráfico con irrelevancia penal o absolución, pues los casos de impunidad de tráfico de pequeñas cantidades requieren, además, que la transmisión sea a título gratuito y entre adictos. Ante estas alegaciones, la Sentencia del TS, citando otras anteriores, considera que la acción de tráfico no está comprendida en el artículo 344 del CP de 1973, ni en el artículo 368 vigente, «cuando por la mínima cantidad de la droga transmitida, atendido el peso de la misma y su pureza, no quepa apreciar que entrañe un riesgo efectivo de futura lesión para la salud de los que consumen, por lo que la antijuridicidad de la conducta desaparece». En este caso, 23 mg de heroína neta «no llega a la décima parte del montante calculado para el consumo medio diario fijado en 0,60 g por el Instituto Nacional de Toxicología en informe de 18 de octubre de 2001» (12).

A continuación se distinguen dos situaciones que pueden generar el peligro para la salud pública exigido en el delito de tráfico de drogas: «la posibilidad de que la sustancia estupefaciente llegue al alcance de los consumidores» lo que quiere decir que exista riesgo de difusión entre indeterminados sujetos y, que la «sustancia, por su cantidad y pureza, tenga aptitud para dañar la salud», de donde se deduce que en los casos de cantidad insignificante, no hay potencialidad dañina, por lo que la sustancia no debe considerarse droga tóxica o estupefaciente y esto será así, «sea el receptor adicto o consumidor nuevo, y... con independencia de que la sustancia se transmita gratuitamente o mediante precio». Como se ve, esta sentencia da un paso importante para aclarar que, cuando la cantidad de droga es mínima, lo que determina la impunidad de su transmisión o tenencia preordenada a la transmisión, no es ni la existencia de determinados móviles, ni la ausencia de ánimo de lucro, ni el destino a un sujeto consumidor. En definitiva, cuando la cantidad de droga es mínima, puede ocurrir que

---

(12) Se refiere al Informe emitido por el Instituto Nacional de Toxicología en 2001 y recogido por el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 19 de octubre de 2001, con motivo de la fijación de la agravante de notoria importancia a partir de las 500 dosis de consumo medio diario. Para la heroína, el indicador del consumo medio diario se cifraba en una cantidad de 0,6 g (600 mg) lo que multiplicado por 500, arroja la cifra de 300 g, cantidad a partir de la que puede aplicarse la agravación de notoria importancia. El IINT 2003, al que me referiré después, solicitado a los efectos de establecer las cantidades exentas de todo riesgo para la salud, repite la cifra de 600 mg (0,6 g) para el consumo diario estimado de la heroína.

sea imposible la difusión entre sujetos inconcretos, por resultar materialmente indivisible; también puede ocurrir que sea inocua para la salud individual o, incluso, pueden ocurrir las dos cosas. Estos razonamientos no quedan desvirtuados por las circunstancias de que el que recibe la sustancia sea un adicto o un neófito, ni por el hecho de que medie precio. Difícilmente se encontrará en la jurisprudencia mejor formulación del bien jurídico salud pública en el tráfico de drogas que la que contiene esta sentencia.

Otro aspecto importante subrayado en la resolución es el referido a que la sustancia objeto de tráfico debe evaluarse en función, no sólo de su peso, sino también en función de su pureza, lo que supone que lo relevante es la cantidad de sustancia base tras su reducción a pureza o, dicho de otra forma, la cantidad de principio activo. Como hemos visto, son muchas las resoluciones anteriores que no atienden a este aspecto cuando se trata de actos de tráfico de pequeñas cantidades, a diferencia de lo que viene ocurriendo para el gran tráfico a partir del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 19 de octubre de 2001, relativo a la aplicación de la agravante de notoria importancia, a cuyo tenor «para la concreción de la agravante de cantidad de notoria importancia se mantendrá el criterio... de tener exclusivamente en cuenta la sustancia base o tóxica, esto es reducida a pureza, con la salvedad del hachís y de sus derivados». Recientemente, el TS ha vuelto a insistir en la relevancia que a efectos del delito de tráfico de drogas, tiene el conocimiento del grado de pureza de la sustancia. Así la S. 74/2004, de 30 de enero (Ponente Martín Pallín) absuelve por un acto de venta de dos pastillas de metadona, valoradas en 800 pesetas, de las que no se concretaba la pureza, la composición y el peso. La Audiencia aplicó una pena de tres años. El TS considera que no puede concretarse si las pastillas contenían «dosis suficiente para determinar un grave riesgo para la salud pública», con lo que parece referirse a la imposibilidad de establecer si estábamos ante una sustancia que causa grave riesgo. Pero, ni si quiera, se admite la afectación a la salud pública, como sustancia que cause menos riesgo, por lo que «... al no conocerse la cantidad de principio activo, nos debemos pronunciar por estimar que no está demostrado que se afectase a la salud pública general y a la propia del potencial consumidor». En el mismo sentido la Sentencia 154/2004, de 13 de febrero de 2004 (Ponente Bagigalupo Zapater) absuelve al acusado, que había ofrecido a un niño de 14 años una papelina de cocaína de 260 mg por 20 euros, sin saber que era menor. En el momento de la detención se incautó un teléfono móvil destinado a su actividad ilícita, así como 1.665,65 euros (276.497,9 pesetas) procedentes del tráfico de drogas. La absolución se fundamenta en que «...no es posible asegurar que (la sustancia in-

cautada) sea psicoactiva, requisito exigido por la jurisprudencia de esta Sala» (13).

Volviendo a la Sentencia 358/2003, debe destacarse que acoge el concepto de consumo diario manejado en el Informe del Instituto Nacional de Toxicología de 2001, relativo a la notoria importancia, coincidente con el recogido en el IINT 2003 que después analizaremos.

Con todo, lo más relevante de esta resolución está en que distingue dos situaciones que pueden llevar a negar el peligro para el bien jurídico: la imposibilidad de difusión y la inidoneidad de la sustancia. Como veremos después esta diferenciación tiene importantes consecuencias.

4.<sup>a</sup> Sentencia 1716/2002, de 27 de octubre de 2003 (Ponente Marañón Chávarri). Venta a un sujeto del que se desconoce si es adicto o no. Esta resolución tiene especial importancia, no tanto por la cantidad de droga a la que se refiere, 53 mg de cocaína sin especificar su pureza, pero deduciéndose que contendría menos de 50 mg de principio activo y, que por tanto estaría por debajo de la cantidad tenida como dmp (14), sino por los razonamientos que con carácter general establece, distinguiendo unos supuestos de otros, en la misma línea de la resolución 358/2003 que acabamos de analizar. La Sentencia Fiscal resuelve un recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la absolución dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya en un caso de venta de 53 mg de cocaína, desconociéndose su pureza, por mil pesetas. En el recurso del Ministerio Fiscal se combate la resolución de instancia por entender que la misma se fundamenta en la línea jurisprudencial construida para los casos de consumo compartido, no aplicable al caso en el que hay un solo adquirente, del que no consta su adicción y sin que se acredite que el consumo fuese a ser claustral y compartido. La Sentencia del TS, repasa la jurisprudencia limitativa del tipo de tráfico de drogas que excluye su aplicación en los supuestos de donación a familiares o amigos drogadictos, consumo compartido y posesión o tráfico de mínimas cantidades de droga cuyo consumo no entraña riesgo de futura lesión para la salud de los consumidores. Para este último supuesto señala que «la jurispuden-

---

(13) La necesidad de conocer la cantidad y pureza de la sustancia es cuestión capital y tiene sus consecuencias procesales, toda vez que si el acusado impugna expresamente la pericia en las calificaciones provisionales, el acusador corre con la carga de pedir la presencia del perito para valorar contradictoriamente la pericia, pues de lo contrario la condena no puede fundamentarse en esa pericia, lo que conduce a la absolución. Sobre el particular ver PAZ RUBIO, J. M., «Absolución por falta de ratificación de pericial analítica expresamente impugnada», en *La Ley Penal*, 2004, núm. 2).

(14) Recoge la Sentencia la cantidad de 50 mg, como dmp de la cocaína, de un Informe de la Agencia Antidroga de la Comunidad de Madrid.

cia ha reputado impunes tales casos de insignificancia de droga, sin exigir la concurrencia de los requisitos que han de darse para excluir la tipicidad en los supuestos de consumo compartido» (15), es decir, sin requerirse ni la falta de precio, ni la presencia de adictos o consumidores.

5.<sup>a</sup> Sentencia 1281/2003, de 5 de noviembre (Ponente Martín Pallín). Se refiere a la venta de 0,08 g de heroína por 500 pesetas, sin determinación de pureza. Parte de que la tesis de la falta de antijuridicidad material por la insignificancia de la cantidad, «...debe de ser matizada y puesta en relación con las circunstancias concretas de cada caso», para afirmar, a continuación que «...la teoría de la insignificancia podría descartarse en aquellos casos en los que de los antecedentes de hecho, se desprende que nos encontramos ante personas sobre las que tienen datos de su integración en una red de distribución directa a los consumidores, ya que con ello evitaríamos que personas que realizan, como es lógico, la venta fraccionada en pequeñas cantidades, se libren del reproche penal, a pesar de que hay constancia de una actividad más o menos habitual». Como nada de esto se da en el caso enjuiciado y además se desconoce la pureza de lo vendido, no puede descartarse la teoría de la insignificancia, procediendo la absolución. Estas consideraciones me parecen correctas si se entienden en el sentido de que, aunque estemos ante un acto singular de venta, si hay pruebas, no meras sospechas o indicios, de que el sujeto realiza esa actividad habitualmente, porque se conocen otras transacciones, entonces no se aplicará la tesis de la insignificancia. Ahora bien, si no se pueden probar distintos actos de tráfico, por mucho que se sospechen, no quedará enervada la posibilidad de acudir al principio de insignificancia.

6.<sup>a</sup> Sentencia 1640/2003, de 28 de noviembre (Ponente Granados Pérez). Como en el caso anterior, se trata de la venta de 0,08 g de heroína sin determinación de pureza por 1.000 pesetas. Dice esta resolución que «si bien es cierto que el delito contra la salud pública no protege exclusivamente la salud del destinatario o adquirente (consumidor o drogodependiente)... no podemos dejar de tener en cuenta que la salud pública de la colectividad está formada por la salud de cada uno de sus componentes de modo que la afectación de su propia salud, con-

---

(15) Se citan otras SS. anteriores en las que se consideraron cantidades insignificantes 60 mg; 20 mg; 10 papelinas; 438 mg al 8,4 por 100 de pureza; 23 mg; y 326 mg con una pureza del 4 por 100, todo lo anterior referido a la heroína; una pastilla de Buprex (la buprenorfina es un opiáceo que se fiscaliza en la Lista III de la Convención de Viena de 1971); 20 mg de cocaína y 264 mg de cocaína con un 24,2 por 100 de pureza.

forma la de la colectividad. Y aunque ese ataque no tiene que ser real o efectivo, sino que basta con que sea potencial, sin embargo en todo caso tiene que incidir materialmente en tal salud, al punto que la sustancia con la que se agrede tiene que tener condiciones de afectarla...» y si la sustancia es «...de tan ínfima entidad cuantitativa que no pueda en modo alguno afectar a la salud del destinatario... no existirá agresión a la salud pública». En este caso al desconocerse la pureza, no se sabe «...si estamos o no ante una dosis de abuso habitual...» que para la heroína es de entre 50 y 150 mg con una riqueza media de entre el 45 y el 50 por 100. Como se ve en esta Sentencia se considera que la cantidad relevante para entender que la salud individual, y con ello la pública, está afectada es la dosis de abuso, lo que está por debajo de la dosis de consumo medio diario, pero muy por encima de la dmp.

## 2. Sentencias condenatorias

Resoluciones que condenan en casos de pequeñas cantidades, anteriores a la recepción del IINT 2003 o, posteriores, pero que no lo tienen en cuenta. Se recogen tres.

1.<sup>a</sup> Sentencia 901/2003, de 21 de junio (Ponente Bacigalupo Zapater). Se refiere a la venta de 0,227 g de heroína, con una pureza del 8,4 por 100, lo que supone una cantidad de sustancia base de 0,019068 g (19,068 mg). En esta sentencia se hacen los siguientes razonamientos tendentes a confirmar la condena:

– La antijuridicidad material exige que el hecho, además de infringir la norma, produzca la lesión del bien jurídico.

– El bien jurídico, como finalidad perseguida por la norma, se lesiona, en el caso del artículo 368, con la difusión de la droga.

– La antijuridicidad material no exige que la lesión del bien jurídico sea importante.

– En la formulación clásica de la teoría de la antijuridicidad material, el conflicto entre ésta y la formal debe resolverse a favor de la última. Esta teoría «no encierra un criterio de exclusión de la tipicidad ni desplazamiento de la antijuridicidad formal» (16).

– «En el caso de los delitos graves, como son los delitos de tráfico de drogas, no cabe invocar, ni si quiera de *lege ferenda*, un «princi-

---

(16) Sigue la Sentencia diciendo que sólo en formulaciones posteriores de esta teoría se llega a fundamentar una causa de justificación supralegal, admitiéndose por una doctrina minoritaria principios como el de ponderación de bienes, el de mayor beneficio que perjuicio o el del medio justo para realizar un fin justo, dentro del campo de la salvación de un bien que entra en conflicto con otro, lo que no se da en el caso enjuiciado.

pio de insignificancia» que podría excluir la tipicidad, cuando ésta, formalmente, ha sido constatada u operar como causa suprallegal de justificación, o bien, en todo caso, excluir, de alguna manera, la punibilidad. La necesidad preventiva de ratificación de la norma no desaparece, en los delitos graves, sólo por el reducido alcance de la acción. El legislador, por lo tanto, no ha establecido la posibilidad de renunciar a la punibilidad en casos de reducido daño social, toda vez que, movido por la gravedad que le atribuye a estos hechos, ha considerado que el peligro abstracto es ya suficiente para justificar su intervención». Se recuerda en esta Sentencia que los parágrafos 153 y siguientes de la Ordenanza Procesal Penal alemana permiten no perseguir el hecho en casos de reducida lesividad, pero tratándose de delitos de mínima gravedad y, que el Código penal austriaco permite no castigar cuando el hecho no resulte merecedor de pena y el daño y la culpabilidad sean mínimos en delitos castigados con multa o privación de libertad inferior a tres años. Se concluye que, en nuestra legislación no hay «puntos de apoyo para deducir de ellos que el legislador, implícitamente, ha querido excluir casos como éstos del ámbito de la punibilidad». A esta Sentencia volveré a referirme al tratar del principio de insignificancia.

2.<sup>a</sup> Sentencia 977/2003, de 4 de julio (Ponente Conde-Pumpido Tourón). Se refiere a un caso de venta de una bolsa de cocaína de 0,35 g con una pureza del 29,9 por 100 a tres consumidores por 4.000 pesetas. En el momento de la detención se intervino al acusado otra bolsa de polvo de piedra de cocaína de 0,34 g con una riqueza del 32 por 100. La Audiencia condenó y el TS confirmó el fallo. La resolución se refiere a otras anteriores que absuelven por aplicación del principio de insignificancia y, sin llegar a negar su posibilidad, dice que ha de aplicarse de forma excepcional y restrictiva a los casos en lo que «...por la absoluta nimiedad de la sustancia ya no constituya por sus efectos, una droga tóxica o sustancia estupefaciente, sino un producto inocuo». Ante la alegación de que los 102,2 mg puros vendidos se dividirían en tres partes, para satisfacer a los tres consumidores, el TS contesta que «...los supuestos de inexistencia de objeto incluidos en la doctrina de la insignificancia se refieren a la nocividad de la sustancia vendida en sí misma, y no en función de sucesivas divisiones o repartos».

La doctrina contenida en esta resolución es sensiblemente distinta de la recogida en la anterior (la 901/2003), pues aquí no se niega la viabilidad del principio de insignificancia en el tráfico de drogas, sino que se sitúa su ámbito de aplicación en los casos de transmisión de una sustancia inocua, que por la nimiedad de su principio activo no pueda ser tenida por droga. Creo que éste es un caso de falta de obje-

to material y no de insignificancia del mismo, tal como veremos al referirnos a la Sentencia 298/2004, del mismo ponente, que pretende aclarar la confusa situación a la que se ha llegado tras la recepción del IINT 2003.

Por otro lado, el supuesto contemplado en esta resolución (la 977/2003) tampoco es igual a los que hasta ahora hemos tratado. Los 102,2 mg de cocaína pura, están por encima de los 50 mg que se consideran dmp para esta sustancia y la alegación de que se iban a dividir entre tres consumidores no se contiene en los hechos probados, aunque efectivamente en la operación estaban presentes tres compradores. Si el reparto estuviese efectuado o, al menos, probado, habría que concluir que las dosis resultantes eran inferiores cada una de ellas al mínimo psicoactivo, lo que podría conducir a la impunidad —por insignificancia o por falta de objeto—; pero la sentencia entiende que la medición de la toxicidad ha de hacerse sobre lo incautado. Con todo, creo que lo que pesó para confirmar la condena fue el hecho de que, además de lo vendido, se incautó otra bolsa con polvo de piedra de cocaína de 0,34 g con un 32 por 100 de pureza (108,8 mg de principio activo) en disposición de venta (posesión típica preordenada al tráfico). En total se trataba entonces de 211 mg de cocaína pura, dividida en dos bolsas, que hace pensar en que hay riesgo de transmisión a un número inconcreto de consumidores y, por tanto de difusión, lo que sería suficiente para entender afectado el bien jurídico. Téngase en cuenta que, según el IINT 2003, el peso de una papelina de cocaína es de entre 100 mg y 250 mg y que con cada papelina se pueden preparar entre 2 y 4 rayas. Por eso creo que el supuesto fáctico de esta sentencia no es, *a priori*, de venta de una cantidad insignificante de sustancia y que, en casos como éste, la tipicidad o atipicidad, dependerá de la posibilidad de demostrar si la droga era susceptible de distribución o si, por lo contrario, iba dirigida a sujetos concretos.

3.<sup>a</sup> Sentencia 1699/2003, de 2 de enero de 2004 (Ponente García Ancos). En esta sentencia y, a pesar de su fecha, no se aplica el cuadro resumen sobre dmp, al que me referiré inmediatamente, dado que la votación y fallo tuvieron lugar el 5 de diciembre de 2003, antes de la recepción del IINT 2003. Se confirma la condena por un acto de venta de 0,07 g de cocaína, sobre la base de las siguientes consideraciones: «el bien jurídico protegido se vio suficientemente afectado si tenemos en cuenta que existió droga... y además se hizo venta de la misma con la contraprestación de un precio... si se dejase impune esta clase de actividades de venta al menudeo, sería tanto como dejar abierto el grifo a través del cual se decanta, en último término, la mayor parte del tráfico de estupefacientes. Entenderlo así supondría desnaturalizar una de las características esenciales de este tipo delic-

tivo, cual es la existencia de un peligro abstracto en la actividad de tráfico». En este caso no se hace referencia a la pureza de la sustancia, aunque puede inferirse que debía ser muy baja, dado el precio de venta (seis euros), lo que, de ser así, nos situaría, incluso, por debajo de la dmp, lo cual, no sería impedimento para castigar, dado que en la resolución se considera que, la mera existencia de droga, sea cual sea la cantidad, y de precio reclama la aplicación del tipo, dado su carácter de tipo de peligro abstracto. En este razonamiento sobra cualquier discusión sobre el principio de insignificancia o sobre la relevancia de la cantidad: si hay droga y dinero, hay delito.

### III. LAS ÚLTIMAS SENTENCIAS CONDENATORIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO ANTERIORES A LA RECEPCIÓN DEL INFORME DEL INSTITUTO NACIONAL DE TOXICOLOGÍA DE 22 DE DICIEMBRE DE 2003. LA DOSIS MÍNIMA PSICOACTIVA

Me referiré en este apartado a recientes Sentencias del TS condenatorias (como las tres últimas recogidas), anteriores a la recepción del IINT 2003, pero que introducen en sus razonamientos el concepto de dmp de droga. La tesis que sostienen es la siguiente: la venta de drogas o la posesión preordenada a tal fin es una conducta típica y antijurídica, aunque la cantidad de sustancia transmitida sea mínima, siempre que supere la cantidad que se estima como dmp, pues en este caso no puede excluirse radicalmente la producción de efectos nocivos. Por dmp se entiende la cantidad de sustancia que permite detectar algún efecto físicos o psíquico en quien la toma, aunque no se trate de los efectos que se buscan con la ingesta. El concepto de dmp se convierte así, en criterio delimitador entre atipicidad y tipicidad (o entre conductas que no ponen en peligro el bien jurídico y otras que evidencian ese peligro). El recurso a este indicador quiere poner fin a la disparidad de opiniones existente en el Tribunal Supremo, pues entre las resoluciones inmediatamente anteriores se observan, como hemos visto, dos tendencias contrapuestas: la que considera impune la venta de cantidades insignificantes (pero superiores a la dmp) de droga, por entender que ese acto carece de antijuridicidad material y que queda cubierto por el principio de insignificancia y; la que entiende que tratándose de delitos graves, como es el tráfico de drogas, el citado principio no es aplicable, debiendo afirmarse la tipicidad y la antijuridicidad del comportamiento, aun tratándose de pequeñas cantidades. Se recogen cuatro sentencias.

1.<sup>a</sup> Sentencia 1935/2002, de 13 de octubre de 2003 (Ponente Colmenero Menéndez de Luarca). Se refiere a un supuesto de venta de 0,207 g de heroína, con una pureza del 16 por 100, lo que supone, reduciendo a pureza, una cantidad de 0,03312 g (33,12 mg). Dice que «no debe olvidarse que la dmp de heroína corresponde a una cantidad situada entre la mitad y un tercio de la dosis parenteral de morfina, que administrada por vía intravenosa es de dos miligramos. Ello supone que una cantidad de 0,00066 gramos de heroína por vía intravenosa no es una dosis absolutamente inocua para cualquier persona que no haya desarrollado tolerancia, lo que supone que su tenencia en disposición de tráfico es creadora de un riesgo prohibido por la norma penal... la venta ilícita... ha de reputarse una conducta típica con independencia de la cantidad de sustancia transmitida...». Tanto en esta sentencia, como en otras posteriores, se tiene como dmp de heroína la cantidad mínima de 0,00066 g o 0,66 mg, cuando lo que la literatura científica establece es una cantidad que oscila entre un tercio y la mitad de la correspondiente dmp de morfina, que es de 2 mg; luego en la heroína, será de 0,66 mg a 1 mg. Pero estas cifras no son las únicas manejadas, ni en la literatura científica ni en las resoluciones del TS, como vemos en las dos sentencias que citamos a continuación.

2.<sup>a</sup> Sentencia 1515/2003, de 17 de noviembre (Ponente Saavedra Ruiz). Maneja unas tablas de la Agencia Antidroga de la Comunidad Autónoma de Madrid que fijan la dmp de heroína en la horquilla de entre 0,75 mg y 1,25 mg. Se refiere la resolución a un supuesto de venta de 0,313 g de heroína con una pureza del 10,3 por 100, lo que supone una cantidad neta de 0,031 g (31 mg), por el que se absolvió en la Audiencia Provincial. El TS casa la sentencia por entender que «la dmp (constituye) en todo caso la línea divisoria entre la inocuidad y la nocividad de la administración de la sustancia».

3.<sup>a</sup> Sentencia 1743/2003, de 22 de diciembre (Ponente Ramos Gancedo). Condena por un acto de venta de 0,203 g de heroína, con una pureza del 14,78 por 100, lo que supone 0,0298 g (29,8 mg) de heroína pura, a cambio de 1.000 pesetas, por el que la Audiencia había absuelto, acudiendo a los siguientes razonamientos para fundamentar la condena:

– El principio de insignificancia no es aplicable en delitos graves (citando la S. 901/2003 reseñada más arriba). Este principio sólo será operativo cuando se determine científicamente la dmp de cada sustancia. Para la heroína esa cantidad se sitúa entre 0,75 mg y 1,25 mg, lo que constituye «la línea divisoria entre la inocuidad y la nocividad».

– El artículo 368 sólo exige que la sustancia sea susceptible de crear «riesgo abstracto de agresión a la salud colectiva».

– Para la heroína, la dmp se sitúa entre 0,75 y 1,25 miligramos de sustancia pura y constituye «... la línea divisoria entre la inocuidad y la nocividad de la sustancia».

– «... el mero hecho de que las dosis consumidas por una persona sean de una cuantía mínima, no por ello dejan de producir el efecto acumulativo en el organismo determinante de unos mecanismos de tolerancia y dependencia que, por el transcurso del tiempo, llegan a generar una toxicomanía más intensa, e incluso, un daño patente en los diversos órganos del cuerpo...».

– Un pronunciamiento absolutorio requiere que la transmisión sea a título gratuito, que el receptor sea adicto y que «... se garantice la exclusión de todo riesgo de difusión que pudiera propiciar que la droga llegue a ser consumida por personas que, por sus especiales circunstancias de edad, enfermedad psíquica o somática, etc., pudieran resultar gravemente dañados en su salud...». En este punto, la resolución comentada se coloca en las antípodas de la doctrina contenida en las SS. absolutorias, arriba citadas, 1716/2002, de 27 de octubre de 2003 y 358/2003, de 16 de junio de 2003. Y ello, no sólo porque considere que es punible la venta de una cantidad mínima de droga, sino también porque pretende, aplicar para la impunidad de este supuesto, unas características –la ausencia de precio y la presencia de adictopropias de la impunidad de casos que nada tienen que ver (entrega para evitar el síndrome o lograr la deshabituación y consumo compartido).

4.<sup>a</sup> También se refiere a la dmp, aunque sin cifrarla en ninguna cantidad, la Sentencia 1624/2003, de 27 de noviembre (Ponente Abad Fernández), que confirma la condena por un acto de venta de una papelina de heroína de 0,181 g, con una pureza del 14,8 por 100, es decir 0,026788 g o 26,788 mg de principio activo, por suponer esta conducta «... la venta de una dosis psicoactiva de esa sustancia».

#### IV. SENTENCIAS CONDENATORIAS POSTERIORES A LA RECEPCIÓN DEL INFORME DEL INSTITUTO NACIONAL DE TOXICOLOGÍA DE 22 DE DICIEMBRE DE 2003. OTRA VEZ, LA DOSIS MÍNIMA PSICOACTIVA

A la vista de la situación de incompatibilidad de las dos tesis que se mantienen dentro del TS, la Sala Segunda decide la celebración de un Pleno para lograr un acuerdo sobre la materia que debería tener en cuenta los datos solicitados al Instituto Nacional de Toxicología, pero cuando los datos llegan se decide prescindir del Pleno y se

elabora, para sólo de seis sustancias y sus correspondientes dmp, un Cuadro Resumen por el Gabinete Técnico. Quiere esto decir, que no existe un Acuerdo de Unificación de Doctrina y que el Cuadro Resumen puede ser tenido en cuenta o no, por lo que la situación no está en absoluto resuelta. Vemos ahora, las primeras Sentencias que han aplicado los datos sobre dmp del Cuadro. Se recogen seis sentencias.

1.<sup>a</sup> La Sentencia 1663/2003, de 5 de diciembre de 2003 (Ponente Soriano Soriano), se refiere a un caso de venta de 0,190 g de heroína, con un 11 por 100 de riqueza, es decir, 21 mg de sustancia base, por el que se condena, a pesar de la absolución de la Audiencia Provincial sobre la base de los siguientes argumentos:

– «... tratándose de un delito de peligro abstracto, nunca puede descartarse que el riesgo de afectar a la salud de las personas, alcance a niños, enfermos, mujeres embarazadas, etc. y otras personas débiles o de menor resistencia a la toxicidad...».

– «... la posibilidad de un fraude de ley de los vendedores minoritarios, que realizan unas divisiones de las dosis, para conseguir con dos o tres, lo que con una no se consigue».

– «... aunque las dosis ingeridas afecten mínima o imperceptiblemente a la salud, el propósito de los vendedores podría estar dirigido a iniciar a neófitos en el consumo, consiguiendo, a medio plazo, un cierto grado de dependencia y consiguiente tolerancia».

– todo lo anterior pone en duda «... la inicial o aparente inocuidad de las drogas en dosis de escaso porcentaje de principio activo, (por lo que) es necesario disponer de una referencia genérica al objeto de unificar las decisiones de los Tribunales».

– «... con el valor de simple referencia, susceptible de cuantas matizaciones pueda aconsejar el caso concreto, son ilustrativas las cuantías mínimas o *dosis mínimas psicoactivas*, facilitadas por el Instituto Nacional de Toxicología. Por referirnos a los de uso más repetidos, en el informe se establecen las siguientes dosis mínimas:

- heroína ..... 0,66 miligramos
- cocaína ..... 50 miligramos
- hachís ..... 10 miligramos
- MDMA ..... 20 miligramos».

Esta resolución merece algunas puntualizaciones. En primer lugar, llama la atención la fecha: 5 de diciembre de 2003, habiéndose

celebrado la votación y fallo unos días antes, el 28 de noviembre de 2003; ambas fechas son anteriores a la de emisión del Informe del IINT al que se refiere, que sale de ese organismo el 22 de diciembre de 2003 y que llega al Tribunal Supremo el 13 de enero de 2004. Salvo que la Sentencia esté mal datada, es imposible que cite un documento no emitido ni recibido (17).

En segundo lugar, este cuadro de dmp de cuatro sustancias que hemos reproducido no es el suministrado por el IINT 2003, sino, al parecer, uno que se elabora por el Gabinete Técnico del TS (18). El TS decide no celebrar Sala General sobre la materia, por lo que no tenemos conocimiento, por esta vía, del IINT 2003, a diferencia de lo que ocurrió con la cuestión de la aplicación de la agravación de notoria importancia. Recuérdese que entonces, hubo un Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional, de 19 de octubre de 2001, que venía a resolver la cuestión debatida con carácter general, a partir de un Informe del Instituto Nacional de Toxicología de 18 de octubre de 2001, dándose reglas sobre la no procedencia de revisión de resoluciones firmes, sin perjuicio del informe favorable para las solicitudes de indulto. En el Acuerdo se consideraba que la notoria importancia se determina a partir de las 500 dosis de consumo diario, teniéndose en cuenta la cantidad de droga reducida a pureza (es decir, la cantidad de principio activo o sustancia base o tóxica), salvo en el caso del hachís y sus derivados. El Cuadro que se incluía en este Acuerdo se refería a 29 sustancias, agrupadas en 6 familias, con referencia a los nombres alternativos o comerciales y a su fiscalización en las diferentes Listas de las Convenciones de 1961 o 1971 o Anexos y establecía, para cada caso cuál es la cantidad de notoria importancia que resulta de las 500 dosis de consumo diario estimado. A partir de este Acuerdo, la cuestión de la notoria importancia es de pacífica y segu-

---

(17) La fecha de recepción del Informe se recoge en otra Sentencia del TS, la 1023/2002, de 19 de enero de 2004. En esta última Sentencia, la aparente discordancia entre el número –1023/2002– y la fecha de publicación –2004–, obedece a que la votación y fallo se celebró el 23 de mayo de 2002, acordándose por Auto de ese día la prórroga del término para dictar sentencia hasta la reunión del Pleno de la Sala Segunda que lograse un acuerdo sobre la tipicidad o atipicidad de la venta de dosis insignificantes de droga. Recibido el Informe el 13 de enero de 2004, se decide que no es necesaria la celebración de Sala General, y se publica esta Sentencia, seis días después, en base a los datos que el TS quiere deducir del Informe.

(18) Con fecha 11 de febrero de 2004, el periódico *El País* publica la siguiente información: «El pasado 13 de enero, el presidente de la Sala de lo Penal, Luis Román Puerta, remitió a todos los magistrados el cuadro de dosis mínimas psicoactivas de las principales drogas elaborado por el Instituto de Toxicología junto con un «cuadro sinóptico» preparado por el Gabinete Técnico del Supremo relativo a la heroína, cocaína, hachís, LSD y MDMA (éxtasis) (el subrayado es mío)».

ra aplicación, resolviendo una situación previa muy difícil, que había generado «actitudes desobedientes» en algunos sectores judiciales (19). Sin embargo, con relación al tema de la tipicidad o atipicidad de la venta de dosis mínimas, la situación no parece ni clara ni pacífica.

El cuadro recogido en la Sentencia 1663/2003, como hemos dicho, no es reproducción del contenido en el IINT 2003, que es mucho más amplio, sino que al parecer (20), responde a un cuadro resumen que elabora el Gabinete Técnico del TS, bajo el título de «Cuadro de dosis mínimas psicoactivas de las principales sustancias tóxicas objeto de tráfico de drogas», que es el que se hace llegar a los Magistrados. Se cita como fuente al Instituto Nacional de Toxicología y se anota que «los datos consignados en este cuadro, expresan en gramos, miligramos o microgramos, las dosis mínimas psicoactivas, esto es que afectan a las funciones físicas o psíquicas de una persona». Este Cuadro se refiere a seis sustancias: las cuatro recogidas en la sentencia, o sea,

---

(19) La situación anterior al Acuerdo de 19 de octubre de 2001 era difícil porque conducía a penas desproporcionadas, no permitía distinguir entre comportamientos de muy distinta gravedad y establecía un agravio incomprensible con la cocaína. En efecto, para las otras sustancias se venía considerando que la notoria importancia debía apreciarse a partir de 200 dosis de consumo diario, mientras que para la cocaína se conformaban la jurisprudencia y la Fiscalía (Circular de la Fiscalía General del Estado de 4 de julio de 1984) con referirse a 200 papelines y no a 200 dosis de consumo diario, (lo que puede equivaler, aproximadamente, a 80 dosis de consumo diario) así, la exasperación penal se aplicaba a partir de 120/125 g de cocaína. Sin embargo este criterio fue rechazado en tribunales de instancia, concretamente en algunas Secciones de la Audiencia Provincial de Madrid, que no aplicaron la agravación en cantidades muy superiores a las señaladas por el TS (concretamente 240 g, 699 g y 740 g), lo que provocó la casación de las sentencias de instancia. El problema que latía, en el caso concreto de la cocaína, era el de los llamados «correos de la droga» o «mulas», es decir, el de las personas que transportan la sustancia dentro de su cuerpo. (Sobre este tema ver MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. «Los “correos de la coca” y el Tribunal Supremo: pobreza, estado de necesidad y prevención general», en *Estudios Penales en Recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, pp. 701-739). Por Acuerdo de la Sala Segunda del TS de 5 de febrero de 1999 se decidió mantener los criterios de agravación vigentes en el Tribunal Supremo. Pero este Acuerdo no fue acatado por alguna resolución posterior de la Audiencia Provincial de Madrid y fue cuestionado en un Voto Particular del Magistrado del TS P. Andrés Ibáñez a la S. 81/2001, de 24 de enero de 2001. En este Voto se hacía referencia a las resoluciones discrepantes de la Audiencia de Madrid y a sus argumentaciones, señalándose la necesidad de fijar una cantidad mucho más alta para la notoria importancia de la cocaína (sobre la polémica previa al Voto particular, ver RASCHETTI, J., «Cantidades de “notoria importancia” en el tráfico de drogas en España», en *Otrosí*, núm. 27, junio 2001, pp. 18 a 24). Como se sabe esta situación fue resuelta con el Acuerdo de 19 de octubre de 2001 que extrae la notoria importancia de las 500 dosis (y no 200) de consumo diario para todas las sustancias, fijándose para la cocaína en 750 g.

(20) Ver Nota 18.

heroína, cocaína, hachís y MDMA y, otras dos sustancias, LSD y morfina (no reflejadas en la Sentencia) (21).

Ya hemos visto que, por dmp de una sustancia debe entenderse la cantidad de sustancia que tiene algún efecto en el organismo, lo cual no quiere decir que ese efecto sea el que se asocia al consumo de las sustancias, es decir, ese efecto no es el que busca el sujeto que quiere colocarse bajo el efecto de la sustancia. Con esa dosis, el sujeto no está drogado o intoxicado. Por eso hay tanta diferencia entre la cantidad considerada dmp y las consideradas dosis de abuso habitual y dosis de consumo diario estimado. Por otro lado, el concepto de dmp no es exclusivo de las llamadas drogas de abuso, prohibidas o fiscalizadas, sino que de cualquier sustancia (por ejemplo, de la sustancia base de la aspirina, o de la cafeína), se puede establecer la dmp. No puede identificarse dosis que produce algún efecto en el organismo con dosis que resulta idónea para poner en peligro la salud pública y, esta identificación errónea es la que parece hacer el TS (22).

Para entender mejor el concepto de dmp. –la que produce algún efecto en el organismo–, podemos compararlo con el concepto de dosis media activa y el de dosis media letal. La dosis media activa es la cantidad necesaria para obrar el efecto buscado con el consumo de droga y la dosis media letal es la cantidad suficiente para matar. La proporción entre estas dos últimas cantidades constituye el margen de seguridad. Estos indicativos, junto con otros, como el coste –efectos secundarios o indeseables– y el factor de tolerancia –capacidad del organismo para acostumbrarse a una sustancia o medida de propensión al abuso, según dos interpretaciones distintas–, pueden ser útiles para determinar si una sustancia afecta o no negativamente a la salud

---

(21) La dmp de LSD es de 20 microgramos (0,000002 g) y la de morfina es de 2 miligramos (0,002 g). Estas son las cifras que proporciona el Cuadro del Gabinete Técnico del TS. Pero en el IINT 2003, para el LSD, se fija una cantidad de 20 a 25 microgramos, entendiéndose que la dosis media de abuso habitual es de 0,132 miligramos. Lo mismo ocurre con el MDMA: el TS admite como dmp la de 20 miligramos, mientras que el INT fija una horquilla de entre 20 y 50 miligramos. Por MDMA debemos de entender éxtasis, aunque en España, tal como puntualiza el IINT 2003, se venden bajo el nombre genérico de éxtasis todas las drogas de síntesis (fenetilaminas de anillo sustituido), conociéndose en ocasiones por el troquel que aparece en cada comprimido. En realidad el MDMA es éxtasis, el MDA es la píldora del amor y el MDEA es Eva.

(22) En este sentido conviene leer las declaraciones de la Directora del INT, que siguieron a la publicación de la sentencia que comentamos, recogidas por *El País*, de 11 de febrero de 2004, *cit.*: «La dmp sólo indica la cantidad mínima de una sustancia química, de origen natural o sintético, que tiene efecto en el organismo... pero en ningún momento nos metíamos en si debían utilizarse para fijar condenas o no».

pública, más allá de su inclusión o no en unas Listas y, caso de afectar, si genera grave daño o no.

...

Conviene aquí hacer un paréntesis para analizar la relevancia de la «cantidad». Cuando hablamos de drogas, en cualquiera de sus facetas –sanitaria, social o jurídica–, la cantidad es tema capital y de obligada referencia, porque las drogas, como tantas otras cosas, en sí mismas, no son ni buenas ni malas y, el beneficio o perjuicio que produzcan dependerá del para qué y del cuánto. Esta idea ya fue puesta de manifiesto por Paracelso cuando decía que de cada cosa debe hacerse el uso para el que está destinada y no debemos tener temor de ello y que «nada es veneno, todo es veneno: la diferencia está en la dosis» («Dosis sola facit venenum») porque «no hay sustancias tóxicas, solamente hay dosis tóxicas» (23). Lo mismo se deduce del significado del término ambivalente *phármacon* (droga): es una sustancia que comprende a la vez el remedio y el veneno; no una cosa o la otra, sino las dos a la vez. Tratándose de tráfico de drogas, la cantidad es relevante para agravar la pena por su notoria importancia (art. 369.3<sup>a</sup>) o para superagravarla por su extrema gravedad (art. 370) (24); como indicio para determinar si estamos ante una po-

---

(23) Pilippus Aureolus Theophrastus Bombastus von Hohenheim, *Paracelso*. Nació en Einsiedlen (Suiza) en 1493 y murió en 1541. Hombre del Renacimiento, adelantado a su tiempo fue médico y se opuso a la medicina oficial, a Galeno, a Avicena y a Celso (de ahí el sobrenombre que, por oposición, adoptó: Paracelso). Era experto en magia –que para él no era brujería– y en alquimia –que no entendía como la transformación de metales innobles en oro y plata, sino como la creación de remedios contra las enfermedades–. Fue el precursor de la actual farmacología y de la homeopatía.

(24) El artículo 370, en su redacción vigente, al establecer las agravaciones de segundo grado o superagravaciones se refiere, genéricamente, a la «extrema gravedad» de las conductas definidas en el artículo anterior, que es el que contiene las agravaciones de primer grado, entre ellas la de notoria importancia de la cantidad de droga. La aplicación del artículo 370 por razón de la cantidad de droga (o sea, superando la notoria importancia) no es pacífica. El Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 19 de octubre de 2001, fijó el límite mínimo de la notoria importancia, pero no el máximo (que de existir serviría, a su vez, como tope mínimo de la extrema gravedad), lo que podría interpretarse en el sentido de que la sola cantidad de droga, por elevada que sea, no puede dar lugar a la agravación de segundo grado, requiriéndose para la máxima exasperación, que la gran cantidad se acompañe de otras razones de agravación. Así la S. de 16 de febrero de 2000 dice que «... la extrema gravedad... es la extrema cantidad, pero también es un *aliud* y un *plus*...», lo que suele encontrarse en la pureza, el número de dosis que podrían prepararse, la acumulación de agravaciones del artículo 369, la infraestructura utilizada –barcos, planeadoras, aviones, etc.– o la pertenencia a una organización (SS. de 26 de marzo y 16 de julio de 2001). La

sesión atípica, por estar preordenada al consumo o, ante una posesión típica, por estar destinada al tráfico; para determinar la inexistencia de objeto material y de atipicidad, cuando se está por debajo de los mínimos psicoactivos o para aplicar el principio de insignificancia. Para cifrar la notoria importancia se utiliza el indicador de consumo diario estimado y se multiplica por 500 y, para discernir entre la posesión típica y la atípica, el TS recurre, junto con otros indicios, de nuevo al consumo diario estimado de un consumidor medio, que se multiplica por el número de días de acopio que se considere en cada caso. Así tenemos que la notoria importancia de heroína se da a partir 300 g de sustancia base, que son el resultado de multiplicar por 500 los 0,6 g de consumo diario estimado. Y se entiende que es factible la posesión para el autoconsumo impune con 3 g de heroína que resultan de multiplicar los 0,6 g de consumo diario por 5 (5 días de acopio, aunque, dependiendo de las circunstancias, se parte de 3 días de acopio y para llegar hasta 10). Por otro lado, las resoluciones absolutorias antes examinadas se refieren a dosis de consumo o a dosis únicas normales. La nueva tesis sostenida en el TS sustituye el indicador del consumo diario estimado por el de la dmp para determinar la atipicidad del comportamiento con carácter general. Este cambio de criterio no ha sido explicado.

...

Pero volviendo al IINT 2003, cuyo conocimiento no nos proporciona el TS, ya hemos dicho que es muchísimo más amplio que el Cua-

---

LO 15/2003, de 25 de noviembre, cuya vigencia en lo que al CP se refiere, está prevista para el día 1 de octubre de 2004, modifica el artículo 370 que queda redactado de la siguiente forma:

«Se impondrá la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el artículo 368 cuando:

1.º Se utilice a menores de 18 años o a disminuidos psíquicos para cometer estos delitos.

2.º Se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones a que se refieren las circunstancias 2.ª y 3.ª del apartado 1 del artículo anterior.

3.º Las conductas descritas en el artículo 368 fuesen de extrema gravedad.

Se consideran de extrema gravedad los casos en que la cantidad de sustancia a que se refiere el artículo 368 excediere notablemente de la considerada como notoria importancia, o se hayan utilizado buques o aeronaves como medio de transporte específico, o se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas, o se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades, o cuando concurrieren tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369.1.

En los supuestos de los anteriores números 2.º y 3.º se impondrá a los culpables, además una multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito».

A la vista salta que con la futura redacción la extrema gravedad podrá obedecer sólo a la cantidad de droga, sin necesidad de que concurra nada que indique mayor o distinta antijuridicidad.

dro resumen, pues se refiere a 29 sustancias, agrupadas en 6 familias, con sus correspondientes nombres comerciales o alternativos y su fiscalización. En este punto el IINT 2003 reproduce el mismo esquema del otro Informe de 18 de octubre de 2001, recogido en el Acuerdo del Pleno de 19 de octubre de 2001, sobre notoria importancia. La información relevante del Informe de 2003, es pues más amplia que la que el TS nos proporciona, por referirse a muchas más sustancias, pero sobre todo porque los datos suministrados no se refieren sólo a dmp, sino que también incluyen los relativos a dosis de abuso habitual, con anotaciones en algunos casos sobre dosis máximas recomendadas por toma y número de tomas diarias y a consumo diario estimado (es decir consumo en 24 horas y no consumo cotidiano). Como ejemplo de estos indicadores extraemos algunos del citado Informe del INT de 2003:

#### Heroína (caballo)

Dosis de abuso habitual: 50-150 mg. Éste es el peso de las papelinas de venta habitual; suelen contener entre un 45-50 por 100 de sustancia base, junto con impurezas, adulterantes y diluyentes.

Consumo diario estimado: 2-4 papelinas (600 mg máximo).

Dosis mínima psicoactiva: entre la mitad y un tercio de la dosis parenteral equivalente de morfina (lo que supone entre 0,66 mg y 1 mg de heroína).

Los dos primeros indicadores tienen en cuenta la sustancia total que suele aparecer en el mercado y se calcula que su pureza es del 45-50 por 100. Si reducimos esas cantidades a pureza, deberíamos considerar, más o menos, su mitad. Aun así, la diferencia entre los 0,66 mg /1 mg de dmp y los 25 mg / 75 mg de heroína pura de una dosis de abuso habitual, es muy grande. Por otro lado, si analizamos las Sentencias del TS, comprobamos que la cantidad de heroína pura más pequeña que se pueden encontrar en las papelinas que circulan en el mercado, está muy por encima de la dmp.

#### Cocaína (Nieve, perico, *speedbal* –cocaína y heroína mezcladas–)

Dosis de abuso habitual: 100-250 mg. Este es el peso medio de una papelina y sirve para preparar de 2 a 4 rayas.

Consumo diario estimado: 6 dosis máximo (de 12 a 24 rayas); total de 1,5 g (1.500 mg)

Dosis mínima psicoactiva: 50 mg (25).

Como se ve, también para la cocaína, la diferencia entre la dmp y

---

(25) Son 50 mg por vía tópica o 1 mg por kg de peso por vía nasal.

la dosis de abuso es considerable; esa diferencia es muy superior si comparamos con el consumo diario estimado.

Por lo que se refiere a la heroína, el TS entiende que la dmp es de 0,66 miligramos (0,00066 gramos). Esta cifra no aparece así expresada en el IINT 2003, sino que, siguiendo la literatura científica, se dice que la dmp de heroína es la que oscila «entre la mitad y un tercio de la dosis parenteral equivalente de morfina». La dmp de morfina administrada por vía intravenosa o parenteral es de 2 mg, por lo que la dmp de heroína será de entre 0,66 mg y 1 mg. El TS ha elegido la cifra mínima, tanto en las Sentencias que hacen mención expresa del IINT 2003 y que aplican el cuadro resumen antes reproducido, como en otras anterior ya citada –Sentencia 1935/2002, de 13 de octubre de 2003–, aunque, como hemos visto, hay resoluciones que aceptan la horquilla de 0,75 mg a 1,25 mg. Como veremos después, la Sentencia 298/2004, aclarando las que ahora comentamos, indica la necesidad de acoger la cifra máxima de 1 mg.

Repárese que en la mayoría de las Sentencias, condenatorias o absolutorias, que estamos examinando, la sustancia presente es la heroína. Si fue la cocaína la droga que desencadenó mayor problema a propósito de la notoria importancia (26), creo que es la heroína la que mayor dificultad presenta para aceptar la nueva tesis del TS. Por un lado, los efectos sociales de su abuso son especialmente graves, destacándose la delincuencia drogoinducida y, por otro lado, la distancia entre su mínimo psicoactivo y una dosis de consumo habitual es mayor que en otras sustancias, lo que aleja, aún más, en este caso, la nueva tesis de la realidad.

2.<sup>a</sup> También hay referencia al IINT 2003 en la Sentencia 1023/2002, de 19 de enero de 2004 (Ponente Sánchez Melgar), por la que se revoca la absolución de la Audiencia Provincial de Las Palmas, que absolvía por la venta de 0,060 g de heroína, con un 27,7 por 100 de sustancia base, lo que supone una cantidad de 0,01662 g (12,62 mg) de heroína pura, con un valor de 1.000 pesetas. La resolución casada y anulada sostiene, citando Sentencias del TS, que «la cantidad de droga vendida es tan insignificante, que no es compatible con un verdadero riesgo para la salud de una persona». Este razonamiento se combate con dos argumentos: el contenido en una sentencia anterior, la 901/2003, de 21 de junio, ya citada, y la aplicación de los criterios que el TS deduce del IINT 2003. Se dice así que la cantidad de heroína vendida es de 0,01662 g o 16,62 mg reducida a pureza, lo que supera con mucho el «umbral toxicológico» de los 0,66 miligramos de principio activo puro (0,00066 gramos) señalado por el

---

(26) Ver nota 19.

IINT 2003 como dmp (27). Así, «... la incidencia en la antijuridicidad de la norma... ha de traducirse en parámetros objetivos de afectación a la salud pública...». También sostiene esta Sentencia que «estas dosis mínimas psicoactivas son las que afectan a las funciones físicas o psíquicas de una persona». Parece claro que esta resolución equipara, la afectación de las funciones físicas o psíquicas con la incidencia sobre la salud pública.

3.<sup>a</sup> La Sentencia 1982/2002, de 28 de enero de 2004 (Ponente Sánchez Melgar), repite los razonamientos de la recién citada 1023/2002, para casar y anular una resolución que absolvía por una conducta de venta de 0,08 g de heroína con una pureza del 31,4 por 100, lo que supone una cantidad de principio activo de 0,02512 g o 25,12 mg, con un valor en el mercado de 1.960 pesetas. La Sentencia absolutoria argumentaba que la cantidad de droga vendida era tan insignificante, que no era compatible con un verdadero riesgo para la salud de la persona, por lo que «la acción, aún siendo típica y formalmente antijurídica, carece de antijuridicidad material por inocua para poner en riesgo el bien jurídico protegido de la salud humana, que es cabalmente lo que persigue el legislador al sancionar la conducta».

4.<sup>a</sup> La Sentencia 63/2004, de 21 de enero de 2004 (Ponente Martínez Arrieta), se refiere a un supuesto de tenencia destinada a la venta de 36 g de sustancia que contenía anfetamina al 5 por 100, es decir, se trataba de 1,8 g de anfetamina pura. La Sentencia de instancia condenó y el TS confirma la resolución por entender que «ciertamente la pureza de la sustancia tóxica es baja pero ello no permite deducir la insignificancia de lo intervenido, sino solamente la baja pureza de la sustancia intervenida...» y que «los estudios farmacológicos indican que, referido al sulfato de anfetamina, la dosis mínima psicoactiva es de 10 miligramos cantidad que es superada con creces por lo intervenido, aun reducido, caso de que fuera posible para el consumo, a su expresión al cien por cien de pureza». En esta sentencia no se cita, ni el Acuerdo del pleno de 2003, ni el Informe del INT de 2003, ni el cuadro resumen del Gabinete Técnico (28), pero se maneja el indicador de la dmp, cifrándose para la anfetamina en 10 mg (0,1 g). Coincide esta cantidad con la que apa-

---

(27) Ya hemos visto que el INT no establece los 0,66 mg como dmp de heroína, sino una cantidad situada entre 0,66 mg y 1 mg, por referencia a la dosis parenteral de morfina.

(28) Hay que recordar que el Cuadro resumen de dosis mínimas psicoactivas de las principales sustancias elaborado por el Gabinete Técnico del TS, no recoge los datos relativos a los derivados de la feniletilamina, ni a muchas otras sustancias. Como hemos visto, sólo se refiere a seis sustancias, mientras que el IINT 2003 se refiere a 29.

rece reflejada en el IINT 2003 que, dentro de la familia de los derivados de la Feniletilamina y, refiriéndose al sulfato de anfetamina (anfetetas, *speed*, centramina –no comercializado ya–), da las siguientes cifras:

Dosis de abuso habitual: 30-60 mg (cantidades halladas por comprimido en el INT).

Consumo diario estimado: 3 dosis (180 mg máximo).

Dosis mínima psicoactiva: 10 mg.

La Sentencia se refiere a un caso de 1,8 g (1.800 mg) de principio activo de sulfato de anfetamina, lo que supera, con mucho, no sólo, la dmp, sino también la de consumo diario estimado (180 mg) y la dosis de abuso habitual (30-60 mg). Luego, a la vista salta, que no se contempla un caso de tenencia para la venta de una cantidad ínfima de droga, sino de una cantidad relevante, por lo que la condena debería fundamentarse, no en la superación del mínimo psicoactivo, sino en que tal cantidad, al permitir la confección de muchas dosis (entre 30 y 60 si hablamos de sustancia pura y, muchas más rebajadas), genera el riesgo de difusión entre varios sujetos indeterminados y, con ello, la afectación del bien jurídico. Basta pensar que el valor de lo incautado era de 95.652 pesetas.

5.<sup>a</sup> Sentencia 2164/2004, de 20 de febrero (Ponente: Monterde Ferrer). Se refiere a la entrega de 0,132 g de heroína, con una pureza del 24,6 por 100 (o sea, 32,472 mg de sustancia base) a cambio de una cantidad indeterminada de dinero. Se recoge la tesis de que el principio de insignificancia no es aplicable a estos casos (SS. 901/2003 y 1023/2002, citadas más arriba) y se concluye que la heroína bruta transmitida (132 mg) estaría dentro de la dosis de abuso habitual y que la cantidad neta (32,472 mg) está muy por encima de la dmp, por lo que debe condenarse.

6.<sup>a</sup> Sentencia 221/2004, de 20 de febrero (Ponente: Giménez García). Condena por una venta de 0,213 g de heroína, con un 22,9 por 100 de riqueza (48,777 mg de sustancia pura), por 1.000 pesetas. Se hace un repaso de la jurisprudencia anterior absolutoria y condenatoria y se recuerda que la Sala de Casación tiene una función de «policiá jurídica» para fijar la correcta interpretación y aplicación del derecho y buscar la seguridad jurídica y la igualdad en la aplicación de la Ley. En base a la nueva tesis se concluye que 48 mg de heroína pura es cantidad «... notoriamente superior a la dosis mínima psicoactiva fijada para la heroína en 0,66 mg...» lo que «... no permite la aplicación de la doctrina de la *mínima insignificancia*...». En el mismo sentido se expresa la Sentencia 1661/2003, de 28 de diciembre, del mismo ponente.

## V. PRECISIONES ADICIONALES A LAS RESOLUCIONES ANTERIORES: LA SENTENCIA 298/2004, DE 13 DE MARZO DE 2004

Las resoluciones que adoptan el nuevo criterio, a partir de la utilización que hacen del IINT 2003, han sido contestadas desde distintos sectores. Tal como ya se ha indicado, el propio INT, a través de su Directora, ha cuestionado el uso que de los datos suministrados ha hecho el TS (29). A esto se refiere la Sentencia 298/2004, de 13 de marzo (Ponente Conde-Pumpido Tourón) cuando dice que «... todos los Poderes Públicos, incluido el Judicial, se deben a la ciudadanía y deben procurar que sus resoluciones sean perfectamente comprendidas...» y que «... dado que las primeras resoluciones de esta Sala (las del apartado IV) que han aplicado el dictamen sobre las dosis mínimas psicoactivas han generado cierta confusión en algunos tribunales provinciales, en la doctrina e incluso en la opinión pública reflejada en los medios de comunicación, conviene efectuar algunas precisiones adicionales». La Sentencia casa una de la Audiencia Provincial de Vizcaya que absolvía en un caso de venta de 0,140 g de heroína con una pureza del 17,8 por 100 (24,92 mg de principio activo), condenando al acusado por delito de tráfico de drogas. La sentencia de instancia, basándose en otras del TS, aplica el principio de insignificancia para absolver. El TS dice que el recurso del Ministerio Fiscal ha de atenderse «... no porque la doctrina genérica aplicada por la Audiencia sea incorrecta, que no lo es, ya que su sentencia se apoya efectivamente en la jurisprudencia de esta Sala, cuya doctrina no ha cambiado, sino porque el caso enjuiciado no encaja en los supuestos de insignificancia, de acuerdo con los parámetros técnicos que actualmente utiliza esta Sala, y que se fundan en el Dictamen emitido por el

---

(29) Ver nota 22 y «Rigor extremo», editorial de *El País*, de 12 de febrero de 2004, donde se trata la cuestión de la difícil compaginación entre la nueva línea jurisprudencial y el principio de proporcionalidad. También se ha referido críticamente a las recientes sentencias, Rafael Borrás, Presidente de la Comisión de drogas del Colegio de Farmacéuticos de Barcelona, que entiende que la tabla de dosis mínimas psicoactivas es «casi de cantidades placebo» y que el concepto de dmp es «un concepto empírico y nada científico». Para Andrés Estrada, Comisionado del Plan Andaluz sobre Drogas, «... con los criterios expuestos en la Sentencia, se refuerza la represión y se dificulta la prevención. Todos los camellos, por poca droga que lleven van a ser condenados», y ello porque las cantidades habituales son muy distintas de las consideradas como mínimo psicoactivo, así las cantidades usadas por un consumidor son 100 mg para la heroína (más de 100 veces lo permitido en la Sentencia) entre 100 y 160 mg para la cocaína (más del doble), entre 300 y 500 mg para el hachís (el triple) y entre 20 y 150 mg para el éxtasis». (Declaraciones hechas a *El País*, de 10 de febrero de 2004.)

Instituto Nacional de Toxicología». En definitiva esta Sentencia lo que viene a decir es que, el principio de insignificancia sí puede operar en materia de tráfico de drogas, pero siempre con relación a actos de tráfico de cantidades inferiores a las que constituyen el mínimo psicoactivo. Se repiten las consideraciones de la Sentencia 977/2003, ya examinada, del mismo Ponente, aunque el supuesto no es idéntico (30).

Las precisiones adicionales que hace esta Sentencia son las siguientes:

1.<sup>a</sup> Hay que distinguir entre actos de tráfico y actos de «entrega compasiva».

2.<sup>a</sup> En los casos de «entrega compasiva» «... el principio de insignificancia se aplica a la conducta que no supone peligro para el bien jurídico por la inadecuación de la acción. En estos casos, a la nimiedad de la conducta se suma la concreción del destinatario, su adición, la ausencia de precio y la finalidad compasiva». En estos casos, sigue diciendo la resolución, la insignificancia no opera por debajo del mínimo psicoactivo, sino por encima, pues de lo contrario, la cantidad suministrada sería sólo un placebo.

3.<sup>a</sup> En los casos de tráfico, ni se controla el destinatario, ni hay afán compasivo, ni se prescinde del precio y «... no puede efectuarse una interpretación material del tipo que los excluya, aun cuando las cantidades difundidas sean en cada caso concreto reducidas o limitadas». En estos casos el principio de insignificancia debe limitarse a los supuestos extremos en lo que «*lo transmitido no es droga*», por ser un producto absolutamente inocuo, que no es psicoactivo.

---

(30) Llama la atención que el ponente de las SS. 977/2003 y 298/2004, que restringen la aplicación del principio de insignificancia a las cantidades que están por debajo de la dmp, es también ponente de la Sentencia 772/96 (segunda de las absolutorias del Apartado I), que consideró que 0,06 g (sin especificar pureza) de heroína era una cantidad insignificante, por ser diez veces menor que una «dosis normal». Luego una «dosis normal» sería aproximadamente de 0,6 g (600 mg), lo que coincide con la cifra máxima que para el consumo diario estimado ofrece el IINT 2003, superando hasta seis veces la media de abuso habitual y separándose de 1 a 600 de la dmp. En las tres resoluciones se mantiene la misma idea: lo insignificante no se castiga, pero el baremo de insignificancia es muy distinto: en las sentencias más recientes es la dmp o sea, 1 mg, mientras que en la resolución más antigua parece acercarse a 600 mg. Bien es verdad que esta estimación es sin reducir a pureza, pues ese dato no aparece en la sentencia, pero las cifras del IINT 2003 parten del peso total de las papelinas, considerando que su pureza es del 45-50 por 100, lo que nos llevaría a una distancia, entre dmp y la «dosis normal», de 1 mg a 270/300 mg, que sigue siendo muchísima distancia.

4.<sup>a</sup> Por lo que se refiere a la heroína, la cantidad tenida por dmp es muy reducida y por ello controvertida, cosa que no ocurre con la cocaína. Del IINT 2003 se deduce que la dmp de heroína es de entre 0,66 y 1 mg «dada la absoluta nimiedad de esta cifra y el principio «pro reo» estimamos procedente acoger como parámetro *un miligramo*, aunque algunas sentencias de esta Sala han acudido a la cifra inferior de la horquilla, 0,66 miligramos».

5.<sup>a</sup> En la determinación de la dmp, el tribunal debe ceñirse a los parámetros técnicos ofrecidos por el organismo oficial especializado, pero «... ello no impide que la cifra pueda ser cuestionada en cada caso por las partes en enjuiciamientos futuros, aportando en su caso dictámenes periciales contradictorios... Cuál es dicho mínimo constituye una cuestión pericial...».

6.<sup>a</sup> «... esta doctrina jurisprudencial no perjudica la situación penal de los drogodependientes...» puesto que no impide la impunidad del consumo, del consumo compartido y de la posesión con ese destino; tampoco impide la aplicación de la eximente del artículo 20.2.º y de la atenuante del artículo 21.2.º. Además, tras la reforma operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se eleva en el artículo 87 el límite de penas de tres años a cinco años, para poder acceder a la suspensión de la ejecución de la pena, cuando se ha delinquido a causa de la drogodependencia, «... la pena impuesta se transforma en estos supuestos de drogodependientes en un relevante incentivo para la rehabilitación, que es la finalidad que debe perseguirse esencialmente».

Especial comentario merece esta Sentencia, pues intenta conciliar la vigencia y posibilidad del principio de insignificancia en materia de tráfico de drogas con la punición de todos los actos de tráfico que se refieran a cantidades por encima de las tenidas como mínimo psicoactivo, pero lo cierto es que el resultado no es distinto del alcanzado por las sentencias condenatorias dictadas tras la recepción del Informe del INT de 22 de diciembre de 2003 (me refiero a las Sentencias condenatorias analizadas recogidas en el apartado IV). En efecto se reconoce la corrección del recurso al principio de insignificancia, con lo que se opone a algunas resoluciones anteriores (concretamente a la Sentencia 901/2003, comentada en el apartado III), pero sitúa su ámbito de aplicación por debajo de los mínimos psicoactivos, concretamente dice que tal principio operará cuando «*lo transmitido no es droga*». La misma idea aparecía en la Sentencia 1743/2003 recogida más arriba. No comparto esta opinión. Cuando lo transmitido no es droga, porque, sea cual sea el peso de lo transmitido, no contiene una cantidad psicoactiva, lo que ocurre es que no

hay droga, es decir, que falta el objeto material del delito. Y si no hay droga, no puede decirse que la hay, pero en cantidad insignificante. La insignificancia, la nimiedad o la irrelevancia, pueden predicarse de un objeto —en este caso, la droga— que existe, que está presente y que por comparación, con otros casos, resulta muy pequeño; pero no son atributos de la inexistencia. Cuando nos colocamos por debajo de la *dmp* no hay droga, habrá otra sustancia que no produce ninguna alteración en las funciones físicas o psíquicas. Luego, no comparto la tesis fundamental de esta sentencia que, en la práctica lleva a la misma conclusión que las resoluciones que anota: impunidad por debajo del mínimo psicoactivo y castigo por encima, siempre que se trate de actos de tráfico.

Respecto de las seis anotaciones que se han numerado más arriba, puede decirse lo siguiente:

1.º Efectivamente la discusión que gira alrededor de la *dmp* no tiene nada que ver con los casos de «entrega compasiva» que, por pura lógica harán referencia a cantidades superiores, concretamente, las que son objeto de consumo por un sujeto dependiente. La discusión sólo se genera para los actos de tráfico o comercio. Creo que también deben excluirse de esta discusión las invitaciones o donaciones a persona concreta para su consumo y, por supuesto, la posesión para el autoconsumo.

2.º No comparto la afirmación de que el principio de insignificancia se aplica a los casos de «entrega compasiva» por la inadecuación de la acción para generar peligro. Si con esto se quiere decir que la conducta es socialmente adecuada (aunque no parece expresado con excesiva claridad), entonces sobra el principio de insignificancia y la aplicación que del mismo se estaría haciendo a través del de adecuación social sería incorrecta. Si por lo contrario, no se está apelando a la adecuación social, entonces hay un error, porque en las «entregas compasivas» no se castiga, precisamente, porque la conducta es socialmente adecuada. La insignificancia y la adecuación social, no son lo mismo y no puede decirse que un caso es de insignificancia por resultar socialmente adecuado. A esta cuestión me referiré después, pero puede adelantarse que adecuación social e insignificancia son dos causas distintas de atipicidad, porque la primera conlleva la total aprobación social de la conducta, mientras que la segunda, no supone la corrección o aprobación social, sino sólo una cierta tolerancia. La aprobación social y la tolerancia social se traducen en causas con valor jurídico a través de la interpretación, que nos lleva a excluir del tipo los casos de riesgo permitido, por ser socialmente adecuados y ciertos actos no permitidos, pero que por su insignificancia tolera-

mos y a los que excluimos del tipo porque su inclusión resultaría una clara desproporción (un empujón en el metro, dificultar el adelantamiento en carretera, etc.). La «entrega compasiva» de droga es un caso de adecuación social, además no pone en peligro la salud pública, pues no genera riesgo de difusión entre inconcretos sujetos y va encaminada a mejorar o preservar la salud individual. No es un caso de tolerancia por su insignificancia, sino un caso de conducta socialmente adecuada. Y a este razonamiento no puede oponerse la ilicitud de la dispensación de drogas fuera de los casos autorizados, pues, aunque esa ilicitud (general, pero no penal) subsiste, no desvirtúa la adecuación social relevante para el Derecho penal. En este sentido la Sentencia de 29 de mayo de 1993 (Ponente Conde-Pumpido Ferreiro), consideró que «... en el ámbito de la deshabituación o rehabilitación de drogadictos se contemplan como acciones adecuadas, tanto el suministro controlado de drogas, como la sustitución del consumo o suministro de la droga fuente de la adicción por otras compatibles –así, la metadona– igualmente prohibidas fuera de ese ámbito, pero que se estiman útiles para el fin último de la deshabituación». Se refería esta Sentencia a un caso de posesión de heroína que la recurrente, madre de una adicta a la heroína desde hacía dos años y mayor de edad, suministraría en pequeñas dosis a su hija, siguiendo el consejo de quien no era médico, pero sí conocedor del ámbito de ayuda a drogadictos, de que, hasta el ingreso en un centro de rehabilitación que se estaba tramitando, le suministrase heroína en dosis decrecientes. Se decía en la resolución que en este caso «... la facilitación que se produce no está destinada a un grupo indeterminado y fungible de personas, sino concretada en una determinada...», lo que excluye el peligro abstracto para el bien jurídico, al no crearse riesgo para la salud de la destinataria, porque se atenúa ese riesgo con la dosificación decreciente. En definitiva, «... la recurrente guió su conducta por una pauta acorde con los fines sociales y, por ende, adecuada a los intereses de la comunidad...».

3.º Como ya he dicho, si «lo transmitido no es droga», no puede decirse que la cantidad de droga es insignificante, sino, más bien, que no hay objeto material del delito. Por otro lado, el ánimo de lucro no es un elemento del tipo de tráfico de drogas, cuya ausencia excluya la tipicidad, luego la gratuidad de la entrega no es la razón la impunidad de entrega compasiva. No puede afirmarse, en todo caso y con carácter general, que el ánimo de lucro excluya los móviles compasivos. Por eso creo impune la conducta de quien vende droga (en cantidad que supere el mínimo psicoactivo hasta la necesaria para atender a la deshabituación) a un comprador para que éste se la suministre, dosificándola, a un familiar o amigo, ex-

cluyéndose así el riesgo de difusión, conociendo estas circunstancias el que vende.

En esta Sentencia se sigue sin considerar que la venta de una cantidad mínima de droga pueda, dada su indivisibilidad e imposibilidad de difusión entre inconcretos sujetos, no afectar al bien jurídico salud pública. En definitiva, se sigue sin dar respuesta a la tesis contenida en resoluciones absolutorias ya comentadas.

4.º Caso de admitirse la nueva tesis del castigo del tráfico en cantidad superior a la dmp (cosa que aquí se rechaza), parece lógico que tratándose de heroína, se adopte el límite máximo de 1 mg y no el mínimo de 0,66 mg, sobre todo, si se tiene en cuenta que hay resoluciones, citadas más arriba que acogen otro criterio pericial que suministra unos topes sensiblemente superiores (0,75 mg a 1,25 mg). Lo que late detrás de este razonamiento es un reconocimiento tácito de la desproporción de la pena en los casos de venta de cantidades mínimas de heroína. Lo mismo debería decirse para otras sustancias, cuya dmp se mueve dentro de una horquilla suministrada por el INT, pero para las que el Cuadro resumen del Gabinete Técnico del TS optó por la cifra mínima de la horquilla. Así, para el LSD la dmp con relevancia penal sería de 25 microgramos (y no 20 microgramos) y, para el MDMA sería de 50 mg (y no 20 mg).

5.º Naturalmente, la determinación de la dmp es una cuestión pericial que puede ser cuestionada y corregida por otra pericia contradictoria (31). Pero, en todo caso, creo que también puede discutirse, además de la cifra tenida por dmp, si este parámetro es el que sirve de frontera para decidir la tipicidad o atipicidad de los actos de tráfico de pequeñas cantidades. Téngase en cuenta, que el TS, tras recibir el IINT 2003, decide, en contra de lo por el mismo previsto, no celebrar Sala General, por lo que la nueva tesis no es fruto de un Pleno de Unificación de Doctrina y, por ello, creo que puede ser contradicha.

6.º Es evidente que la nueva doctrina tampoco será aplicable a los casos de autoconsumo, consumo compartido y posesión preordenada a esos fines, pues en estos casos las cantidades relevantes se fijan teniendo en cuenta los consumos reales. Por otro lado, la asunción o no de la nueva tesis, no tiene nada que ver con la cuestión del que delinque por su adicción a las drogas o por la situación de privación de las mismas y con el pacto terapéutico que puede arbitrar-

---

(31) Sobre esta cuestión puede verse MAGRO SERVET, V., «El valor de la prueba documental de los informes emitidos por laboratorios oficiales en los delitos de tráfico de drogas en la Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre», en *La Ley*, núm. 5697.

se con la suspensión de la ejecución de la pena, pues todo esto lo podemos predicar del que comete un delito de tráfico de drogas u otro distinto (principalmente hurtos o robos para proveerse de la droga).

...

Son muchas las cuestiones que suscitan las sentencias recogidas, aunque, al final, puedan reconducirse todas ellas a la determinación del bien jurídico y del ámbito de lo prohibido; labor nada fácil, pues viene condicionada por el prohibicionismo internacional que en la materia impera desde la segunda mitad del siglo XX y por el derivado carácter excepcional de la legislación penal sobre tráfico de drogas, característica ésta, que se ha venido intensificando en los últimos años, hasta comprometer los principios básicos que deben regir en materia penal. Los poderes públicos son conscientes de que el exceso del prohibicionismo, lejos de contribuir a la resolución de los problemas, los ha generado o incrementado y, a pesar de ello, se sigue insistiendo en la misma línea. La gravedad y la desproporción de las penas es tal que el TS, a lo largo de los años ha tenido que hacer dos labores fundamentales: primera, la de limitar la aplicación del tipo penal, eliminando de su ámbito el autoconsumo y la posesión preordenada al mismo, el consumo compartido, la entrega de droga para evitar el síndrome de privación o para lograr la deshabitación controlada y la invitación al consumo y; segunda, la de ajustar los márgenes de la agravación de notoria importancia para evitar el castigo desproporcionado y excesivo (32).

La aplicación del principio de insignificancia a los casos de venta de pequeñas cantidades de sustancia venía ha inscribirse en la primera de las labores aludidas de no aplicación del tipo penal a los casos

---

(32) Ya nos hemos referido al Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 19 de octubre de 2001 que fija las cantidades a partir de las que procede la aplicación de la agravación y que son superiores a las que se venían admitiendo con anterioridad y ello para «... atemperar el concepto normativo de notoria importancia a la realidad social y a las exigencias impuestas por los principios fundamentales de legalidad y proporcionalidad...», porque «... los parámetros utilizados por el TS... ya no son reconocidos por “todos”, sino por el contrario fuertemente cuestionados...», porque «... la respuesta penal es eficaz cuando es afinada y no cuando es indiscriminada...» y porque lo contrario «... prima indirectamente el gran tráfico...» (S. 6 de noviembre de 2001). Con la decisión del Pleno de 19 de octubre de 2001 «... se reafirman principios tan esenciales... como el de *legalidad*, en su vertiente de taxatividad de la norma, el de *seguridad jurídica* o certeza en la aplicación del precepto, el de *igualdad* del trato a todos los justiciables, el de *proporcionalidad de las penas* a la gravedad del hecho (cantidad «notoria» e «importante») y el de *eficacia de la ley penal*. (S. 14 de diciembre de 2001).

en los que no se evidenciase la afectación del bien jurídico salud pública, por no ser la droga susceptible de llegar a inconcretos consumidores, o sea, por no haber riesgo de difusión. Pero hemos visto que hay Sentencias que condenan cuando tal riesgo de difusión no existe, dada la insignificancia de la cantidad, conformándose con que se supere la cantidad tenida como dmp o, incluso, conformándose con que esté presente el principio activo, aun no alcanzando el mínimo psicoactivo. Estas resoluciones, abandonan la línea jurisprudencial que, acometiendo las dos labores indicadas, pretende adecuar, a pesar del rigor legal, la aplicación de los tipos a los principios básicos del Derecho penal. El fundamento último de cada una de las dos tesis contradictorias nos sitúa ante dos concepciones distintas del bien jurídico y ante dos posiciones diferentes de política criminal. Lo que para muchos ha sido una saludable adecuación de la aplicación de la ley a las demandas de los principios básicos del Derecho penal (33), para otros es «... una postura revisionista, que encuentra en el *quantum* de droga, su tema de referencia, ya para rebajar las penas (en los supuestos de “notoria importancia”) o, incluso, para despenalizar los casos de cantidades mínimas, exiguas o insignificantes»; lo que ha llevado a considerar que en las resoluciones absolutorias se evidencia «... falta de solidez de algunos fundamentos que tratan de hacer la “justicia del caso concreto” a ultranza; la peligrosa dinámica de reducir peligrosamente la cantidad considerada “insignificante” lo que conduce a un casuismo deslizante “a la baja” ilimitado; y como consecuencia de todo lo anterior, la falta de unos límites claros máximos que precisen las cantidades que, alcanzadas o superadas, impiden la exención penal» (34). Opiniones como esta última sirven para avalar la reciente línea jurisprudencial que condena cuando se sobrepasa la cantidad tenida como dmp.

---

(33) Ver nota anterior y tener en cuenta las innumerables opiniones que aplauden la interpretación restrictiva del tipo del artículo 368, cuya cita excede las posibilidades de este trabajo, pues como dice MUÑOZ CONDE, «la bibliografía sobre el tema (tráfico de drogas), incluso limitándose a la puramente jurídico-penal es inabarcable...», en *Derecho Penal. Parte Especial*, 14.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 632.

(34) URBANO CASTRILLO, E. «¿Irrelevancia penal del tráfico de drogas, en cantidad “insignificante”?», en *La Ley*, núm. 5403, de 24 de octubre de 2001, pp. 1 y 3. En la misma línea, SEQUEROS SAZATORNIL, F., sostiene que en las críticas a la nueva doctrina del TS sobre dosis mínimas psicoactivas, se «... adivinan claramente intenciones revisionistas procedentes, con seguridad, de círculos ajenos a la alta magistratura». («Nada nuevo bajo el sol», en *ABC*, de 26 de abril de 2004.) Sobre el mismo tema y en el mismo sentido, puede verse «La dosis psicoactiva: nuevo criterio punitivo del tráfico de drogas de pequeñas cantidades», en *Otrosí*, núm. 55, marzo 2004, pp. 18 a 22 y «Matizaciones a la nueva doctrina sobre punibilidad de las dosis psicoactivas», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 621, de 29 de abril de 2004, pp. 1 a 11, ambos artículos de E. URBANO CASTRILLO.

Analizamos a continuación los distintos aspectos que suscitan las resoluciones comentadas.

...

## VI. EL PRINCIPIO DE INSIGNIFICANCIA

Hemos visto que entre las sentencias absolutorias son varias las que invocan el principio de insignificancia, como argumento general para fundamentar su fallo. En contra la Sentencia 901/2003 (Ponente Bacigalupo Zapater), es tajante en este punto: en los delitos graves, como el tráfico de drogas, no cabe invocarlo, ni si quiera de *lege ferenda*, no existiendo en nuestra legislación ningún precepto que autorice su aplicación para no penar un comportamiento que es típico y antijurídico, a diferencia de lo que ocurre en el Código penal austriaco o en la Ordenanza Procesal alemana.

Lleva razón la Sentencia en lo que se refiere a que en nuestro Derecho no hay ningún instituto procesal o precepto penal que permita la no perseguibilidad de estos comportamientos. En efecto, la conformidad con la calificación más grave del procedimiento abreviado no supone la renuncia a la pena, sino simplemente un acortamiento del proceso, una vez ya iniciado, que acaba en sentencia condenatoria. Hay que recordar que la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, modifica el artículo 795 de la LECrim. ampliando el catálogo de delitos susceptibles de enjuiciamiento rápido, incluyéndose, entre otros «los delitos contra la salud pública previstos en el artículo 368, inciso segundo, del Código penal», es decir, los delitos de tráfico de drogas que no causen grave daño a la salud, castigados con pena de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo. En estos casos cabe conformidad ordinaria o conformidad privilegiada ante el Juzgado de Guardia (si se dan los requisitos del art. 801). Esta conformidad privilegiada permite la aplicación de la pena solicitada reducida en un tercio, aunque esta reducción lleve a una pena inferior al límite mínimo de la legalmente prevista (35). Pero nada de esto cabe cuando se trata de sustancias que causan grave daño a la salud.

---

(35) Esta modificación, contenida en la Disposición Final Primera, segundo 1), entró en vigor el día 27 de noviembre de 2003, en virtud de lo previsto en la Disposición Final Quinta. Sobre la cuestión puede verse ECHARRI CASI, F., «Particularidades de la tramitación de un juicio rápido por delito contra la salud pública en virtud de la reforma del artículo 795.1.2.ª por la Ley 15/2003, de 25 de noviembre», en *La Ley Penal*, núm. 5, mayo de 2004, pp. 1 y siguientes.

Por otro lado, no hay, para el tráfico de drogas, ningún precepto penal que autorice a renunciar a la pena. Sólo puede aplicarse una atenuación en los excepcionales e infrecuentes supuestos de arrepentimiento del artículo 376, que además, tienen que ver con el tráfico organizado de drogas y no con el menudeo que nos ocupa. Tampoco existe disposición similar a la contenida en el artículo 171.3 del CP (que permite al Ministerio Fiscal abstenerse de acusar por un delito, con cuya revelación se amenaza y que se castigue con pena no superior a dos años, para así hacer posible la persecución de la amenaza).

Es cierto, entonces, que no existe en nuestro Derecho ningún resorte legal para canalizar la renuncia a la pena, como plasmación del principio de oportunidad, en los comportamientos de venta de mínimas cantidades de droga (36).

Pero también es cierto que las Sentencias que invocan el principio de insignificancia para absolver, lo hacen, no como aplicación de una norma que no existe, sino como principio interpretativo. Así, la Sentencia 358/2003 (Ponente Marañón Chávarri) acoge las argumentaciones de las defensas que se refieren al «criterio de tratadistas prestigiosos como Jescheck o Mir Puig». En efecto, Jescheck, a propósito del método teleológico y de la interpretación conforme a la finalidad de ley, dice que «... se considera también regla interpretativa general el “*principio de insignificancia*” según el cual los menoscabos realmente mínimos del bien jurídico protegido no llenan ya materialmente el tipo de la norma penal...» (37). Por su parte, Mir sostiene que la falta de tipicidad penal puede deberse a la redacción de los tipos o a «... una interpretación restrictiva que excluya la conducta del tipo pese a caber literalmente en ella... por no implicar una afección suficiente del bien jurídico... por ser los hechos adecuados socialmente (*adecuación social*) o insignificantes (*principio de insignificancia*). Se habla en estos casos de *causas de exclusión de la tipicidad* que deben contraponerse a las causas de justificación, las cuales presuponen la existencia de la tipicidad». Y sigue diciendo que el principio de insignificancia está muy próximo al de adecuación social, pero se distingue por no suponer «... la total aprobación social de la conducta, sino sólo una relativa tolerancia de la misma por su escasa gravedad...», el principio de insignificancia debe operar como causa que impide la

---

(36) Sobre el principio de oportunidad en nuestro país y en Alemania puede verse ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, PPU, Barcelona, 1991 y BACIGALUPO, E., «Descriminalización y prevención», en *Poder Judicial*, número especial II, 1987, pp. 9 a 27.

(37) JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4.ª ed., Comares, Granada, 1993, p. 139.

presencia misma de un tipo penal» (38). También Roxin se ha referido al principio de insignificancia o de bagatela a propósito de la interpretación del tipo «... desde el punto de vista teleológico, por el bien jurídico». Dice que esta interpretación ha conducido a los Tribunales a una interpretación extensiva, lo más amplia posible, que ayuda al aumento de la criminalidad, que debe descartarse «... bajo el prisma del principio *nullum crimen*, para proceder a... una interpretación restrictiva que actualice la función de magna carta del Derecho penal y su “naturaleza fragmentaria” y que atrape conceptualmente sólo el ámbito de punibilidad que sea indispensable para la protección del bien jurídico. Para ello hacen falta principios como el... de la adecuación social, que no es una característica del tipo, pero sí un auxiliar interpretativo para restringir el tenor literal que acoge también formas de conducta socialmente admisibles...» o como «... el principio de la insignificancia, que permite en la mayoría de los tipos excluir desde un principio daños de poca importancia...». Concluye que «... con estos planteamientos» se logra «... además de una mejor interpretación, una importante aportación para reducir la criminalidad» y que «... el principio de la insignificancia es un principio de validez general para la determinación del injusto» (39). También ha reclamado la vigencia del principio de insignificancia, concretamente, para el tráfico de drogas Torio López, refiriéndose a la «contrarreforma» del artículo 344 del derogado CP. Su razonamiento, perfectamente aplicable al artículo 368 vigente, es el siguiente: para la Jurisprudencia toda acción incidente en el ciclo de la droga es típica o sea, la «... tipicidad se asigna... a cualquier condición que se incorpore al proceso... todas las condiciones del tráfico son, pues, equivalentes... no cabe distinguir entre condiciones importantes y carentes de importancia... La exigua cantidad difundida es considerada jurídicamente irrelevante». Lo anterior supone «... una rectificación de categorías determinadas de la parte general del Derecho Penal, al equiparar causación con tipicidad... La entrega de un cigarrillo de marihuana a petición de otra persona, quien se limita a aspirar de él, devolviéndolo a quien se lo entregó, es una acción formalmente descrita en el tipo del artículo 344, es decir, es un acto de facilitación del consumo de drogas, que por su insignificancia sería absurdo estimar comprendido materialmente en el tipo. Los principios de inexistencia de riesgo o de insignificancia no juegan sólo

(38) MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 6.<sup>a</sup> ed., PPU, Barcelona, 1996, pp. 161 y 512.

(39) *Política criminal y sistema de Derecho Penal*, traducción de MUÑOZ CONDE, F., Bosch, Barcelona, 1972, pp. 52-53.

en los delitos materiales o de resultado, sino también en los formales o de mera actividad... Lo que tratamos de indicar es la necesidad de conectar el tipo del tráfico de drogas con las categorías de la parte general» (40).

Parece claro que la insignificancia de los comportamientos formalmente típicos y antijurídicos puede y debe tenerse en cuenta como criterio interpretativo –limitativo– de los tipos penales y ello, aún sin necesidad de acudir a nuevas categorías delictivas o de reconocer legalmente la existencia de causas de justificación de menor intensidad, de genuinas causas de exclusión del injusto, o de causas de tolerancia que no excluyen la antijuridicidad pero sí la nocividad social.

Es de esta forma, a través de la interpretación del tipo, como puede operar el principio de insignificancia en materia de tráfico de drogas, sin que pueda negarse su viabilidad sosteniendo, como hace la Sentencia 901/2003, que en los delitos graves no cabe invocarlo ni siquiera de *lege ferenda*. No hay nada que impida la aplicación del principio de insignificancia, como regla interpretativa, en cualquier delito en el que quepa graduar la importancia del ataque al bien jurídico. Otra cosa distinta ocurriría si tal principio, como plasmación del de oportunidad, estuviese previsto legalmente con la exigencia de ciertos requisitos relativos a la gravedad de la pena. Pero no es éste el caso.

Luzón Peña, refiriéndose al principio de insignificancia, distingue dos supuestos: primero, tipos que «... en su totalidad describe(n) una conducta insignificante...» y; segundo, tipos que en principio describen conductas suficientemente graves, pero en los que «... pueden encajar también supuestos concretos cuyo desvalor sea insignificante...». En el primer caso, el principio de insignificancia, «... como causa de exclusión de la tipicidad elaborada por la *dogmática penal*, no puede operar negando la tipicidad cuando la propia ley penal ha configurado –equivocadamente– un tipo que en su totalidad describe un tipo insignificante, pues en este caso sólo cabe solicitar su supresión de *lege ferenda*... la labor dogmática no puede anular una decisión clara del legislador». En el segundo caso, sí puede operar el principio de insignificancia, o sea, cuando «... dentro de una conducta típica que en principio es suficientemente grave pueden encajar también supuestos concretos cuyo desvalor sea insignifican-

---

(40) «Antinomias jurídicas e ideológicas en el delito de tráfico de drogas», en *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, San Sebastián, Instituto Vasco de Criminología, 1989, pp. 935 a 952.

te...» (41). El razonamiento es atendible porque sólo si hay una cierta gravedad en el tipo, podemos decir que hay comportamientos menos graves o, incluso insignificantes, pero que encajan en la literalidad de la descripción. En cambio, cuando el legislador tipifica comportamientos de escasa gravedad, por ejemplo, las faltas, será difícil o imposible establecer esa escala comparativa entre lo escasamente grave y lo todavía menos grave, para eliminar esto último del tipo. Además, en estos casos, la voluntad del legislador es precisamente la de castigar los ataques más leves. Por eso no comparto la idea de Sequeros, coincidente con la de la Sentencia 901/2003, de que «... las infracciones graves, como las que atentan contra la salud pública, y en particular las de tráfico de drogas, no pueden ser objeto de minoración en su reproche por aplicación del principio de insignificancia» (42). Cita este autor, como argumento a favor de tal afirmación, a Roxin cuando sostiene que el principio de insignificancia ha de limitarse a los delitos que por degradación simplificada del injusto permiten apreciar infracciones de menor relevancia, de donde debe deducir Sequeros, que el tráfico de drogas no admite tal degradación. Este razonamiento no me parece correcto por dos razones: primera, el propio Roxin, como hemos visto, sostiene que el principio de insignificancia puede referirse a «la mayoría de los tipos penales» y, segundo, el tráfico de drogas sí admite distintas gravedades; no sólo las que el legislador marca con el juego del tipo básico (en sus dos modalidades de grave daño o menor daño) y de los tipos agravados, sino también las distintas gravedades dentro del marco penal del tipo básico: la venta de cantidades ínfimas de droga es prueba de ello. También busca Sequeros apoyatura a su tesis en las palabras de Luzón Peña, cuando, este último, dice que «es especialmente fácil de aplicar el principio de insignificancia en aquellos tipos que distinguen una forma grave como delito y una leve como falta, considerándose entonces que la levísima es atípica en virtud del principio de insignificancia...» (43). Sin embargo, esta afirmación de Luzón no avala la de Sequeros por dos razones: primera, previamente Luzón, como hemos visto, dice que el principio de insignificancia opera en tipos suficientemente graves en los que encajan supuestos insignificantes y, segundo; porque, aunque se admita que es especialmente fácil aplicar tal principio

---

(41) «Causas de atipicidad y causas de justificación», en VV.AA., *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 28

(42) SEQUEROS SAZATORNIL, F., «El principio de insignificancia...», *op. cit.*, p. 3.

(43) LUZÓN PEÑA, *Op. cit.*, p. 29 y SEQUEROS, «El principio de insignificancia...», *op. cit.*, p. 3.

cuando hay delito y falta (44), ello no impide afirmar que es especialmente necesario hacerlo cuando el legislador no contempla una atenuación o una falta que puedan contener los comportamientos que encajan en el tipo, pero que tiene una gravedad mínima o insignificante, comparándola con la de otros comportamientos, también típicos, pero graves.

## VII. PROBLEMAS DE PROPORCIONALIDAD

Lo anterior, nos conduce a una segunda cuestión: no se trata, sólo, de que el tráfico de drogas sea un comportamiento grave, sino, más bien, de que el tipo penal está construido de una forma desproporcionadamente grave que produce una praxis contraria al principio de igualdad. Esto explica la frecuencia del recurso al indulto parcial en condenas por tráfico de cantidades pequeñas dado que el mínimo legal de tres años, cuando se trata de sustancias que causan grave riesgo a la salud, es excesivo y desproporcionado. Es más, me atrevo a decir que, en las resoluciones absolutorias, el recurso al principio de insignificancia, se explica, no sólo por un determinado entendimiento de los principios básicos del Derecho penal, tal como hemos visto, sino también por la gravedad del marco penal (de tres a nueve años de prisión). Si la pena fuese inferior, probablemente, el principio de insignificancia se reclamaría en menos casos y el indulto parcial en ninguno.

Significativa resulta la Sentencia 1105/2003, de 24 de julio, (Ponente Sánchez Melgar) que condena en un caso de posesión de 15,248 g de cocaína, con una pureza del 28,94 por 100 (lo que supone 4,4127712 g de principio activo), para consumir en una fiesta de nochebuena por un grupo de amigos, por entender que no se daban

---

(44) El principio de insignificancia puede aplicarse en los casos en que, la poca trascendencia de la conducta haría excesiva, incluso, la consideración de la falta. Así ocurre en las coacciones, de cuya tipicidad como delito y como falta deben excluirse algunos casos especialmente leves, por existir, en palabras de Mir Puig «... un límite tácito (que es) el principio de la insignificancia, según el cual no pueden determinar pena criminal hechos que merecen únicamente una *insignificante reprobación social*. Este principio guarda proximidad con otro límite tácito de la tipicidad: ... la *adecuación social*», pero el de insignificancia se diferencia del de adecuación porque «... no presupone la *total aceptación social* de la conducta, sino que se aplica a hechos desaprobados, si quiera muy ligeramente, por la sociedad». («El delito de coacciones en el Código penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1977, pp. 300 y 301.)

los requisitos del consumo compartido, pues entre los destinatarios de la droga había sujetos no adictos, la cantidad no era insignificante y la fiesta era abierta al público. La Audiencia condenó a tres años de prisión, o sea, a la pena mínima posible y el Tribunal Supremo consideró que «... no obstante ser (la pena) la mínima imponible, se encuentra desproporcionada a los elementos fácticos que han sido estudiados y a la proximidad de nuestra doctrina, lo que permitiría activar por el recurrente el oportuno mecanismo de gracia (indulto parcial por la mitad de la pena impuesta)...». En este caso, es evidente que no se podía hablar de cantidad insignificante de droga, pues lo incautado superaba con mucho, no sólo la dmp (50 mg), sino también la de abuso habitual (100-250 mg) y la de consumo diario estimado (1,5 g repartidos entre 12 y 24 rayas). Tampoco había ausencia de peligro abstracto, puesto que la fiesta no era privada o con exclusión de terceros, sino pública y multitudinaria al celebrarse en una carpa del Ayuntamiento, lo que posibilitaba la difusión y contemplación de sujetos indeterminados, los destinatarios no eran adictos y la droga no sería consumida de inmediato, todo lo cual impide, según la doctrina del TS, hablar de consumo compartido impune. Pero tampoco es posible aplicar el principio de insignificancia, dada la cantidad, aunque admitamos dogmáticamente su viabilidad. A lo que debe añadirse que el ponente de esta resolución es el mismo de las SS 1023/2002, de 19 de enero de 2004 y 1982/2002, de 28 de enero de 2004 que aplican la tesis de la tipicidad de la conducta cuando se supera el mínimo psicoactivo. A pesar de todo lo anterior, la Sentencia apunta la posibilidad del indulto parcial, porque la pena mínima de tres años resulta desproporcionada a la gravedad de los hechos. Si esa pena es desproporcionada en este caso (similar al del consumo compartido, pero faltándole todos los requisitos), qué debemos decir cuando esa pena de tres años se aplica a un supuesto de transmisión de una cantidad insignificante, no susceptible de división y que, en consecuencia, no genera riesgo de difusión entre varios e inconcretos sujetos. Pues, evidentemente deberemos decir que es una pena muy desproporcionada, mucho más desproporcionada que en el supuesto anterior. Y ante esto sólo cabe la vía de la interpretación restrictiva del tipo penal acudiendo al principio de insignificancia, negar la tipicidad por entender que no hay objeto material, o negar la afectación del bien jurídico salud pública. Y, caso de mantenerse la tipicidad a ultranza, sólo cabe recurrir al derecho de gracia. Pero el indulto no es una buena solución para un tipo de conductas —el menudeo o trapicheo—, que, por su frecuencia, deben resolverse dentro del CP. Estas son las soluciones de *lege data*, pero de *lege ferenda*, y siempre que se quiera mantener la tipicidad de la venta de cantidades insignificantes, podría considerarse la conve-

niencia de una atenuación de la pena genérica (por las circunstancias del hecho) o específica (por cantidad insignificante) (45) que cubriese estos supuestos. En el planteamiento que aquí se sostiene, la atenuante debería referirse a cantidades pequeñas, pero siempre superiores al mínimo psicoactivo, pues por debajo del mismo estaríamos ante un caso de falta de objeto material.

Los esfuerzos jurisprudenciales para eliminar del tipo el consumo compartido o la entrega de droga para evitar el síndrome o propiciar la deshabitación decreciente y controlada se han producido a propósito de casos de sustancias que causan grave daño a la salud (especialmente heroína) y cuando la pena a imponer es considerable: de tres a nueve años (art. 368 vigente) o de dos años, cuatro meses y un día a ocho años (del derogado art. 344, en redacción dada por la Ley Orgánica 1/88, de 24 de marzo) y no antes. Y también cuando se ha ampliado el ámbito de lo punible, ya que es la reforma de 1988 la que introduce en el artículo 344 la cláusula abierta «... o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo...», lo que, en interpretación literal conduciría a una extensión desmesurada del tipo. Hay que recordar que la diferenciación entre sustancias que causan grave daño y otras que no lo causan apareció en el CP, en virtud de la LO 8/83, de 25 de junio, que establecía las penas de prisión menor (de seis meses y un día a 6 años) y arresto mayor (de un mes y un día a seis meses), según el tipo de sustancia. Se trataba de penas menores que las que tenemos ahora o las que se introdujeron en 1988; pero, sobre todo, en la redacción de 1983, no existía la cláusula expansiva del favorecimiento. La mayor amplitud del tipo y la aplicación de penas más graves empujó a los tribunales a buscar las interpretaciones restrictivas del tipo o a propiciar el indulto parcial por desproporción de la pena.

---

(45) La desproporción de la pena mínima de tres años, en realidad, no es un argumento para sostener la atipicidad, sino que es una idea que se maneja por quienes no discuten la tipicidad. Así, PAZ RUBIO, J. M., sostiene que «...el tráfico de drogas es un delito grave, y una lacra social que hay que perseguir, pero nos preguntamos si en estos supuestos no se estará vulnerando el principio de proporcionalidad de la pena, y por darse una menor antijuridicidad material y quizás una menor culpabilidad, debería de aplicarse una circunstancia atenuante muy cualificada de cantidad insignificante, que de acuerdo con el artículo 66 del CP, permita reducir la pena en uno o dos grados, castigando la conducta, pero dándole una respuesta más proporcional, aunque también podría resolverse el problema aplicando la figura del delito imposible por idoneidad relativa del objeto.» Se refiere este comentario a la Sentencia 1663/2003, de 5 de diciembre de 2003, o sea, a la primera que ha aplicado el Cuadro resumen del Gabinete Técnico del TS sobre dmp («Condena a tres años por venta de una papelina de droga con una pequeña dosis psicoactiva. Análisis de la STS 2.<sup>a</sup> de 5 de diciembre de 2003», en *La Ley Penal*, núm. 4, abril 2004).

Por otro lado, el artículo 344 del anterior Código, en redacción dada por la Ley 44/71, de 15 de noviembre, no distinguía entre los dos tipos de sustancias, las que causan grave daño y las que causan menor daño, castigando todos los casos con la pena de prisión mayor (de 6 años y un día a 12 años), pero añadía la siguiente disposición: «Los tribunales atendidas las circunstancias del culpable y del hecho, podrán imponer la pena inferior o superior en grado, según proceda». La redacción de 1971 era cuestionable por su indeterminación, sobre todo en lo que se refería a la posibilidad de subir la pena en grado, así como por la gravedad de la pena básica y por el arbitrio que generaba. Pero la idea de la atenuación, hoy, podría merecer una reflexión, y no, precisamente, para los casos que estamos examinando, que se resuelven por la ausencia de afección al bien jurídico, sino para casos de cantidades sensiblemente superiores, de las que se derive el ataque al bien jurídico, pero en todo caso pequeñas (por ejemplo, dos o tres dosis o más pero en determinadas circunstancias), para los que la pena de tres años puede seguir siendo excesiva. Recuérdese la Sentencia recién citada 1105/2003. No soy partidaria del establecimiento de un tope mínimo rígido para empezar a castigar, aunque fuese superior a la dmp, pues el dato de la cantidad no es el único que puede indicar el peligro para el bien jurídico. Si pensamos en la posesión no hay una cifra fija para entenderla preordenada al consumo o al tráfico, sino que en cada caso y según las circunstancias concretas, se infiere un destino u otro.

La posibilidad de atenuar la pena por las circunstancias del culpable serviría hoy para dar cabida al caso del traficante-consumidor, que no alcanza la atenuación 2.<sup>a</sup> del artículo 21, ni la eximente incompleta 1.<sup>a</sup> del mismo artículo en relación al artículo 20.2.<sup>o</sup> (46). La atenuación por las circunstancias del hecho podría servir para evitar el rigor del mínimo de tres años en casos de venta de pequeñas cantidades de droga. Es más si existiese una posibilidad de atenuar la pena, no genéricamente por las circunstancias del hecho, sino concretamente por la insignificante cantidad de droga (pero superior a la dmp), entonces no se plantearía la discusión sobre la posibilidad de negar la tipicidad por aplicación del principio de insignificancia, pues tales supuestos estarían expresamente contemplados dentro del tipo atenuado. Se conseguiría así, un efecto similar al que la conformidad privilegiada produce cuando se trata de sustancias que no causan grave daño a la salud. Entonces, sólo se consideraría atípica la transmi-

---

(46) Sobre la figura del traficante-consumidor puede verse GARCÍA GARCÍA, J., «Posesión de drogas y tratamiento penal del consumidor-traficante», en *Cuadernos de Política Criminal*, 1996, núm. 58, pp. 5-26.

sión de sustancias en cantidad inferior a la dmp, pero no por la irrelevancia o insignificancia de la cantidad, sino por falta de objeto material (una cantidad por debajo de la dmp no tiene ningún efecto sobre el organismo).

La Sentencia 772/96, de 28 de octubre, citada al principio, se refiere a la desproporción de la pena mínima de 3 años para quien intentó pasar a un compañero recluso una cantidad pequeña de droga (0,06 g de heroína) y lo resuelve por la vía interpretativa, sin recurrir al derecho de gracia, diciendo que «... en los supuestos en que se aprecia clara desproporción entre la pena asignada al tipo y la entidad de la conducta enjuiciada, antes de plantearse el recurso al Poder Ejecutivo...», para proponer el indulto o la derogación o modificación del precepto, «... es preciso constatar si la desproporción apreciada, más que un defecto del legislador, se debe a un error de subsunción subsanable en el propio ámbito del Poder Judicial a través de una interpretación del tipo sujeta al fundamento material de su incriminación». La solución a la que llega la Sentencia consiste en negar que estemos ante un defecto del tipo por desproporcionalidad, sino en afirmar que la conducta no encaja en el tipo por no ser idónea (dada la insignificante cantidad) para poner en peligro la salud pública.

Si aplicamos la doctrina constitucional sobre el principio de proporcionalidad a los casos de tráfico de mínimas cantidades de droga, concluiremos que hay un defecto de proporcionalidad y que la pena mínima que resulta aplicable es desproporcionada. Partimos, naturalmente de que sólo al legislador compete decidir qué comportamientos son delictivos y qué pena les corresponde y que tal competencia exclusiva sólo puede ser examinada en vía constitucional si la desproporción supone vulneración de un derecho fundamental como el derecho a la libertad. A partir de aquí, el juicio de proporcionalidad deberá someter a prueba las siguientes cuestiones: 1.<sup>a</sup> relevancia del fin perseguido por la norma, 2.<sup>a</sup> necesidad e idoneidad de la pena para alcanzar ese fin y, 3.<sup>a</sup> comparación entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena, para ver si de esa comparación se deriva desproporción (proporcionalidad en sentido estricto). Así se ha establecido en Sentencia del Tribunal Constitucional 136/99, de 20 de julio, que resuelve la cuestión de la falta de proporcionalidad en el artículo 174 bis a) del derogado CP, que tipificaba el delito de colaboración con banda armada. A esta Sentencia me he referido en otro lugar (47), mostrando mi desacuerdo con la solución que alcanza en el caso con-

---

(47) MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., «Apología del terrorismo», en *Estudios Penales en Recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, pp. 570-573.

creto, a pesar de que los postulados doctrinales que sobre la proporcionalidad establece son correctos. Si sometemos el tráfico de drogas, en general, a las dos primeras pruebas –relevancia del fin perseguido y necesidad e idoneidad de la pena–, empezaran a surgir sospechas fundadas de falta de proporcionalidad (48). Pero, si sometemos a estas dos primeras pruebas el caso concreto del tráfico de cantidades pequeñas de drogas de las que causan grave daño y su pena mínima de tres años, entonces las sospechas serán mayores y, si hacemos la tercera comprobación, la de la proporcionalidad en sentido estricto, entonces, no hay sospechas; entonces, seguro, que el resultado es de clarísima desproporción. Cuando una pena es desproporcionada, la respuesta judicial puede resultar desigual e insegura, yendo, desde el desconocimiento de esa desproporción, hasta la búsqueda de soluciones atenuatorias o exculpatorias no compartidas por todos, pasando por el «parche» del indulto.

La cuestión de la proporcionalidad es tema permanente en materia de tráfico de drogas y ha movido importantes decisiones jurisprudenciales: así ocurrió para la agravación de notoria importancia y para el concurso entre tráfico y contrabando (49). Tratándose de venta

---

(48) Sobre este tema, en general, para el delito de tráfico de drogas puede verse GÓMEZ RECIO, F., «El principio de proporcionalidad penal, doctrina constitucional y su aplicación a los delitos de tráfico de drogas», en *Actualidad Penal*, núm. 45, 4 a 10 de noviembre de 2000.

(49) Ver voto particular de P. Andrés Ibáñez a la Sentencia 81/2001, de 24 de enero, citado en nota 19, en el que puede leerse que «El TC, en su bien conocida S. 136/1999, de 20 de julio, ha formulado objeciones de proporcionalidad a la reacción penal frente al terrorismo, actividad cuyo desvalor ético y negativa trascendencia social bien admite ser comparada con la que aquí nos ocupa. No cabe duda de que tal criterio de ponderación es atendible como pauta interpretativa en el campo en el que se mueve este voto particular (notoria importancia de la cocaína). Y aun más cuando la propia Sala Segunda del TS se fundó de manera expresa –al adoptar un cambio de línea jurisprudencial asimilable al que aquí se demanda– en esas mismas razones de proporcionalidad (SS. 1, 10, 22 y 30 de diciembre de 1997, sobre concurso de tráfico de estupefacientes y contrabando)». Se refiere al cambio de rumbo en el TS que, tras el Acuerdo de la Sala de 24 de noviembre de 1997, dejó de considerar la solución del concurso ideal de delitos, para optar por el concurso de normas, cuando concurrían tráfico de drogas y contrabando. En la S. de 1 de diciembre de 1997 se recuerda que el CP de 1995 eleva las penas y desconoce la redención de penas por el trabajo, por lo que el mayor rigor penal obliga a plantearse la cuestión de la proporcionalidad que no sólo vincula al legislador, sino que también se dirige al intérprete. Señala la sentencia que la aplicación del concurso ideal podría llevar a una pena de 12 años, para sustancias que causan grave daño a la salud, lo que nos colocaría ante una pena escasamente inferior a la del homicidio. Se concluye que «... la introducción de la droga desde el extranjero, si aumenta la gravedad del hecho, puede ser adecuadamente reprimida con las nuevas penas previstas en el CP para el tráfico de drogas, quedando consumida la supuesta lesión de la norma de contrabando en el

de pequeñas cantidades de droga, la nueva tesis jurisprudencial agrava los defectos de desproporción al considerar típicas conductas insignificantes y castigarlas con una pena que no es insignificante. Es obvio que se pretendía algo, en principio, loable, como es la unificación de la respuesta judicial, o sea, la seguridad jurídica. Pero el intento ha sido desautorizado, en cuestión de pocos días por expertos en materia de drogas. Los intentos de la Sentencia 298/2004 de aclarar posibles dudas, anotando las resoluciones anteriores, creo, que tampoco resuelven el problema generado. Muy al contrario, las vías de flexibilización del rigor punitivo que señala la Sentencia, más allá de lo necesario (otras pericias contradictorias, la eximente completa e incompleta, la elevación del tope nimio de la heroína, la atipicidad de otros casos, la suspensión de la ejecución de la pena y la ventaja de la pena que se convierte en incentivo rehabilitador), ponen de manifiesto que tácitamente se está reconociendo que la solución alcanzada no es satisfactoria. Unificar la doctrina jurisprudencial era y es imprescindible, por el atentado que a la igualdad y a la seguridad jurídica supone la convivencia de dos tesis irreconciliables en el TS. Pero, lo que ha hecho la nueva tesis es consagrar una seguridad jurídica del exceso y de la desproporcionalidad. En realidad, más que hacerlo, lo pretende, porque no hay un Acuerdo de Unificación de criterios que contenga la obligatoriedad de optar por la dmp como límite de tipicidad. Lo único que hay es un Acuerdo de petición de datos al Instituto Nacional de Toxicología, un Informe de este organismo con datos relativos a tres indicadores, no solo a dmp y unas sentencias que optan por ese indicador, pero que podían haber elegido otro o podían limitarse a hacer una correcta interpretación del tipo penal, sin acudir a cifras rígidas.

Creo que aquí puede ocurrir algo similar a lo que pasó a propósito de la notoria importancia: en aquel caso la situación era más difícil, pues había un Acuerdo de Unificación de doctrina que fue «desobedecido» por tribunales inferiores y cuestionado desde dentro del TS, provocando un nuevo Acuerdo, el de 19 de octubre de 2001, que re-

---

tráfico de drogas, en virtud del principio *Lex consumens derogat legis compsumtae*». Todo este razonamiento quedará superado, para volver a la situación penológica anterior, el día 1 de octubre de 2004, cuando entre en vigor la reforma del artículo 369, operada por LO 15/2003, que permitirá elevar la pena del artículo 368, en un grado cuando «El culpable introdujera o sacare ilegalmente las referidas sustancias o productos del territorio nacional, o favoreciese la realización de tales conductas». Así, tratándose de drogas que causen grave daño a la salud introducidas ilegalmente en España la pena será de 9 a 12 años. Los esfuerzos de la Jurisprudencia en materia de tráfico y contrabando, para adecuarse al principio de proporcionalidad, se tiran por la borda.

solvió la cuestión garantizando los principios de seguridad jurídica y proporcionalidad (50). En el caso de la venta de pequeñas cantidades no hay un Acuerdo previo, sino sólo una nueva línea jurisprudencial y un sector del TS que afirman la tipicidad a partir de la dmp. Creo necesario un Acuerdo que ponga fin a la situación actual, que no persiga garantizar la seguridad jurídica del exceso y tenga en cuenta cuál es la finalidad de los tipos de tráfico de drogas. Si esa finalidad es la de evitar los perniciosos efectos del consumo (más bien, del abuso) de drogas, entonces la intervención penal ha de comenzar allí donde tales efectos empiezan a detectarse, es decir, cuando podamos hablar de un sujeto «drogado» o, incluso de riesgo abstracto de que haya un sujeto «drogado» y, esto no ocurrirá sólo con superar el mínimo psicoactivo, pues en ese caso sólo habrá un sujeto en el que se pueda detectar un efecto físico o psíquico. Para hablar de sujeto drogado hay que tener presente las pautas de consumo y las dosis que realmente se consumen. La dmp no es un indicador del problema de la droga. La tipicidad debería afirmarse, con carácter general, en cantidades superiores, que se moviesen alrededor de las dosis de consumo medias (dosis media activa y no dmp) como ya he dicho, ni tan siquiera creo necesario fijar una cantidad inamovible para empezar a castigar. Una vez decidido que la intervención penal empieza cuando empieza el problema (o sea, cuando estemos por encima de una dosis de droga), deberá ser constatado el peligro para el bien jurídico salud pública y, si no hay tal peligro, porque la dosis resulta indivisible y, por tanto, no susceptible de difusión y de llegar a inconcretos consumidores, entonces la conducta no podrá castigarse por ausencia de afectación al bien jurídico. Es decir, que la interpretación que creo correcta es la que se recogía en las Sentencias absolutorias examinadas al principio. Esta solución, además, serviría para empezar a solventar el problema de proporcionalidad, pues con ella la pena de tres años se aplicaría a auténticos casos de difusión de drogas entre inconcretos sujetos. Y, aun así, sería necesario introducir una atenuación.

---

(50) Ver notas 19 y 32. En el voto particular a la Sentencia 81/2001, ya citado, sobre notoria importancia, se hacen razonamientos similares a los aquí expresados sobre la seguridad jurídica, así se dice que «... el criterio de demarcación de la “notoria importancia” (se refiere al momento anterior al Acuerdo de 2001), de tan endeble fundamento, se ha elevado a la categoría de dogma... con la invocación acrítica de imperativos de seguridad jurídica y de eficacia en la represión de las conductas perseguidas... la contundencia en la respuesta punitiva a las conductas criminales es un valor, como también lo es el de seguridad jurídica. Pero se trata de valores instrumentales y no absolutizables... hay seguridades jurídicas cuyo precio en los costes más diversos las hace inapetables».

## VIII. EL BIEN JURÍDICO

La solución a los casos que nos están ocupando debe venir de la mano de la determinación del bien jurídico salud pública en los delitos de tráfico de drogas. Labor en la que encontramos dos dificultades: una, la que comparten todos los delitos contra la salud pública, que se refieren a objetos muy diversos y tienen una referencia última a la seguridad colectiva y, otra, la propia en el caso de tráfico de drogas, que se deriva de su peculiar objeto y de su régimen legal. En efecto, medicamentos y alimentos son productos de consumo legal y tráfico libre, aun sometido a una estricta reglamentación administrativa; mientras que las drogas son sustancias de consumo ilícito (salvo excepciones terapéuticas) y de tráfico prohibido [salvo los supuestos expresamente admitidos en el régimen de fiscalización de las Convenciones de 1961 y 1971 y de la legislación interna (51)]. De aquí se deriva que la protección de salud pública en un caso y en otro no será idéntica, que la referencia a la salud individual, como trasfondo de la pública, no operará igual y que el papel del conjunto de los sujetos que tienen el derecho a la salud pública o respecto de los que la predicamos no puede ser igual. Así, sostiene Acale Sánchez que en el caso de los alimentos y los medicamentos se castiga «... la distribución de una serie de productos deteriorados, cuya mera puesta en circulación produce un peligro inmediato para la salud pública y mucho más lejano para la salud individual de las personas que no quieren que su salud se vea afectada por el consumo de una serie de alimentos o medicamentos que pueden consumir porque son de curso legal» y que en el caso del tráfico de drogas «... hay que referirse a la protección de la salud pública a través de la salud individual de las personas que “quieren consumirlas”, a pesar de estar prohibidas» (52). En el mismo sentido, dice Díez Ripollés que «... la protección penal de salud pública está basada, con la significativa excepción del tráfico de drogas, sobre la idea de no causar menoscabos o impedir mejoras en la salud de una pluralidad de personas que no quieren sufrirlos o dejar de obtenerlas» (53).

---

(51) SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., *Derecho de las drogas y las drogodependencias*, Madrid, FAD, 2002, pp. 69 a 75 y 117-118. Concluye este autor que, analizados los artículos 2.2 y 22 de la Ley 17/67, de 8 de abril, de Estupefacientes y 2.1 y 16 del D 2829/77, de 6 de octubre, de psicotrópicos, está prohibido cualquier uso o consumo no autorizado, lo que incluye el consumo privado que, sin embargo no es objeto de sanción (y, naturalmente, es penalmente atípico).

(52) *Salud pública y drogas tóxicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 22.

(53) *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 127.

El bien jurídico salud pública en el tráfico de drogas ha sido entendido como salud colectiva, o sea, como la suma de la salud de todos los individuos, afirmándose que cualquier peligro para salud pública es grave, porque puede afectar a una multiplicidad de sujetos pasivos, aunque el daño en una persona concreta que consuma no sea grave. Con esto se quiere evitar la generalización de un hábito insalubre entre personas indeterminadas; pero, para decir que la salud pública ha sido afectada es necesario constatar el peligro para terceras personas, aunque no deban determinarse esas personas. Hasta aquí hay un cierto acuerdo doctrinal y jurisprudencial en el concepto de salud pública, pues, en realidad su contenido es vago e indeterminado. A partir de esta caracterización del bien jurídico, la jurisprudencia ha considerado atípicos una serie de casos («entregas compasivas», consumo compartido, donación e invitación) al principio con excepciones que han ido desapareciendo, más o menos, en la segunda mitad de los años noventa (54). Pero se mantiene un claro enfrentamiento en lo que se refiere a la venta de mínimas cantidades de droga. Las discrepancias surgen alrededor de tres cuestiones:

- 1.<sup>a</sup> Cómo ha de llenarse el peligro de difusión entre indeterminadas personas.
- 2.<sup>a</sup> Si, junto con la salud pública, existe otro interés que comprometa la interpretación del bien jurídico.
- 3.<sup>a</sup> Qué papel juega la referencia a la salud individual.

El análisis de estas tres cuestiones nos llevará a una última consideración sobre la inapropiada protección que da el CP a menores e incapaces en lo que se refiere a su indemnidad frente a las drogas.

En la interpretación que aquí se sostiene, no habrá peligro para la salud pública y la conducta será atípica en los siguientes casos:

1.<sup>o</sup> Cuando la droga esté destinada a un solo y concreto individuo o varios determinados, siempre que la cantidad se adecue al consumo de que se trate, o sea en los casos de autoconsumo, consumo compartido, invitación a un sujeto, ayuda a la deshabituación y evitación del síndrome de abstinencia (siendo los dos últimos supuestos de adecuación social).

2.<sup>o</sup> En los casos de venta de cantidades pequeñas, aunque superiores a la dmp, pero indivisibles, pues ello impide el riesgo de difusión.

---

(54) Sobre la evolución jurisprudencial en el entendimiento de la salud pública, ver JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del artículo 368 CP*, Barcelona, Bosch, 1999, pp. 27 a 42.

3.º Cuando se trate de cantidades inferiores a la dmp, por ser un caso de falta de objeto material, de inexistencia de droga.

4.º Cuando la droga esté destinada a un uso (por ejemplo, de investigación científica) distinto del consumo, o sea, cuando «... no suponga aplicación al ser humano...», aunque el uso infrinja la normativa sobre fiscalización y no esté expresamente autorizado (55).

## 1. Las razones de la discrepancia

### 1.1 EL PELIGRO DE DIFUSIÓN

Quienes no admiten la atipicidad del segundo supuesto, no es tanto porque sostengan otro concepto de salud pública, sino más bien por la interpretación que hacen del mismo y del tipo penal (así lo hemos visto en las sentencias condenatorias y absolutorias) y porque no hacen la comprobación del peligro caso por caso, entendiendo que siempre que hay droga y se trate de un acto de venta habrá peligro. Algunas sentencias y opiniones doctrinales utilizan un argumento que, es correcto y válido desde la óptica sociológica, pero que no puede traducirse, sin más, en argumento de tipicidad. Así, la Sentencia 1699/2003 sostiene que «... si se dejase impune... el menudeo, sería tanto como dejar abierto el “grifo” a través del cual se decanta, en último término la mayor parte del tráfico de estupefacientes». Y la Sentencia 1663/2003 dice que «... aunque las dosis ingeridas afecten mínima o imperceptiblemente a la salud, el propósito de los vendedores podría estar dirigido a iniciar a neófitos en el consumo, consiguiendo, a medio plazo, un cierto grado de dependencia y consiguiente tolerancia...». En otras resoluciones se dice que las consecuencias perniciosas de las drogas surgen por el efecto acumulativo que la ingesta de diversas dosis causa en el organismo; en este sentido la Sentencia 1743/2003 dice que por «... el mero hecho de que las dosis consumidas por una persona sean de cuantía mínima, no por ello deja de producir el efecto acumulativo en el organismo determinante de unos mecanismos de tolerancia y dependencia que, por el transcurso del tiempo, llegan a generar una toxicomanía más intensa...». De las anteriores consideraciones se quiere deducir un nivel de tolerancia cero,

---

(55) En este sentido, SÁNCHEZ TOMÁS, *Derecho de las drogas...*, op. cit., p. 117. Naturalmente también son atípicos todos los usos autorizados (industriales, de investigación, terapéuticos y docentes) por la Ley 17/67, el Decreto 2829/77 y la Orden de desarrollo de 14 de enero de 1981 y por el Real Decreto 75/1990, de 19 de enero, de tratamiento con opiáceos para dependientes (información detallada sobre esta normativa se encuentra en la obra recién citada, pp. 69 a 75).

incluso ante dosis mínimas o insignificantes, porque es la suma de muchas dosis la que genera el problema. Pero, todo lo anterior sirve como consideración sociológica, pues, en efecto, el «problema de la droga» no se genera por tomarla una vez, sino por el abuso continuado esclavo de la dependencia. Cuando esta constatación se traduce en afirmación de la tipicidad se pierde de vista que el bien jurídico sigue siendo la salud pública, o sea, la de muchos e indeterminados sujetos que pueden alcanzarse con la difusión de la droga y que, en los casos de venta de cantidades mínimas e indivisibles no hay riesgo de difusión. Cuando hablamos de la responsabilidad penal (personal) por un acto de venta no podemos imputar a su autor todo el universo de los males de la drogadicción, es decir, no puede responder por el efecto acumulativo que su comportamiento y muchos otros puedan tener sobre el consumidor (56).

El tráfico de drogas es un delito de peligro abstracto y no de peligro presunto, por eso la Sentencia de 29 de mayo de 1993 dice que «El peligro abstracto no debe ser confundido con el peligro presunto...», lo que vulneraría la presunción de inocencia, y que «peligro abstracto sólo quiere decir que en el momento de la consumación anticipada... no están concretados o determinados los sujetos portadores del bien jurídico tutelado, cuya salud va a ser puesta en peligro o afectada por el agotamiento de la acción. Pero lo que sí es preciso que tal peligro, como riesgo de futura lesión de aquel bien jurídico, se encuentre realmente presente en la acción...». Ese riesgo de futura lesión de la salud pública sólo existirá si podemos afirmar un potencial daño a la salud individual, pues la salud pública no es un ente totalmente autónomo o ficticio, sino que es la suma de las saludes individuales. El castigo automático por encima de la *dmp* sólo puede explicarse si entendemos la salud pública como algo absolutamente desvinculado de la salud individual, sin contenido material que pueda ser objeto de prueba (no habría que probar la potencialidad dañina), lo que nos colocaría ante un delito de peligro presunto, porque la *dmp* lo único que supone es la posibilidad de constatar algún efecto en las funciones físicas o psíquicas, pero no dice si ese efecto es perjudicial o no y, mucho menos, que el sujeto esté drogado. En el tráfico de drogas hay que medir la potencialidad dañina de la sustancia para distinguir entre las que causan grave daño a la salud y las que causan menor daño, pero en todo caso daño a la salud. La tesis que se conforma con que haya droga y precio prescinde de la constatación del peligro

---

(56) Consideraciones similares hace MARTÍNEZ ESCAMILLA al referirse a la comparación de males, a efecto de estado de necesidad, en el caso de los correos o mulas de la coca (en «Los correos...», *op. cit.*, pp. 722 ss.).

y, sin embargo, trata el precio como si fuese un elemento de tipicidad, cuando, evidentemente, no lo es. Son muchas las resoluciones que aclaran este aspecto; así la Sentencia de 7 de febrero de 1994 dice que «... la comercialización o entrega por precio de la droga no constituye una condición precisa para la lesión del bien jurídico de la salud pública, que también se pone en peligro con la difusión gratuita...». Por eso es absurdo exigir la ausencia de precio en los casos que se excluyen de la tipicidad, pues en éstos, lo único que pasa es que la gratuidad puede ser consustancial al comportamiento (no se puede «invitar» a cambio de precio), pero no es causa de atipicidad. La atipicidad se deriva de la no-afectación al bien jurídico y por eso, si la jurisprudencia considera atípico invitar a una dosis indivisible de droga, también debería considerar atípico vender esa misma dosis indivisible de droga.

## 1.2 EL INTERÉS DOMINANTE

Algún autor de los que sostienen la tesis condenatoria se fija en un interés dominante que explicaría la tipificación del tráfico de drogas, más allá del bien jurídico, interés que desde luego existe, pero que no puede acogerse como bien jurídico protegido. Me estoy refiriendo al peso que la «seguridad» tiene en esta materia. Rechazo la tesis que considera que el tráfico de drogas es un delito pluriofensivo, que protege la salud pública y la seguridad. Esto podría deducirse formalmente de la ubicación de los delitos contra la salud pública, dentro del Título XVII relativo a los delitos contra la seguridad colectiva, pero creo que debemos liberar la antijuridicidad del artículo 368 de esta carga. Ello no obsta para reconocer que, aunque la seguridad no es un bien jurídico, lo cierto es que una de las ideas que late en la materia es la de la inseguridad que supone la delincuencia drogoinducida, fundamentalmente la patrimonial para proveerse de droga. A esto me refiero cuando digo que una cosa es el bien jurídico salud pública y otra el interés dominante que subyace en la tipificación. No podemos olvidar que en el principio del prohibicionismo no está la preocupación por la incidencia nociva en la salud, sino más bien la idea del daño social y que quienes hoy se muestran contrarios a la aplicación del principio de insignificancia a la venta de cantidades ínfimas de droga, sostienen, como hace Sequeros Sazatornil, que «... desde una perspectiva metajurídica, la última razón tuitiva de la salud pública exigiría la averiguación del *interés dominante*, en la medida en que es innegable que confluyen diversos factores y condicionamientos en su regulación, que podrían desvelarnos algo tan elemental como la justificación de por qué se consideran determinadas sustancias como proscritas frente a la admisión de otras tanto o más nocivas para la sa-

lud, pero de uso y abuso inveterado en los países de nuestro entorno cultural. No resulta difícil advertir la concurrencia de intereses espurios, de carácter político y económico, que rebasando el marco de los estrictamente sanitario, entran en conflicto ético con el altruismo que debe presidir la protección de la salud poniendo en tela de juicio la finalidad última de su regulación» (57). Lleva razón este autor al señalar que tras la tipificación del artículo 368 hay unas razones que llevaron a la regulación y que no coinciden con el bien jurídico, pero a partir de ahí, caben dos opciones: interpretar el tipo desde esas razones, aunque se llegue a castigar lo que no afecta a la salud pública o, interpretar el tipo teleológicamente, para descubrir el ámbito de protección de la norma, es decir el bien jurídico, aunque ello no responda en todos los casos a los motivos que están detrás de la tipificación. Esta segunda opción nos conduce necesariamente a entender que no hay afectación de la salud pública cuando la cantidad de droga vendida es tan pequeña que, por indivisible, no permite su difusión entre indeterminados sujetos. Por eso es incorrecta la tesis que afirma la tipicidad a partir de la dmp, sin constatar la presencia de riesgo de difusión. Para castigar este supuesto sería necesario un nuevo tipo penal, que no castigaría el tráfico/difusión, sino el suministro individual, con lo que se pasaría de un bien jurídico colectivo a uno individual. Pero, un tipo como ése, por su cercanía a los delitos de lesiones, encontraría un escollo difícilmente salvable por la presencia del consentimiento, salvo que se le negase todo valor como causa de atipicidad. La dificultad de esta tesis es evidente y su inconveniencia político-criminal, también. Sin embargo, un tipo de estas características podría cumplir una función importante cuando el suministro de droga vaya dirigido a menores o incapaces. A ello me referiré después.

La exclusión del objeto material del alcohol y el tabaco, obedece, desde el punto de vista jurídico a su no inclusión en las Listas de las dos Convenciones, la de 1961 y la de 1971, que son derecho vigente en España y a que su régimen legal es de productos de tráfico lícito pero intervenido. Cosa distinta es que nos preguntemos por qué estas sustancias no están fiscalizadas; entonces la explicación será otra, de tipo económico y sociológico. Por eso, en este punto concreto, lleva razón Sequeros Sazatornil al decir que son razones metajurídicas las que explican la exclusión del artículo 368 de ciertas sustancias y la inclusión de otras, pero, a partir de ahí existe una regulación jurídica (no metajurídica) que trata de distinta manera a unas sustancias y a

---

(57) «El principio de insignificancia...», *op. cit.*, p. 3 y, del mismo autor y en el mismo sentido, «El tráfico de drogas ante el ordenamiento jurídico (Evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial)», Madrid, *La Ley*, 2000, p. 66.

otras y, que nos lleva a afirmar que la protección penal de la salud pública es fragmentaria (58). Por otro lado, las razones metajurídicas también cambian y por eso en EE.UU. la venta y la fabricación de alcohol eran conductas delictivas bajo el imperio de la Enmienda XVIII y de la Ley Volstead de 1919 (la conocida como la Ley Seca, que sólo autorizaba el uso médico, la fabricación de sidra y vinagre y la utilización del vino en misa) y dejaron de serlo con la Enmienda XXI y la derogación de la Ley en 1932. Las razones que llevaron a la aprobación de la Ley de 1919 son variadas, pero podemos apuntar tres como fundamentales: la búsqueda de la prohibición planetaria de «todas las sustancias venenosas que crean o excitan apetito no natural», en palabras del Senador Blair; la necesidad de legitimar ese prohibicionismo que se estaba importando o imponiendo al resto del mundo con medidas internas en la misma línea; y el pacto entre prohibicionistas, farmacéuticos y médicos para que sólo los profesionales pudiesen dispensar drogas, incluido el alcohol. Las razones de la derogación de la Ley Seca están en los estragos que produjo: aumento del gansterismo, muertes y enfermedades causadas por la nefasta calidad del alcohol que se distribuía ilegalmente, reparto del territorio de la heroína, potenciación del uso de las anfetaminas que se vendían sin receta, corrupción policial y condenas por soborno, cohecho, contrabando y asociación con el gansterismo de dos Consejeros del Presidente Harding (59).

Las razones metajurídicas o el interés dominante no pueden confundirse con el bien jurídico para contaminar la determinación del ámbito de lo prohibido. Aluden algunos autores al contenido de textos internacionales que subrayan «el peligro social y económico para la humanidad» de la toxicomanía (Preámbulo de la Convención Única de 1961) y la grave amenaza «para la salud y el bienestar de los seres humanos» y el «menoscabo de las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad» (Preámbulo de la Convención de Viena de 1988) (60). Estas afirmaciones pueden admitirse sin más o puede profundizarse en ellas para preguntarse qué porcentaje de responsabilidad tiene el régimen prohibicionista en «los problemas de la droga» y cuál sería la situación con otro marco distinto al de la cruzada anti-

---

(58) La protección de la salud pública cuando se trata de alcohol y tabaco se articula mediante políticas de prevención, información y prohibición administrativa de consumo en ciertos lugares, de venta en determinados establecimientos o de dispensación a menores.

(59) Sobre la Ley Seca puede verse ESCOHOTADO, A., *Historia general de las drogas*, Madrid, Espasa Calpe, 1998, pp. 646 a 688.

(60) Así SEQUEROS SAZATORNIL, «El principio de insignificancia...», *op. cit.*, p. 4.

droga. Pero, aun sin entrar en esta cuestión y partiendo del actual marco jurídico, hay que volver a decir que una cosa son las razones que condujeron al prohibicionismo, como opción política y, otra cosa es la selección que el legislador ha hecho del bien jurídico salud pública como criterio para construir la antijuridicidad en estos delitos.

### 1.3 LA REFERENCIA A LA SALUD INDIVIDUAL

Salud pública y salud individual son dos bienes jurídicos distintos que encuentran protección diferenciada en el CP, pero esto no autoriza a ignorar la salud individual cuando tratamos de la pública, pues de lo contrario estaríamos hablando de la salud pública como algo totalmente desvinculado de la realidad que la justifica y a la que sirve de complemento. Si un comportamiento pone en peligro la salud pública es porque tiene capacidad para dañar la salud individual, aunque efectivamente no lo haga. Por eso se dice que en los delitos contra la salud pública se protege inmediatamente el bien jurídico que les da nombre, pero mediatamente la salud individual, que no alcanza la categoría de segundo bien jurídico, pero sí permanece como referencia. Así, Pérez Álvarez dice que la probabilidad de lesión se tiene que proyectar sobre el bien complementado –salud individual– y no sobre el bien complementado –salud pública– (61). El tráfico de drogas un delito de peligro abstracto, en el que se adelantan las barreras de protección con la consumación anticipada, pero eso no autoriza a prescindir de la potencialidad del daño individual y de su prueba. Además sin esta referencia no podríamos distinguir entre sustancias que causan grave daño a la salud y otras que causan menor daño (62).

Hemos afirmado que la venta de cantidades inferiores a la tenida como dmp es conducta atípica por falta de objeto material, porque no hay droga, lo que supone la imposibilidad del daño individual y, con ello, la imposibilidad de afectación a la salud pública. Cuando la cantidad es superior a la mínima psicoactiva habrá que probar, en cada caso, el peligro, constatando el peligro de daño para la salud indivi-

---

(61) *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, Barcelona. Praxis, 1991.

(62) Por eso lleva razón JOSH JUBERT cuando dice que para afirmar que una sustancia causa grave daño a la salud deben probarse tres cosas: 1.<sup>a</sup> Que la sustancia en abstracto sea idónea para dañar de forma penalmente grave la salud individual. Si no es así, sobran las otras dos comprobaciones. 2.<sup>a</sup> Que la sustancia en concreto sea idónea para afectar gravemente a la salud individual. Lo que requerirá constatar peso y pureza. 3.<sup>a</sup> Que la cantidad aprehendida sea apropiada para ser difundida entre personas indeterminadas y de forma indiscriminada (*Los delitos de tráfico de drogas I...*, op. cit., pp. 95 y 96).

dual y, después, si se ha afirmado lo anterior, el riesgo de difusión entre indeterminados sujetos.

Cuando hablamos de la salud individual y de su protección nos planteamos la relevancia del consentimiento y concluimos que la salud individual no puede protegerse penalmente contra la voluntad de su titular, por lo que las autolesiones resultan impunes. Esta idea nos sirve para afirmar la atipicidad del autoconsumo o consumo propio de drogas, a lo que se añade que ese autoconsumo, aunque perjudique la salud individual, no afecta a la salud pública por no suponer riesgo de difusión entre sujetos inconcretos. A la luz de lo anterior debe de interpretarse la mención que hace el artículo 368 al «consumo ilegal». Evidentemente, esa ilegalidad no es respecto del Derecho penal, sino general y derivada de la regulación contenida en la Ley 17/67 y en el Decreto 282/77 que tienen por ilícito cualquier consumo (incluido el privado) que no obedezca a indicación terapéutica (63). Naturalmente tampoco se refiere el artículo 368 al consumo prohibido en el artículo 25 de la Ley 1/92, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana. A lo que se refiere el artículo 368 es al consumo «ilegal» pero ajeno o de un tercero, pues el «ilegal», pero propio, no pone en peligro la salud pública y queda fuera del ámbito de protección de la norma.

La idea del consentimiento o de la libertad del consumidor nos lleva a otra reflexión. Hemos visto que una de las cosas que diferencia la protección de la salud pública frente a alimentos o medicamentos y frente a drogas es que en el primer caso, el consumidor «no quiere consumir» productos que pueden perjudicarlo, mientras que en el segundo caso, consume drogas, a pesar del posible perjuicio, porque «quiere consumirlas». Junto a esto, también se dice que «progresivamente se va afianzando la idea de que lo decisivo no es el daño directo a la salud, sino la pérdida de autonomía personal del consumidor» (64). Esa pérdida de autonomía se produce cuando el sujeto es dependiente de la sustancia, o sea, cuando supera el uso y el abuso, para caer en la dependencia (65). Si unimos las ideas anteriores tenemos que el autoconsumo es atípico porque el sujeto quiere consumir

---

(63) Ver nota 51.

(64) Díez RIPOLLÉS, J. L., *Los delitos...*, *op. cit.*, p. 127.

(65) Estos tres conceptos de consumo pueden y deben distinguirse. El uso es una relación con la droga que no produce consecuencias negativas ni en el consumidor ni en su entorno, pero hay drogas que dificultan mantenerse en este estadio, provocando en la mayoría de los casos el paso al abuso y a la dependencia. El abuso es una relación con la droga que produce consecuencias negativas en el consumidor y/o en su entorno. La dependencia se produce cuando el sujeto antepone el consumo a cualquier otra cosa que se considere más importante.

y que el tráfico de drogas pretende evitar que el consumidor que ya no quiere consumir lo haga porque es dependiente. El planteamiento me parece aceptable, siempre y cuando, no se quiera concluir que el bien jurídico protegido, o uno de los que se protegen, en el artículo 368 es la libertad del consumidor. Y esto es así, porque el castigo por tráfico de drogas no necesita indagar sobre la capacidad de optar del consumidor (que en los casos de tráfico al por mayor o intermedio ni aparece), ni la prueba del peligro tiene que proyectarse sobre ese extremo. La libertad del consumidor, que se merma o desaparece con la dependencia, es relevante en el tráfico de drogas, no como bien jurídico, sino como preocupación de salud pública que se fija en un bien personalísimo como es la libertad de autodeterminación frente a las drogas y, por eso el CP agrava la pena cuando la droga se suministra a quienes no se les reconoce una plena capacidad de autodeterminación, o sea, menores e incapaces o, a sujetos en fase de recuperación de su autodeterminación ante las drogas por estar sometidos a tratamiento de deshabitación o rehabilitación.

Para concluir, podemos decir que la referencia a salud individual juega un papel relevante en el artículo 368 por la necesidad de probar el daño potencial a la salud individual, porque hay que distinguir entre sustancias que causan grave daño o menor daño a la salud y, en definitiva, por ser el substrato sobre el cual construimos la salud pública.

## **2. La salud pública y la (des)protección de menores e incapaces frente a las drogas**

En alguna de las sentencias examinadas, condenatorias de ventas de pequeñas cantidades de droga, se argumenta, entre otras cosas, que la absolución requeriría ausencia de precio, receptor adicto y que «... se garantice la exclusión de todo riesgo de difusión que pudiera propiciar que la droga llegue a ser consumida por personas que, por sus especiales circunstancias de edad, enfermedad psíquica o somática, etc. pudieran resultar gravemente dañados en su salud...» (S. 1743/2003) o, que «... tratándose de un delito de peligro estricto, nunca puede descartarse que el riesgo de afectar a la salud de las personas alcance a niños, enfermos, mujeres embarazadas, etc., y otras personas débiles o de menor resistencia a la toxicidad...» (S. 1663/2003).

Comparto la especial preocupación de estas resoluciones por los menores y por los incapaces, no particularmente por los demás sujetos aludidos que tienen capacidad para decidir. Esa preocupación es la que sirve para agravar la pena del tipo básico cuando se da la circunstancia 1.<sup>a</sup> del artículo 369 de facilitar la sustancia a menores o

disminuidos psíquicos o de introducirla o difundirla en centros docentes. Existe acuerdo doctrinal y jurisprudencial en que es necesario dar protección especial frente a las drogas a quines son especialmente vulnerables por no tener capacidad de autodeterminación o tenerla disminuida (66), subrayándose en alguna sentencia que lo que explica la agravación es la peligrosidad de las acciones tendentes a iniciar a los neófitos en el consumo. Se suele concluir que la agravación da lugar a un delito pluriofensivo que protege, junto a la salud pública, la individual o la libertad de estos sujetos. Esta afirmación puede someterse a consideraciones parecidas a las que hemos hecho más arriba a propósito de la tesis del tráfico de drogas como delito pluriofensivo tutelador, además de la salud pública, de la individual o de la libertad del consumidor.

En realidad, lo que se quiere proteger especialmente no es la capacidad de autodeterminación, porque no se tiene o se tiene sin desarrollar, sino la indemnidad de estos sujetos frente a injerencias o intromisiones que pueden perjudicarles en su desarrollo físico o mental y, especialmente, en el desarrollo de esa capacidad de autodeterminación. La idea es paralela a la que se maneja cuando tratamos de la protección de la indemnidad sexual y, no libertad sexual, de estas personas en los delitos contra la libertad sexual. Que en estos casos se debe dar una especial protección me parece evidente y, además creo que debería haber una gran distancia entre promover el consumo entre adultos y hacerlo entre menores o incapaces. Sin embargo, el CP no alcanza a cubrir satisfactoriamente esa distancia en todos los casos por tres razones:

1.<sup>a</sup> La agravación sólo puede aplicarse cuando es la droga lo que se facilita (o lo que se introduce o difunde en centro educativo), es decir, cuando la conducta consiste en entregar materialmente la sustancia, pero no en los casos de favorecimiento del consumo sin entrega material. Esto es consecuencia obligada de las distintas redacciones del tipo básico —«promuevan, favorezcan o faciliten el consumo»— y de la agravación —«las drogas se faciliten»—. Así quedarán fuera de la agravación, cualquier supuesto de inducción al consumo o de facilitación del dinero o de indicación del lugar de venta o de intermediación que, siendo típicos para el tipo básico, se castigarán con la misma pena en relación a adultos o a menores.

---

(66) Sobre la agravación 1.<sup>a</sup> del artículo 369 ver GALLEGO SOLER, J. I., *Los delitos de tráfico de drogas II. Un estudio analítico de los artículos 369, 370, 372, 374, 375, 377 y 378 del CP; y tratamientos jurisprudenciales*, Barcelona, Bosch, 1999, pp. 21 a 43.

2.<sup>a</sup> Que el receptor sea un menor o incapaz es una circunstancia de agravación de la pena del tipo básico y no constituye un tipo independiente. De ahí que para poder aplicar la agravación deban de darse primero todos los elementos del tipo básico y, luego, además el de la entrega de droga al menor o incapaz. Eso quiere decir que en los supuestos que se consideran atípicos respecto del artículo 386, la especial protección de menores e incapaces será inoperante, por falta de conducta típica sobre la que aplicarse. O sea, que cuando estemos ante un comportamiento que no afecte a la salud pública, por ausencia de riesgo de difusión entre indeterminadas personas, no se podrá castigar, por mucho, que aparezcan menores o incapaces. Y esto será así cuando se trate de consumo compartido, de invitación al consumo o de venta de una dosis indivisible con receptores menores o incapaces. El miedo a este resultado parece estar detrás de las sentencias que acabamos de citar referidas a venta de pequeñas cantidades. Pero la solución no debería pasar por castigar todos los casos, sino por distinguir entre casos que requieren distinto tratamiento. Entre otras cosas porque castigar todas las ventas, aun de cantidades mínimas, sería una solución parcial que no alcanzaría a la invitación y al consumo compartido, ya que en estos casos el TS exige como requisitos para no condenar que quien recibe la droga sea consumidor (no que sea mayor e imputable) y los menores y los incapaces también pueden ser consumidores. Exigir, sin base legal, la ausencia de precio y la presencia de iniciados, como requisitos de atipicidad, no sirve para extender una mayor protección a menores e incapaces. Configurado el tráfico de drogas como un delito contra la salud pública, no queda más remedio que afirmar la atipicidad cuando no hay peligro para esa salud pública, por mucho que haya precio y menores o incapaces no iniciados.

3.<sup>a</sup> El 2.º inciso de la circunstancia 1.<sup>a</sup> se aplica cuando «Las drogas... se introduzcan o difundan en centros docentes...». El problema es el mismo, por mucho que entendamos que la agravación obedece a la necesidad de proteger especialmente a ciertas personas. Bien es verdad que hay dudas sobre el particular, porque en un centro docente no sólo hay menores de edad, toda vez que centro docente también es aquel en el que se realizan estudios universitarios o de formación profesional. Por otro lado, la agravación abarca a centros asistenciales y a establecimientos militares y penitenciarios. Por eso, también podría sostenerse que la agravación en razón de ciertos lugares obedece a razones distintas de la que se identifican cuando hablamos de menores o incapaces (67). Pero, aun admitiendo que la refe-

---

(67) Sobre estas distintas interpretaciones ver ACALE SÁNCHEZ, *Salud pública...*, *op. cit.*, pp. 146 a 156 y GALLEGÓ SOLER, *Los delitos...*, *op. cit.*, pp. 31 a 65.

rencia a centros docentes deba de vincularse a los menores, tenemos que la agravación sólo se aplica si hay introducción o difusión material de la droga, no si se trata de favorecimiento sin entrega material. Por otro lado, la alusión a dos verbos, «introducir» y «difundir» no autoriza a entender que se estén agravando dos conductas distintas, la de difundir entre varios niños o la de introducir para sólo un concreto y determinado niño, pues esta última posibilidad viene vedada por el tipo básico que requiere riesgo de difusión. Además, la interpretación correcta del verbo «introducir» es la que sostiene que la agravación «... se configura como mutilada en dos actos, pues se castiga la introducción “para” difundir, pero el legislador adelanta la consumación al momento en que se ha producido la introducción –primer acto– con aquel fin, sin necesidad de esperar a que aquel fin se actualice –segundo acto–» (68). En definitiva, también esta agravación tiene un ámbito de aplicación que no alcanza a todas las conductas del tipo básico (sólo a las de entrega material de la droga y no a las de facilitación del consumo) y requiere para ser aplicada la concurrencia de todos los requisitos del tipo básico, incluido el peligro para la salud pública, o sea, el riesgo de difusión entre inconcretos sujetos. Cierto es que la redacción de esta agravante cambiará el 1 de octubre de 2004 por la entrada en vigor de la reforma penal de la LO 15/2003. En efecto la nueva circunstancia 8.<sup>a</sup> del artículo 369 se referirá a que «Las conductas descritas en el artículo anterior tengan lugar en centros docentes, en centros, establecimientos o unidades militares, en establecimientos penitenciarios o en centros de deshabitación o rehabilitación, o en sus proximidades». Los cambios afectan a la exclusión de los centros asistenciales; a la ampliación a las proximidades de los lugares; a la unificación en una sola circunstancia, la 5.<sup>a</sup>, de las personas que requieren especial protección –menores, disminuidos psíquicos y sujetos en tratamiento– que ahora están incluidos en la 1.<sup>a</sup> y en la 4.<sup>a</sup> y, en lo que aquí interesa que, tratándose de los lugares, lo que se castiga más gravemente no es la «difusión o introducción de la droga», sino «las conductas descritas en el artículo anterior» cuando tienen lugar en esos lugares. Luego, para agravar en tales lugares ya no será necesario que la droga se introduzca o difunda materialmente, pudiéndose hacer en relación a cualquier comportamiento típico del artículo 368. Pero con esto no se resuelve el problema relativo a la necesidad de que se den todos los requisitos del tipo básico, incluido el peligro para la salud pública. Por otro lado, la nueva circunstancia 5.<sup>a</sup> –menores, disminuidos psíquicos y personas en tratamiento– sigue circunscribiéndose a los actos de facilitación material de la sustancia.

---

(68) *Salud pública...*, *op. cit.*, p. 152.

Creo que el problema está en que el artículo 368 no protege lo que se quiere y debe proteger cuando hablamos de personas con capacidad nula, limitada o en formación. Pero la inercia de castigar todo comportamiento del ciclo de la droga ha impedido hacer esta reflexión y, sólo cuando el TS ha empezado a limitar las modalidades típicas, surge la preocupación porque esas limitaciones del castigo deben de mantenerse aun habiendo receptores menores o incapaces. La solución no puede venir por la vía de las sentencias condenatorias, ni por la que indica el CP que se limita a establecer para algunos casos –sólo los de entrega material– una mayor antijuridicidad. La solución está, a mi entender, en una distinta antijuridicidad. La idea ha sido ya apuntada por algunos autores y en alguna sentencia, pero choca con la realidad del CP. Lleva razón Díez Ripollés cuando, refiriéndose a la redacción de las agravaciones 1.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> del artículo 344 bis a) tras la reforma de 1988 (69), afirma «... que supone una profundización... en la idea de destacar la protección de la libertad personal de decisión como bien jurídico básicamente digno de protección...» y que «... la existencia de dichas figuras agravadas muestra que la lesión de este bien jurídico, complementario al de la salud colectiva, se estima que aumenta el contenido de lo injusto de la conducta» (70). Este razonamiento vale para la actual regulación de las circunstancias 1.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> del artículo 369: hay más antijuridicidad, porque junto con la salud pública aparece la libertad de decisión de estas personas. Pero esto no es suficiente, porque la especial situación de estas personas necesita ser protegida haya o no haya atentado a la salud pública; luego no es una cuestión de más antijuridicidad, sino de distinta antijuridicidad. Hoy por hoy, hay que admitir que la entrega de una cantidad mínima de droga a un menor para su consumo inmediato, sin riesgo de difusión, es un comportamiento atípico, por falta de peligro para la salud pública y, al no concurrir la modalidad básica, la agravada es inoperante. Esto es lo que ocurre cuando tenemos un tipo que requiere para su aplicación el peligro para la salud pública y que sólo permite la protección de la indemnidad de las personas más débiles a través de una agravación, limitada en su ámbito y que ha de partir de la concurrencia de todos los elementos del tipo básico. Si realmente se comparte que menores e incapaces han de ser protegidos frente a las drogas, porque su aproximación a ellas no es libre, debemos hacerlo, no sólo cuando se vea comprometida la salud pública (varios e indetermina-

---

(69) En la redacción anterior, la de 1983, se hacía referencia a los menores, ampliándose la agravación en 1988 a disminuidos psíquicos y personas sometidas a tratamiento de deshabitación o rehabilitación.

(70) *Los delitos relativos...*, *op. cit.*, pp. 70 y 71.

dos sujetos), sino también cuando se vea comprometida la indemnidad de un solo sujeto. La solución es de *lege ferenda* y pasa por construir un tipo protector de la indemnidad de menores o incapaces frente a las drogas, como bien jurídico personal e individual, que pueda aplicarse aunque no se produzca un peligro para la salud pública, es decir, que no exija riesgo de difusión y que no quede vinculado a los casos de atipicidad que hemos venido analizando. Esta laguna no se solventa diciendo que siempre cabe la aplicación de los tipos de lesiones que, en el caso de menores o incapaces, no ceden ante su consentimiento por ser éste irrelevante. En la mayoría de los casos de entrega de droga a menores o incapaces y consumo no se va a producir un resultado de lesión y, sin embargo sí se va a afectar a la indemnidad o libertad potencial del sujeto. Si además se produce un resultado típico de lesión, entonces sería apreciable un concurso, pues se habrían lesionado dos bienes jurídicos, la indemnidad y la salud individual y, como estamos hablando de sujetos cuyo consentimiento no es válido (art. 155.2), la atipicidad de la lesión no podría descartarse (71).

---

(71) La S. 27 de mayo de 1994 (Ponente Bacigalupo Zapater), tras un interesante análisis sobre el peligro abstracto y los delitos de mera desobediencia, dice que «... toda acción de difusión o favorecimiento de consumo de drogas prohibidas es típica y sólo en casos excepcionales en los que las circunstancias de los mismos excluyen ya inicialmente toda posibilidad de peligro para la salud pública, cabe excluir la subsumición bajo el tipo del artículo 344 CP», por eso algunas sentencias han entendido que «... cuando la entrega de la droga no supera la de una dosis que se consume por otro en el momento, dentro de un lugar cerrado, sin que el autor tenga en su poder mayor cantidad de droga, el peligro generado para la salud es meramente individual y, por consiguiente, no alcanza el carácter público que caracteriza el bien jurídico protegido por el artículo 344 CP. Importante es destacar que los precedentes citados no se han llegado a pronunciar sobre si estos hechos deben de quedar totalmente impunes, pues en relación a ellos, de todos modos, cabría discutir, si el peligro generado para la salud individual podría ser considerado un delito de lesiones. Pero si la cuestión no ha sido objeto de consideración, ello obedece a barreras de naturaleza procesal, dada la ausencia de una acusación fundada en alguna de las hipótesis del delito o la falta de lesiones». En esta resolución se plantea que es posible el delito o la falta de lesiones en casos de entregas de pequeñas cantidades de droga que no afectan a la salud pública, pero que pueden afectar a la individual. Se señala que el obstáculo para esta posibilidad es de orden procesal, por falta de acusación (lo que podría soslayarse en algún caso acudiendo a la excepcional facultad del planteamiento de la tesis del artículo 733 de la LECrim). Pero puede haber otro obstáculo: la posible relevancia del consentimiento de quien consume la droga, si ese consentimiento alcanza a la producción de posibles lesiones como consecuencia de ese consumo concreto (pues no se trata de imputar a un acto de tráfico un resultado de lesión consecuencia del consumo reiterado). La cuestión sin embargo, no encontrará el escollo del consentimiento cuando se trate de lesiones de menores o incapaces o en algunos casos de resultado de muerte imputable al consumo de una dosis mortal (y no si la muerte es imputable a los devastadores efectos de un consumo reiterado, consecuencia de muchos actos de tráfico, que finalmente produce la muerte). Sobre las posibilidades de imputación dolosa o imprudente en caso de muerte ver ACALE SÁNCHEZ, *Salud pública...*, op. cit., pp. 214 a 217.

Una solución de *lege ferenda* protectora de la indemnidad, al margen de la salud pública, permitiría castigar las invitaciones al consumo, el consumo compartido y la venta de cualquier cantidad de sustancia cuando el receptor fuera menor o incapaz y, aunque sólo fuese uno. Incluso se podría castigar la venta de cantidades inferiores a las tenidas como *dmp*, si su entrega estuviese encaminada al acercamiento o iniciación del sujeto al mundo del consumo. Piénsese en el suministro de 49 mg de cocaína pura a un adolescente de 15 años haciéndole ver que va a consumir cocaína y potenciando la emulación de un comportamiento propio de «mayores». Aun con la más reciente jurisprudencia del TS, este comportamiento es atípico, porque la cantidad no alcanza los 50 mg de una *dmp*; en cambio esta misma jurisprudencia nos dice que vender a un adulto cocainómano 51 mg de cocaína es típico y debe castigarse con una pena mínima de tres años que puede llegar a los nueve años. El despropósito me parece evidente. A lo que debe añadirse que, con la actual regulación, la venta al adolescente de 15 años de los 49 mg de cocaína no sólo no es punible, sino que además, no encuentra ninguna sanción, mientras que venderle a ese mismo adolescente un paquete de tabaco o una bebida alcohólica constituye un ilícito administrativo. Naturalmente, esto es consecuencia de que el tabaco y el alcohol son productos de tráfico lícito, pero sometido a importantes prohibiciones administrativas, entre las que destacan las dirigidas a proteger a los menores, mientras que las «drogas», por ser de tráfico prohibido, no pueden someterse a ninguna regulación administrativa.

En la propuesta de *lege ferenda* que aquí se hace, el tipo de protección de menores e incapaces sólo cedería por razones de adecuación social, es decir, cuando siendo dependientes, se les facilitase la droga en dosis decrecientes para lograr su deshabituación controlada; o para evitar, en tanto se consiga la rehabilitación, que buscasen la sustancia en ambientes peligrosos o que propician formas de administración insalubres –por ejemplo, compartiendo jeringuillas– o en los que la calidad de la droga puede incrementar el riesgo para su salud –por adulteración o por falta de control de las dosis–; o, finalmente para evitar el síndrome de privación de la sustancia. Todos estos casos responden a la idea de evitar los riesgos no inherentes, pero asociados, al consumo –sobredosis, contagios, marginalidad–, lo que no se enfrenta, sino todo lo contrario, a la protección del menor o incapaz ya adicto, por lo que la adecuación social haría atípico el comportamiento respecto del tipo propuesto de protección de la indemnidad frente a las drogas.

El tipo que aquí se propone, libre de las limitaciones interpretativas imprescindibles en el artículo 368, podría introducirse en el CP

sin necesidad de renunciar al actual marco represivo del tráfico de drogas y no tendría que convertirse en el único contenido punible de una regulación parcialmente despenalizadora (72). Las ventajas de un tipo independiente como el propuesto serían dos: primera, proteger efectivamente lo que ahora, o con la reforma operada por la LO 15/2003, el CP no alcanza a proteger, o sea, la indemnidad de menores e incapaces frente a las drogas cuando no hay peligro para la

---

(72) Para DÍEZ RIPOLLÉS la protección de la libertad personal de decisión de menores e incapaces frente a las drogas debería ser el único contenido del tráfico de drogas, sustituyendo a la salud pública, dentro de una propuesta parcialmente despenalizadora (*Los delitos relativos...*, *op. cit.*, pp. 70 y 126 a 132. Ver también Grupo de Estudios de Política Criminal, *Una alternativa a la actual política criminal sobre droga*.) La opción de futuro de despenalizar el tráfico entre adultos, para castigar el que se refiera a menores o incapaces y el que infrinja una posible regulación administrativa, con independencia de su conveniencia o no, me parece difícilmente alcanzable, pues encuentra obstáculos considerables en el marco internacional prohibicionista y represor que nos vincula y en el continuo incremento interno de la represión penal, imparable desde 1988. No hay nada que indique que esta escalada de la exacerbación penal vaya a ir a menos; incluso podría ir a más. Para comprobarlo, basta leer el Informe Anual de 2002 de la JIFE (Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes) de NU y reparar en el sentido de las advertencias que hace: a propósito de la apertura de una sala de inhalación de drogas en Zurich, insta a los Gobiernos a no «facilitar y secundar el uso indebido de drogas (y posiblemente el tráfico ilícito)» y a que no autoricen los locales de inhalación de droga por ser contrarios a los Tratados de fiscalización (p. 88); muestra su preocupación por los mensajes ambiguos de algún alto funcionario francés sobre cómo abordar los problemas de tráfico y uso, a pesar de que la normativa francesa respeta los Tratados (p. 91); alienta a la Santa Sede, a Liechtenstein y a Suiza a ser partes de la Convención de 1988 (p. 88); celebra que Reino Unido «haya descartado categóricamente la idea de legalizar o reglamentar el uso de drogas sometidas a fiscalización internacional con fines que no sean médicos» (p. 86); reitera sus reservas acerca de la prescripción médica de heroína en programas de mantenimiento en los Países Bajos (p. 87); muestra su preocupación por la intención de los Países Bajos de «autorizar la venta con receta de hierba cannabis en forma de preparados “magistrales” (hechos por el farmacéutico) y “extemporales” (hechos por el farmacéutico para cada paciente)» (p. 87); se lamenta porque Andorra no haya firmado las Convenciones de 1961 y 1971 (p. 88); reitera al Gobierno de Suiza que, caso de aprobar su proyecto de despenalización de los actos preparatorios del consumo de cannabis (cultivo, posesión y compra) estaría vulnerando las disposiciones fiscalizadoras, aunque la despenalización no alcanzase a la venta (pp. 31 y 32). Es evidente que la situación de España, que no castiga ningún acto preparatorio del autoconsumo de ninguna sustancia, sería mucho más grave. Por otro lado, se considera en este Informe que «en Europa el problema del uso indebido de las drogas no parece menguar en absoluto, lo que puede guardar relación con la actitud tolerante que predomina en algunos países de la región respecto del uso indebido de drogas» (p. 73). Las dificultades de una solución parcialmente despenalizadora aconsejan proponer, de momento, medidas más realistas y humildes en la línea de reducir el rigor exagerado del castigo del pequeño tráfico y de dar adecuada protección a la indemnidad de los menores e incapaces.

salud pública y, segunda, evitaría las interpretaciones extensivas del artículo 368, que parecen ir encaminadas, sin conseguirlo, a proteger a menores e incapaces, y que son inaceptables desde un entendimiento correcto y admisible del bien jurídico salud pública.

## IX. CONCLUSIONES

- 1.<sup>a</sup> El autoconsumo, el consumo compartido, la invitación o donación a un sujeto concreto y la venta de cantidades indivisibles de droga, al no implicar riesgo de difusión entre indeterminados sujetos, son comportamientos atípicos porque no ponen en peligro la salud pública.
- 2.<sup>a</sup> Las entregas de droga para lograr la deshabituación o para evitar el síndrome de abstinencia son comportamientos atípicos por resultar socialmente adecuados.
- 3.<sup>a</sup> El peligro para la salud pública requiere que la droga sea susceptible de difusión entre varios e inconcretos sujetos no previamente elegidos y que la sustancia tenga idoneidad para dañar la salud individual.
- 4.<sup>a</sup> Ausencia de precio y destinatario consumidor, adicto o dependiente no son requisitos de atipicidad, pues ni el precio ni tal condición del sujeto destinatario son elementos típicos.
- 5.<sup>a</sup> El conocimiento de la cantidad y pureza de la droga es imprescindible para determinar si existe peligro para la salud pública y su gravedad.
- 6.<sup>a</sup> La atipicidad del tráfico de drogas en cantidad inferior a la dmp obedece a la falta de objeto material por inexistencia de «droga».
- 7.<sup>a</sup> La tesis de que la frontera entre la tipicidad y la atipicidad está en la dmp no es resultado de un Pleno de Unificación de Doctrina. Luego puede seguir manteniéndose la postura correcta que busca la constatación del peligro para el bien jurídico.
- 8.<sup>a</sup> El principio de insignificancia, en su labor de limitar la tipicidad, tiene validez general y puede aplicarse a delitos graves cuando quepa graduar la importancia del ataque al bien jurídico.
- 9.<sup>a</sup> El principio de insignificancia, como principio de interpretación conforme a la finalidad de la ley, es aplicable al tráfico de drogas, por lo que los casos de insignificancia son atípicos.

- 10.<sup>a</sup> La pena mínima de tres años para los casos de tráfico de pequeñas cantidades de drogas que causan grave daño a la salud es desproporcionada y provoca una praxis contraria al principio de igualdad.
- 11.<sup>a</sup> *De lege ferenda*: sería necesario introducir en el CP una atenuante para el tráfico de drogas «por las circunstancias del autor y del hecho», pudiéndose hacer referencia expresa a la «cantidad mínima».
- 12.<sup>a</sup> La nueva tesis del TS que castiga a partir de la dmp consagra la seguridad jurídica del exceso y de la desproporcionalidad.
- 13.<sup>a</sup> No puede confundirse el bien jurídico salud pública con el «interés dominante» o con las razones que condujeron a la represión del tráfico de drogas.
- 14.<sup>a</sup> El tráfico de drogas es un delito de peligro abstracto, no de peligro presunto.
- 15.<sup>a</sup> La salud individual es una referencia necesaria para dotar de contenido el bien jurídico salud pública.
- 16.<sup>a</sup> La libertad para autodeterminarse en relación a las drogas es una preocupación de salud pública.
- 17.<sup>a</sup> El CP no protege la indemnidad frente a las drogas de menores o incapaces cuando el comportamiento no alcanza dimensiones de salud pública.
- 18.<sup>a</sup> *De lege ferenda*: sería necesario introducir en el CP un tipo de protección de la indemnidad frente a las drogas de menores o incapaces, cuyo bien jurídico fuese individual, no sometido a las exigencias de tipicidad de las conductas contra la salud pública y libre de las necesarias limitaciones en la interpretación del artículo 368.

# Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin\*

EMILIANO BORJA JIMÉNEZ

Profesor Titular de Derecho Penal de la Universidad de Valencia

## I. INTRODUCCIÓN

Es sabido que la moderna elaboración del Derecho penal, entendido como disciplina, pasa por su construcción sistemática tomando en consideración sus repercusiones en el plano de la realidad social. La creación de cada una de sus instituciones, principios y conceptos, no contempla exclusivamente la ley penal de la que deriva, sino también su aptitud funcional para resolver problemas de la existencia humana. A esta forma de concebir la metodología en la ciencia jurídico-punitiva se le ha denominado Derecho penal orientado a las consecuencias, y coincide con las conocidas tesis del funcionalismo, que atiende a los fines de la pena como criterio rector de interpretación y sistematización de los preceptos y categorías de la ciencia penal. También es sabido que ha sido el penalista alemán Claus Roxin quien

---

\* El presente trabajo responde a un doble compromiso que adquirí, y que en su día no cumplí. En Costa Rica se elaboró un libro homenaje en honor al profesor Walter Antillón, y me pidieron una contribución, que comenzó siendo un breve artículo sobre el concepto de Política Criminal. Luego en México se realizó otra obra colectiva en honor al profesor Claus Roxin, y también me solicitaron un trabajo relacionado con sus líneas de investigación, y amplíé el contenido inicial tomando en consideración la obra del maestro alemán. Pero no pude satisfacer ninguno de los sucesivos plazos que cortésmente me fueron otorgando en ambos libros colectivos. Cuando finalicé el trabajo, no sabía a ciencia cierta dónde sería publicado este texto. En todo caso, quiero disculparme públicamente con los organizadores de sendos eventos, y con los homenajeados. A ellos va dedicada esta sencilla investigación.

ha puesto mayor énfasis en esta concepción de la Dogmática penal, y quien mayor éxito ha conseguido con este planteamiento metodológico, aceptado hoy en la mayoría de los países con sistemas jurídicos continentales de corte occidental (1).

También es conocido por todo penalista, que hasta que nuestro autor pronunció su famosa conferencia en Berlín en 1970 (en un momento histórico muy relevante, como luego tendré oportunidad de comentar), la Dogmática penal y la Política Criminal eran considerados como dos sectores del conocimiento humano en relación con el delito y sus consecuencias, con ámbitos de actuación y fines autónomos, separados y limitados entre sí. El Derecho penal era concebido como una ciencia estructurada en torno a unos principios de garantía de las libertades del ciudadano (legalidad, culpabilidad, intervención mínima, etc.), sistematizada con una firmeza lógica inquebrantable y cuya finalidad estaba más próxima a limitar al poder punitivo que a tutelar a la sociedad. La Política Criminal, por el contrario, se contemplaba como un conjunto de estrategias destinadas por los poderes públicos a frenar altas tasas de criminalidad.

De esta forma, esos poderes públicos intentarían a través de una determinada política criminal auspiciar al máximo la seguridad ciudadana, y el Derecho penal pretendería limitar esa actividad del Estado para respetar los derechos de los individuos sospechosos, acusados o condenados en relación con la perpetración de un delito. Así fueron concebidas las relaciones entre Derecho penal y Política Criminal desde los tiempos de Franz Von Liszt, cuando afirmaba que el Derecho penal constituía la barrera infranqueable de la Política Criminal, cuando aseguraba que el Derecho penal era la Carta Magna del delincuente. Hasta que aparece la nueva política criminal que impulsa

---

(1) La totalidad de la obra de Claus Roxin es casi inabarcable. Por poner un ejemplo, en uno de los últimos libros homenaje que se han editado, valga la redundancia, en su honor, (SCHÜNEMANN, BERND (Direc.)/ROXIN, CLAUD (Homen.): *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*. Berlín, 2001; pp. 1553 y ss.), se muestra su ingente capacidad creativa en las ciencias penales: 24 monografías y tratados, 17 coordinaciones o contribuciones en obras colectivas, 5 participaciones directas en grandes comentarios y diccionarios sobre la materia, 165 artículos científicos en revistas, libros colectivos y libros homenaje, 34 comentarios jurisprudenciales y 32 recensiones bibliográficas. Los que conocen bien al autor, saben de su pasión por el literato Karl May, y ahí ha realizado una labor notable de comentarista literario en el que conecta el mundo de la poesía y de la novela con el ámbito de la criminalidad. Hasta ese momento, se contaban con 8 obras en homenaje a Claus Roxin, a las cuales hay que añadir algunas más que están proliferando en estos últimos años por los cuatro puntos cardinales del planeta Tierra. Gran parte de sus escritos han sido traducidos al castellano, italiano, portugués, inglés, coreano o japonés, entre otras muchas lenguas.

Claus Roxin (2), prácticamente todos los manuales de la asignatura jurídico-penal entendían de esta forma las relaciones entre una y otra disciplina (3).

La propuesta del citado profesor alemán, como acabo de señalar, pretende superar, desde el punto de vista metodológico, la propia constitución hermética y fuera de la realidad de la sistematización dogmática, por un lado; y el excesivo casuismo con la consiguiente dificultad de ausencia de axiomas científicos, del pensamiento problemático, por otro lado (4). Para lograr tal fin, señala el autor, se tiene que acabar con la tajante separación entre Derecho penal y Política Criminal llevada a cabo por von Liszt hace más de un siglo. Y, en efecto, en la medida en que la Dogmática se crea desde sí misma, sus soluciones pueden ser perfectamente correctas desde la lógica interna que la guía, pero totalmente desacertadas desde el punto de vista político-criminal. Y viceversa, remedios eficaces ofrecidos por la Política Criminal pueden ser, desde la perspectiva dogmática, totalmente incomprensibles (5). Se postula entonces en favor de un sistema de Derecho penal abierto, esto es, susceptible de recibir las valoraciones que tildan sus conceptos y principios por la vía político-cri-

---

(2) El primer trabajo en el que ROXIN presenta su programa es *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. Berlin, 1970. Existe una versión en castellano: *Política criminal y sistema de Derecho penal*. Traducido por MUÑOZ CONDE, FRANCISCO; Barcelona, 1972. La segunda edición es de 1973. El desarrollo de su sistema se ha llevado a cabo a lo largo de numerosos trabajos, que concluyen actualmente con los dos volúmenes de su Tratado de Derecho penal, al cual haremos constante referencia, y en especial, al volumen primero. ROXIN, Claus: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre*. 3.<sup>a</sup> ed. München, 1997. ROXIN, Claus: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*. München, 2003.

(3) En cualquier manual de Derecho penal se puede encontrar el planteamiento que estoy señalando, y de ahí que no vaya a aburrir al lector con las referencias bibliográficas, tan conocidas por todos. En las líneas que siguen, tomo en consideración la exposición de las bases metodológicas del autor alemán que ya he formulado en otros trabajos. Cito entre ellos, BORJA JIMÉNEZ, E.: «Algunos planteamientos dogmáticos en la teoría jurídica del delito en Alemania, Italia y España». *Nuevo Foro Penal*, núm. 59 (1993); pp. 24-72. BORJA JIMÉNEZ, E.: «Últimas tendencias en la teoría jurídica del delito en Alemania, Italia y España». *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 63 (1997); pp. 595-652. Y, especialmente, BORJA JIMÉNEZ, E.: *Tendencias contemporáneas en la teoría jurídica del delito*. San José de Costa Rica, 2000; pp. 101 y ss.

(4) Esta idea la expresa con toda claridad MUÑOZ CONDE: «El pensamiento problemático tiene que desembocar, si se quiere mantener el carácter científico de la actividad jurídica, en un sistema: el pensamiento sistemático tiene que estar orientado, si se quiere encontrar la solución justa de un caso, en el problema» en la *Introducción a la Política criminal y sistema de Derecho penal* de Roxin..., *op. cit.*, p. 6.

(5) ROXIN: *Política criminal y sistema de Derecho penal...* *op. cit.*, p. 30.

minal (6). Se entiende, por ello, que la sistemática presentada por el profesor alemán, siga siendo valorativa, y aunque se estiman positivamente las aportaciones del neokantismo y del finalismo, se reconoce que estas corrientes no han llegado a extraer todas las consecuencias que debieran adjetivizar a su planteamiento como completo. En su opinión, «... los tres requisitos fundamentales que deben exigirse de un sistema fructífero —claridad y ordenación conceptual, referencia a la realidad y orientación en finalidades político-criminales— han sido sólo realizados parcialmente, a modo de planteamiento y con el abandono de otros aspectos, con las desfiguraciones y superposiciones que hoy se aparece ante nosotros como “teoría dominante”, aunque con muchas variantes» (7). En definitiva, se persigue en cierta medida continuar con la tarea iniciada por el neokantismo, pero sustituyendo la vaga y difusa orientación hacia los valores culturales «... por un específico criterio jurídico-penal de sistematización: los fundamentos político-criminales de la moderna teoría de los fines de la pena» (8).

Coherente con este planteamiento, la tesis final-racional sigue operando con las mismas categorías de la teoría del delito que el causalismo o el finalismo, si bien orienta su estudio desde el primer momento atendiendo a consideraciones de política criminal.

En este campo de la teoría del ilícito, las categorías básicas del delito permanecen, pero con diversa significación funcional. El tipo es concebido así como determinación técnica de la ley penal bajo las exigencias del principio del *nullum crimen sine lege*, la antijuridicidad es contemplada como el ámbito donde se proporcionan las soluciones a los conflictos sociales y la culpabilidad es asociada a la necesidad de pena en atención a las distintas aspiraciones preventivas (9). En un plano más concreto, tres son las aportaciones más notables que se han de destacar: El redescubrimiento y dotación funcional de la institución de la imputación objetiva, la reelaboración de la categoría de la culpabilidad bajo una nueva concepción de la responsabilidad, y la nueva formulación de la teoría del dominio del hecho en el marco de la autoría y de la participación.

Pero ahora no voy a profundizar en ninguno de los aspectos señalados, pues, como el propio título del presente trabajo indica, es otra

(6) ROXIN: *Política criminal y sistema de Derecho penal... op. cit.*, p. 33.

(7) ROXIN: *Política criminal y sistema de Derecho penal... op. cit.*, p. 39.

(8) ROXIN: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I... op. cit.*, p. 155, núm. 25. Este aspecto se trató por el autor, entre otros, en el trabajo Roxin, Claus: *Acerca del desarrollo reciente de la Política Criminal*. Traducido por DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL y PÉREZ MANZANO, MERCEDES. CPC, núm. 48 (1992); pp. 795 y ss.

(9) En este sentido SCHÜNEMANN, Bernd: *La Política Criminal y el Sistema de Derecho Penal*. ADPCP, Tomo XLIV (1991); p. 703.

faceta de la obra de Claus Roxin la que aquí me interesa... Ésta que hace referencia a su propia concepción de la Política Criminal.

Y en efecto, de todo lo expuesto se deduce que la obra del profesor alemán ha sido, y está siendo, quizás, la más influyente en la moderna Dogmática penal. Parte de su éxito hay que atribuirlo a la inclusión de los parámetros político-criminales en la elaboración de las instituciones más relevantes de la ciencia penal, lo que ha contribuido a construir sus bases desde los fundamentos materiales y valorativos de la realidad social (10). Otro tanto hay que achacarlo a esas contribuciones fundamentales en el nuevo diseño de categorías como la imputación objetiva, la culpabilidad, la autoría o los fines de la pena.

Sin embargo, lo que no queda tan claro, al menos a mí me ha provocado siempre muchas dudas, es la idea que tiene Roxin sobre el concepto de Política Criminal, considerada como disciplina aislada, fuera de la Dogmática penal. Pues la mayoría de sus trabajos están impregnados de referencias a aspectos político-criminales, como si el

---

(10) Desde el punto de vista metodológico, una de las razones del éxito del planteamiento roxiniano, reconocido ahora comúnmente, aun por sus detractores, radica en la integración de los criterios político-criminales en la elaboración de los principios y categorías que estructuran el sistema penal. En este sentido, y a título de ejemplo, los siguientes autores: SCHÜNEMANN, Bernd: *Ontologicismo o normativismo como base de la dogmática penal y de la política criminal* en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología* (Congreso Internacional, Facultad de Derecho de la UNED, Madrid, 6 al 10 de noviembre de 2000). Madrid, 2001; pp. 579 y ss. SCHÜNEMANN, BERND: *Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal* en SCHÜNEMANN, Bernd (Edit.): *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor a Claus Roxin en su 50 aniversario*. Traducción de SILVA SÁNCHEZ, J. M. Madrid, 1991; pp. 31 y ss., p. 63. AMELUNG, Knut: «Contribución a la crítica del sistema jurídico-penal de orientación político-criminal de Roxin» en SCHÜNEMANN, Bernd (Edit.): *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales... op. cit.*, p. 95. SILVA SÁNCHEZ, J. M.: «Política criminal en la dogmática: Algunas cuestiones sobre su contenido y límites», en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Edit.): *Política criminal y nuevo Derecho penal: Libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona, 1997; pp. 17 y ss. MIR PUIG, S.: «El sistema del Derecho penal en la Europa actual» en SILVA SÁNCHEZ, J. M./SCHÜNEMANN, Bernd/FIGUEIREDO DIAS (Coords.): *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal (libro homenaje a Claus Roxin)*. Barcelona, 1995; pp. 25 y ss. MOCCIA, Sergio: «Función sistemática de la política criminal. Principios normativos para un sistema penal orientado teleológicamente» en SILVA SÁNCHEZ, J. M./SCHÜNEMANN, Bernd/FIGUEIREDO DIAS (Coords.): *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal (libro homenaje a Claus Roxin)*. Barcelona, 1995; pp. 73 y ss. MOCCIA, Sergio en ROXIN, Claus/MOCCIA, Sergio (Edit.): *Antigiuridicità e cause di giustificazione: problemi di teoria dell'illecito penale*. Napoli, 1996; pp. 11 y ss. TERRADILLOS BASOCO, J.: «Culpabilidad y prevención: anotaciones desde el Derecho penal español» en BALCARCE, FABIÁN I./LASCANO, Carlos Julio (direc.): *Nuevas formulaciones en las ciencias penales: homenaje al profesor Claus Roxin*. Córdoba, 2001; p. 228.

lector tuviera muy presente, y estuviera indiscutiblemente determinado, concretamente, el significado de mentada expresión. Y, sin embargo, si uno analiza los trabajos fundamentales de la obra de Roxin (no me he atrevido con un análisis exhaustivo de toda ella), en muy raras ocasiones va a encontrar la respuesta a la siguiente cuestión: ¿Qué quiere decir *exactamente* Claus Roxin cuando hace referencia a la *Política Criminal*? El lector comprenderá que si el penalista alemán hubiera descrito este concepto con toda nitidez y profundidad (como por ejemplo, las funciones que él asigna a la Dogmática penal), este trabajo no tendría ningún sentido (11).

De cuanto llevo exponiendo hasta este momento, se desprende que dos son los objetivos de la presente investigación. Por un lado, voy a intentar desvelar con mayor precisión y profundidad, el significado y alcance del concepto de Política Criminal en la obra de Roxin. Creo que este fin, por sí mismo, ya merece la elaboración de una publicación científica o académica. Pero quisiera ir más allá. Pues, por otro lado, a la luz de esa concepción, quisiera realizar las precisiones pertinentes a efectos de situar ese concepto en un marco más general, y poder así presentar una idea personal sobre la esencia de la Política Criminal. Este segundo objetivo, menos relevante que el anterior, culminará en una breve exposición en el último apartado, dedicado a las conclusiones.

Es decir, aprovechando la gran influencia del maestro alemán en las ciencias penales, una vez interpretada su concepción de la de Política Criminal, me ocuparé de retomar de nuevo esta temática tan olvidada en la mayoría de los países del entorno cultural donde se desarrolla en Europa y en Latinoamérica. Quiero decir con ello que gran parte de los penalistas también recurrimos con gran frecuencia a la Política Criminal, pero casi siempre dentro del marco de la Dogmática y sin precisar ni delimitar su significado y contenido esencial.

Pondré un ejemplo muy simple que refleja esta idea que vengo resaltando en las últimas líneas. Si examinamos de cerca los libros editados en homenaje a Roxin, veremos en la mayoría de ellos trabajos de Derecho penal (Parte General y Parte Especial) y de Derecho Procesal penal, que ocuparán gran parte de su contenido. También veremos apartados dedicados al Derecho Penitenciario (en algunos casos) y a la Política Criminal. En este último, apenas encontraremos contribuciones, raramente el número superará las cuatro o cinco, una cifra muy baja si se compara con los anteriores. Pero, aun así, cuando

---

(11) En varios trabajos publicados a principios de la década de los noventa, Roxin define su concepto de Política Criminal, pero apenas le dedica unas líneas. Más adelante veremos esa definición del profesor alemán.

el lector ojea cada una de las investigaciones, descubrirá en la mayoría de los casos que en realidad no se trata de trabajos de Política Criminal, sino de Dogmática con algunas repercusiones político-criminales.

Ante esta situación, que es representativa de la línea de investigación de los que nos dedicamos a la materia jurídico-penal, a mí siempre se me han planteado algunas cuestiones que directamente están relacionadas con la categoría de la Política Criminal. Una de ellas, suscitada entre los especialistas, se debate en la consideración de si la disciplina viene integrada exclusivamente por instituciones de Derecho penal (material y adjetivo) destinadas a reaccionar frente al fenómeno criminal, o por el contrario, si contempla en su seno otros mecanismos de intervención propios de la política social o administrativa. Otras veces, siguiendo las dudas de otros, me pregunto si tenemos que incluir dentro del ámbito político-criminal exclusivamente los mecanismos y estrategias que derivan del poder público para enfrentarse al crimen, o más bien hay que considerar, además de éstos, los que impone el propio control social informal. También me ha interesado indagar en los movimientos sociales, culturales y políticos que se encuentran en la base y en el fundamento de cada ley e institución propiamente penal, y me he cuestionado a qué orden de investigación debería pertenecer ese examen.

Alguno de éstos, y otros puntos de debate, están directamente relacionados con el ámbito de delimitación, contenido, significado y función de la Política Criminal. Ya he tenido ocasión de pronunciarme sobre la temática que vengo señalando (12), pues los planteamientos que ahora se indican entran de lleno en el concepto de Política Criminal. Pero ahora me interesa volver sobre dicho concepto, no ya en una explicación pensada para presentarla a la comprensión de los estudiantes (13), sino a la luz de la concepción roxiniana, dado que, no en balde, el autor ha demostrado que es el padre de la moderna Política Criminal. Es posible que desde Franz Von Liszt haya sido él quien le haya dotado a esta disciplina de mayor relevancia atendiendo a su contenido y función. Al menos, y ésta es la crítica que ha ido asomando la nariz desde el inicio de este trabajo, en el seno de la Dogmática penal. Claro, que más que una crítica, esta posición hay que

---

(12) BORJA JIMÉNEZ, E.: *Curso de Política Criminal*. Valencia, 2003.

(13) La obra que acabo de mencionar en la nota anterior está destinada, en gran medida, a desarrollar el programa de la asignatura *Política Criminal* que se imparte en los distintos estudios relacionados ahora con la titulación de la licenciatura de Criminología. Aun así, aproveché la edición del manual para proyectar algunas tesis personales en temas clave de esta disciplina.

contemplarla como una opción metodológica, como tendremos oportunidad de ver más adelante.

Sin más preámbulos, paso a formular algunas hipótesis que se van a desarrollar a lo largo del presente trabajo.

## II. UNA DEFINICIÓN ROXINIANA DE POLÍTICA CRIMINAL

«La cuestión de cómo debe tratarse a las personas que atentan contra las reglas básicas de la convivencia social y con ello lesionan o ponen en peligro al individuo o a la comunidad constituye el objeto principal de la Política Criminal. La Política Criminal adopta una singular posición intermedia entre ciencia y configuración social, entre teoría y práctica. Por un lado, se basa como ciencia en el conocimiento objetivo del delito en sus formas de aparición jurídicas y empíricas; por otro lado, pretende, como clase de política, llevar a cabo ideas o intereses concretos. Como teoría, intenta desarrollar una estrategia decidida de lucha contra el delito; pero como también ocurre por lo demás en la política, la realización práctica depende a menudo más de las realidades preexistentes que de la concepción ideológica. Probablemente esta posición ambigua de la Política Criminal permita explicar el que todas sus tesis sean extremadamente discutidas y que la orientación dominante cambie con bastante frecuencia. La historia se mueve, si se puede decir así, más deprisa en el ámbito de la política criminal que en el campo de la dogmática jurídica...» (14).

No conozco ninguna referencia tan nítida del autor al objeto y cometido de la Política Criminal como ésta que se acaba de exponer. En este párrafo, en una descripción de esta disciplina, Claus Roxin nos muestra las bases de su entendimiento y función, que no desarrolla ulteriormente como conocimiento autónomo, sino como forma de orientación de las categorías del Derecho penal.

A partir de aquí, el planteamiento metodológico va a seguir las pautas marcadas al final del apartado anterior. Desde esta definición, extraeré los rasgos fundamentales que el autor atribuye a la Política

---

(14) ROXIN, Claus: *Acerca del desarrollo reciente de la Política Criminal*. Traducido por DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Miguel y PÉREZ MANZANO, Mercedes. CPC, núm. 48 (1992); pp. 795 y ss., 795. Este mismo planteamiento puede encontrarse en ROXIN, Claus: *Política Criminal y estructura del delito (elementos del delito en base a la Política Criminal)*. Traducción de BUSTOS RAMÍREZ, J., y HORMAZÁBAL MALARÉE, H., Barcelona, 1992; p. 9.

Criminal. Posteriormente, desarrollaré esas características a raíz de otros trabajos del profesor alemán, profundizando sobre las mismas desde la consideración de su perspectiva. Finalmente, y a título de conclusión, llevaré a cabo un breve análisis personal tomando como presupuesto comparativo las tesis que previamente hemos extraído de la concepción roxiniana.

De esta definición, podemos señalar, en una primera aproximación, preliminar y provisional, los siguientes rasgos conceptuales:

- a) La Política Criminal es una disciplina que se estructura en torno a la estrategia de lucha contra el crimen («Como teoría, intenta desarrollar una estrategia decidida de lucha contra el delito»).
- b) Su función va más allá, alcanza al tratamiento de la problemática de los ciudadanos que perpetran hechos delictivos («... La cuestión de cómo debe tratarse a las personas que atentan contra las reglas básicas de la convivencia social y con ello lesionan o ponen en peligro al individuo o a la comunidad constituye el objeto principal de la Política Criminal»).
- c) Es una disciplina que se encuentra a caballo entre la ciencia y la política («... Por un lado, se basa como ciencia en el conocimiento objetivo del delito en sus formas de aparición jurídicas y empíricas; por otro lado, pretende, como clase de política, llevar a cabo ideas o intereses concretos»).
- d) Su metodología se desarrolla entre el ámbito de la elaboración teórica y el plano de su incidencia práctica en la realidad social («... La Política Criminal adopta una singular posición intermedia entre ciencia y configuración social, entre teoría y práctica»).

### III. OBJETO Y FUNCIÓN DE LA POLÍTICA CRIMINAL. DE VON LISZT A ROXIN

Tanto la Dogmática como la Política Criminal han evolucionado notablemente desde su nacimiento, allá por el segundo tercio del siglo XIX, hasta el momento presente. Pero, si bien la primera ha mantenido más o menos su objeto de estudio, la norma jurídico-penal, esto no ha ocurrido en la segunda.

A lo largo del siglo XIX, primero en los tiempos de Feuerbach, y

después con el mismo Von Liszt, el ámbito político-criminal venía referido al conjunto de estrategias de las que disponía el Estado para reaccionar frente al fenómeno criminal (15). Evidentemente, tratándose de la época del nacimiento del Estado liberal, el poder público sólo interviene cuando el comportamiento de los individuos viola las reglas del juego que la propia ciudadanía ha instaurado y que pone en peligro la libertad de sus miembros y la misma coexistencia de la comunidad. Los aspectos de prevención de la criminalidad supondrían una injerencia que iría más allá de lo que permite el ideario liberal. Y toda la problemática de los derechos de la persona relacionada con la perpetración del hecho criminal, constituiría los límites de la actuación del Estado que integrarían los principios básicos del Derecho penal adjetivo y sustantivo (principios de legalidad, de culpabilidad, de presunción de inocencia, etc.).

Von Liszt ya es hijo del incipiente Estado social, aun cuando el Estado liberal continúa proyectando el modelo de convivencia que predomina en Europa Occidental a finales del siglo XIX y principios del XX. En él se contempla la Política Criminal como ese abanico de métodos de los que dispone el poder público con la pretensión de hacer frente al fenómeno criminal. Para el que se considera el fundador de la Política Criminal, al poder público le corresponde llevar a cabo una misión de defensa de la sociedad frente al hecho delictivo, previniéndolo y reprimiéndolo, que debe asegurar la convivencia pacífica de los individuos. Este pensamiento es propio de la ideología del intervencionismo que comenzaba a extenderse en la Europa continental de su época. Pero en la medida en que se pretendía de igual forma tutelar los derechos de los ciudadanos, incluso de los propios delincuentes, se trasladaba al Derecho penal, entendido no sólo como sistema de explicación, interpretación y sistematización de las normas jurídico-penales, sino también como conjunto de principios, la tarea de limitar el poder punitivo del Estado para evitar los excesos de una política extrema de lucha contra la criminalidad. Es así como tradicionalmente se han interpretado sus dos famosas expresiones «... el Derecho penal constituye la barrera infranqueable de la Política Criminal» y «... el Derecho penal es la Carta Magna del delincuente».

---

(15) Así Feuerbach definía la Política Criminal como «el conjunto de métodos represivos con los que el Estado reacciona contra el crimen», situando como objetivo fundamental ese aspecto meramente reactivo en la lucha contra el delito. Al respecto, DELMAS-MARTY, M.: *Modelos actuales de política criminal*. Traducción bajo la dirección de BARBERO SANTOS, M. Madrid, 1986; pp. 19 y ss. Sobre este punto ya me he pronunciado con anterioridad: BORJA JIMÉNEZ: *Curso de Política Criminal...* *op. cit.*, pp. 32 y ss.

De lo dicho hasta aquí (con mucha brevedad, por lo general de su conocimiento), se puede deducir que en el Estado liberal decimonónico se comienza a concebir la Política Criminal como método y estrategia que el poder público ha de emplear como reacción frente al delito al que necesariamente debe enfrentarse. Con el nacimiento del Estado intervencionista, esa misión se amplía y ahora cubre no sólo la reacción del poder público ante la criminalidad, sino que también afecta a la función de prevención del ilícito penal. Pero, por la experiencia histórica, se contempla este cometido de la Política Criminal como susceptible de abuso en esa tarea de buscar la paz social, y se encuentra en el Derecho penal el freno a toda actividad de menosprecio de los derechos de los ciudadanos so pretexto de mantener un fuerte grado de seguridad ciudadana. Esta concepción de la Política Criminal en relación con el Derecho penal también condujo a un aspecto (el que más ha interesado a los penalistas) que no constituye ahora el objeto del presente trabajo: se entendió que la disciplina jurídico-penal debería alejarse de toda consideración político-criminal en la elaboración del sistema. No queda claro, como señala el propio Roxin, que ésta fuera una consecuencia ineludible del planteamiento de Franz von Liszt. En todo caso, la misma Dogmática penal sufrió los perjuicios de esta interpretación (16).

Cuando Roxin pronuncia su conferencia en 1970, Europa Occidental está recibiendo con gratitud los beneficios del Estado social. Es la época del Estado del bienestar, del Estado intervencionista que

---

(16) Ciertamente, como señala el propio Roxin, la doctrina penalista interpretó el planteamiento de von Liszt como la imposición de una tajante separación entre una y otra disciplina, lo cual limitó en considerable medida las posibilidades de rendimiento de la Dogmática. ROXIN, Claus: *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*. Traducción de MUÑOZ CONDE, F. Madrid, 1981: «El principio aparentemente férreo de Liszt «El Derecho penal es la infranqueable barrera de la Política Criminal» impide a la dogmática frecuentemente todavía hoy, hacer fructíferos los conocimientos político-criminales en la interpretación del Derecho vigente en la medida que sería necesario» (p. 169). «Pero la frase de Liszt ha sido entendida siempre por la tradición alemana en un sentido mucho más amplio, que quizá fuera también su sentido originario, como una oposición generalizada a la consideración de las finalidades político-criminales en la aplicación del Derecho penal. Ello ha conducido a que la dogmática alemana en el pasado, fascinada por las cambiantes corrientes filosóficas del naturalismo (p. 199), de la filosofía neokantiana de los valores, del ontologismo y del Derecho natural, no haya entendido nunca la Política criminal como una aliada de la jurisprudencia, sino como el polo opuesto del que había que defenderse. Creo que esto es un defecto, pues si el Derecho penal debe sin duda su nacimiento a las finalidades político-criminales del legislador, sólo puede ser entendido y correctamente interpretado como un instrumento para la realización de estas finalidades y no —o por lo menos no exclusivamente— como un poder opuesto» (pp. 198 y 199).

procura llevar a cabo una política de plena igualdad de los ciudadanos, otorgándoles a todos ellos los bienes materiales suficientes para que su dignidad y desarrollo moral sean los propios de la imagen del ser humano de la cultura occidental de ese tiempo. Sin embargo, frente al Estado intervencionista del primer tercio del siglo xx, que degenera a la izquierda y a la derecha en posiciones ideológicas autoritarias o totalitarias, se quiere seguir manteniendo la estructura democrática tradicional del liberalismo, con el pleno respeto a los derechos humanos y a las libertades públicas. Quiero decir con ello que Claus Roxin también es hijo de su tiempo, y cuando presenta su propuesta sistemática, es cuando mayor auge ha alcanzado el Estado social y democrático de Derecho (que comienza a decaer con la crisis de 1973) (17). Esta integración de los aspectos de intervencionismo solidario con la tutela de las garantías del ciudadano dentro de una estructura transparente y democrática del poder público, determinaría una nueva concepción de las relaciones entre Derecho penal y Política Criminal que afectaría decisivamente a la metodología de aquél (aspecto más resaltado por la doctrina) y al contenido de ésta (aspecto que ha pasado más inadvertido para los penalistas, y que interesa más en este trabajo).

Y en efecto, lo que aparece como un avance reconocido por todos, es que Roxin realiza un planteamiento de la elaboración y del estudio del sistema penal en el que se toman en consideración las repercusiones político-criminales de cada concepto, de cada principio y de cada institución. Pero ha permanecido más oculta hasta ahora (el propio Roxin tampoco le ha dedicado mucha atención a la cuestión) la

---

(17) No me resisto a mostrar un breve fragmento del autor en el que se refleja su compromiso a elaborar sus ideas penales con el espíritu que encarna la época de los setenta en la República Federal Alemana: «La reducción del Derecho penal a lo que se llama “protección subsidiaria de bienes jurídicos”, o sea, a la punición de los daños sociales que no se puedan evitar de otro modo, coincide al milímetro con el caso de cualquier orden de valores éticos reconocido de modo general, con las modificaciones en la práctica del comportamiento sexual de ambas capas de la población y con la evolución de las correspondientes ciencias empíricas. Y la exigencia general de reducción del Derecho penal armoniza perfectamente con la tendencia a una cierta (y por lo demás simpática) laxitud permisiva, que también se puede constatar fuera del campo de lo jurídico desde finales de los años sesenta. Así pues, el cambio del pensamiento jurídico-penal del que acabo de describir aquí un pequeño fragmento, se limita a reflejar en su ámbito el cambio hacia una sociedad abierta y pluralista que se había producido con una cierta vehemencia en la República Federal hacia los años sesenta. En ese sentido, también la ciencia del Derecho, como decía Hegel de la filosofía (y más concretamente, refiriéndose –lo que es muy significativo– a la filosofía del Derecho), no es sino «su época aprehendida y plasmada en ideas». ROXIN, Claus: *Iniciación al Derecho penal de hoy*. Traducción de MUÑOZ CONDE, M. y LUZÓN PEÑA, D. M. Sevilla, 1981; p. 136.

nueva situación en que quedaba la Política Criminal. Y vuelvo a repetir, es éste uno de los puntos que necesita de mayor aclaración en este texto que se viene elaborando.

Si el Estado social no es incompatible con el Estado de Derecho, todo lo contrario, modernamente no se puede concebir el uno sin el otro, tampoco la Política Criminal (aspecto más intervencionista desde el prisma del poder público) puede ser contemplada sin que en ella misma se considere la incidencia de su actuación en la esfera de derechos del ciudadano. Es decir, una Política Criminal democrática no puede tender exclusivamente a la lucha contra el crimen pensando que fuera de ella existe un sistema jurídico-penal que va a limitar sus excesos. La cara del pensamiento roxiniano reflejaba la construcción del modelo teórico del Derecho penal con base en la repercusión político-criminal de cada categoría. La cruz representa a la Política Criminal limitada a sí misma, pues en su seno también se toma en consideración el haz de garantías del sospechoso, acusado o condenado que antes quedaba en manos del Derecho penal.

Esto implica una ampliación del objeto de la Política Criminal, que ya no puede quedar circunscrito exclusivamente a los modelos y estrategias de lucha contra el crimen, como se había defendido tradicionalmente. Por eso señala Roxin, como quedó reflejado en el apartado anterior, que el objeto principal de la Política Criminal queda ahora conformado por «... la cuestión de cómo debe tratarse a las personas que atentan contra las reglas básicas de la convivencia social y con ello lesionan o ponen en peligro al individuo o a la comunidad...». Téngase presente la diferencia del planteamiento. No se pone el acento exclusivamente en el potencial energético del poder público para enfrentarse al fenómeno criminal, sino que se atiende primordialmente a la problemática de la persona que perpetra el delito. El cambio de perspectiva, pues, no es ajeno a la consideración del Estado social y democrático de Derecho, como pone de manifiesto el autor desde un principio (18).

Para Roxin, por tanto, en un Estado de Derecho la Política Criminal se limita así misma, pues sólo puede pretender luchar contra el fenómeno delictivo desde parámetros de legalidad y respeto a las ga-

---

(18) «La vinculación al Derecho y la utilidad político-criminal no pueden contradecirse, sino que tienen que compaginarse en una síntesis, del mismo modo que el Estado de Derecho y el Estado social no forman en verdad contrastes irreconciliables, sino una unidad dialéctica: un orden estatal sin una justicia social, no forma un Estado material de Derecho, como tampoco un Estado planificador y tutelar, pero que no consigue la garantía de la libertad como en el Estado de Derecho, no puede pretender el calificativo de constitucionalidad socioestatal». ROXIN: *Política Criminal y sistema de Derecho penal... op. cit.*, p. 34.

rantías de todos los ciudadanos. Entendida así, la Política Criminal ya no puede frenarse por barreras externas como el Derecho penal, el Derecho procesal penal o el Derecho constitucional, sino que se restringe desde su propia función. Pues al igual que hablamos de una Política Criminal que le corresponde al Estado liberal, también podemos considerar una Política Criminal propia del Estado social y democrático de Derecho. Y en consecuencia, también desde la perspectiva de la misma Política Criminal, los principios clásicos del Derecho penal entran a formar parte de su estructura fundamental (19). Y viceversa, el moderno Derecho penal no sólo se circunscribe al ámbito de consagración de las garantías del sujeto ante el poder punitivo del Estado, sino que se constituye en sí mismo como un mecanismo eficaz de lucha contra el crimen (20).

---

(19) No sólo la Dogmática toma de la Política Criminal bases metodológicas para acercar sus respuestas a la realidad y a la solución práctica y racional de los conflictos humanos. La Política Criminal también considera ahora como propios algunos principios que han conformado el Derecho penal clásico. Así, por ejemplo, el principio del *nullum crimen sine lege* también es considerado como un postulado políticocriminal que refleja un mandato de una lucha eficaz contra el crimen. No constituye sólo un elemento de la prevención general, sino también la delimitación legítima del poder estatal, lo cual integra por sí mismo un importante objetivo de la Política Criminal de un Estado de Derecho. De la elaboración sistemática de los requisitos del Estado de Derecho no se desprende, por tanto, ningún argumento a favor del enfrentamiento entre el Derecho penal y la Política Criminal o contra la sistematización según el punto de vista directivo de la Política Criminal. ROXIN, Claus: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Band I. Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre. 3.<sup>a</sup> ed. München, 1997; p. 174, núm. 69. También son suficientemente claras las siguientes referencias del autor: «De esta forma, por política criminal entiendo, a diferencia por ejemplo de Liszt, no sólo la elección de las sanciones preventivo especiales (o incluso para otras concepciones fundamentales, preventivo generales) más eficaces para la prevención del delito, sino también el conjunto de los aspectos fundamentales que según nuestra Constitución y el Código penal deben presidir la fijación y desarrollo de los presupuestos de la penalidad así como las sanciones. De esta forma, también los elementos limitadores de nuestro Ordenamiento jurídico penal, como el principio *nullum crimen* o el de culpabilidad, son parte de la política criminal del Estado de Derecho». «Conforme a la situación jurídica y constitucional actual, la política criminal no tiene por objeto la lucha contra la criminalidad a cualquier precio, sino la lucha contra el delito en el marco de un Estado de Derecho. Los componentes limitadores de la reacción pertenecen, por tanto, como ya se subrayó al principio, a la política criminal y dogmáticamente tienen que resultar tan provechosos como sus orientaciones preventivas». ROXIN, Claus: *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*. Traducción de GÓMEZ RIVERO, C., y GARCÍA CANTIZANO, M. C. Valencia, 2000; pp. 58 y 70.

(20) ROXIN, Claus: «Franz von Liszt y la concepción políticocriminal del Proyecto Alternativo» en *Problemas básicos del Derecho penal*. Traducción de LUZÓN PEÑA, D. M. Madrid, 1976; p. 59: «El Derecho penal sirve simultáneamente para limitar el poder de intervención estatal y para combatir el delito. Protege, por tanto, al

En cuanto al modo de hacer frente a la criminalidad, Roxin lo contempla desde el prisma casi exclusivo de la prevención del delito. Reconociendo que el Derecho penal no es la única ni la mejor forma de combatir al crimen (temática que se abordará más adelante), el Profesor de la Universidad de Múnich niega cualquier fundamento represivo o reactivo de la sanción penal. Desecha a estos efectos las tesis clásicas que ven en la pena la retribución del delito, o sea, el castigo por el mal causado. La función del Derecho penal se basaría en el mantenimiento de la coexistencia social a través de la protección de los bienes jurídicos más relevantes para hacer posible esa convivencia humana (21). Y dicha protección subsidiaria de bienes jurídicos se llevaría a cabo a través de la prevención especial y de la prevención general de delitos, cometido que se le atribuye a la consecuencia jurídica fundamental del injusto culpable, la pena (22).

Y en efecto, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos que se le atribuye al Derecho penal, aparece como uno de los fundamentos político-criminales del entero sistema jurídico, en la medida en sólo es legítima la reacción del poder punitivo del Estado ante comportamientos que violen los valores o condiciones sustanciales de libertad de los individuos necesarios para el mantenimiento de la pacífica vida social. Conductas humanas perturbadoras de un determinado orden religioso, ético, ideológico o estético, si no afectan a las

---

individuo de una represión ilimitada del Estado, pero igualmente protege a la sociedad y a sus miembros de los abusos del individuo. Estos dos componentes –el correspondiente al Estado de Derecho y protector de la libertad individual, y el correspondiente al Estado social y preservador del interés social incluso a costa de la libertad del individuo–, si se les hace objeto de abstracción conceptual, implican rasgos antinómicos. Quien los quiera fundir, como requiere la naturaleza de las cosas, en una concepción político-criminal, debe poseer la fuerza de integración de tendencias opuestas y renunciar a la ejecución lineal de un único principio conceptual».

(21) En la tercera edición del tomo primero de su tratado de Derecho penal, Roxin sigue manteniendo esta posición. Hago una traducción un tanto libre de sus palabras. ROXIN: *Strafrecht. Allgemeiner Teil... op. cit.*, p. 11, núm. 1 («El concepto material de delito, por tanto, es previo al Código penal y aporta al legislador un criterio político-criminal de aquello que puede castigar y de aquello que debe dejar impune. Su delimitación deriva de la misión del Derecho penal, que aquí se entiende como “protección subsidiaria de bienes jurídicos”»).

(22) Sobre los fines de la pena de prevención especial y general limitados por la culpabilidad del autor, en la obra que acabo de citar, ROXIN: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I... op. cit.*, p. 62, núm. 55 («La teoría de la pena que aquí se ha reflexado, puede resumirse, por tanto, de la forma siguiente. La pena sirve a los fines de prevención especial y prevención general. Aunque su límite máximo no puede superar la medida de la culpabilidad, sin embargo puede quedar por debajo de esta medida en tanto que las necesidades preventivo-especiales así lo requieran y no se opongan a las exigencias mínimas de la prevención general»).

bases de la coexistencia humana, no pueden ser calificadas como delitos ni sancionadas con las más graves consecuencias jurídicas (23).

Y la forma más racional de respetar ese orden pacífico de la convivencia humana frente a las agresiones que la pongan en riesgo es a través de la sanción penal. Pero dotándole a ésta de una función político-criminal específica, fuera de la persecución de fines trascendentales (24) que en nada ayudarían a legitimar las perniciosas consecuencias de su imposición a los ciudadanos infractores (25). La

---

(23) «En último término, el empleo del concepto –bien jurídico– en la definición del fin de la pena... quiere expresar además un ulterior principio programático político-criminal, a saber: la tesis de que no es la reprobabilidad moral de una conducta, sino únicamente su cualidad de factor perturbador del orden pacífico externo –cuyos elementos garantizadores se les llama bienes jurídicos– lo que puede acarrear la imposición de penas estatales». ROXIN: «Franz von Liszt y la concepción político-criminal del Proyecto Alternativo» en *Problemas básicos del Derecho penal...* *op. cit.*, p. 45.

(24) «El Derecho penal de la era moderna ha partido de una posición que sólo conocía la pena retributiva, y esta pena estaba justificada mayormente de manera filosófica o teológica, tal como en Alemania lo hicieron los sistemas idealistas de Kant y Hegel y también la Iglesia, concibiendo el juicio penal como la ejecución en representación de la sentencia judicial divina. Por el contrario, el Derecho penal del futuro se vuelve un factor de ordenación social totalmente secularizado, teniendo por objetivo llevar a una síntesis el aseguramiento de la paz, la previsión de existencia y la conservación de la libertad ciudadana». ROXIN, Claus, *Dogmática Penal y Política Criminal*. Traducción de ABANTO VÁSQUEZ, M. Lima, 1998; p. 463.

(25) «Esta Política criminal plantea como objetivo del Derecho penal la creación de un sistema de reglas que facilite a los ciudadanos una convivencia protegida y libre desarrollo de su personalidad. Las privaciones de libertad que no sean una condición indispensable para la coexistencia pacífica, se tienen que suprimir. El carácter despreciable, en el sentido moral, de un comportamiento no legitima por lo tanto la penalización, hasta que no vulnere los derechos de alguna persona y, en consecuencia, perturbe la paz social. Solamente se debe emplear el Derecho penal, ya que se trata del medio de reacción jurídica más severo, cuando la paz social no se pueda restablecer con medidas menos incisivas. El Derecho penal es por lo tanto de carácter subsidiario. El sentido del Derecho penal tampoco debe residir en un principio irracional como la venganza, ya que ésta no cambia en nada el delito cometido. La función de la penalización solamente puede ser preventiva, es decir, que tiene la finalidad de prevenir futuros delitos y eliminar el conflicto social provocado por el acto». ROXIN, Claus: «Contestación» en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Edit.): *Política criminal y nuevo Derecho penal: Libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona, 1997; p. 37. «La mejor política criminal consiste, por tanto, en conciliar de la mejor forma posible la prevención general, la prevención especial orientada a la integración social y la limitación de la pena en un Estado de Derecho». «El fundamento de esta sistemática y dogmática reside, por decirlo de nuevo muy resumidamente, en la política criminal que defendiendo, que se basa en los tres pilares de la prevención general, prevención especial y limitación de la pena por razones de Estado de Derecho». ROXIN: *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal...* *op. cit.*, pp. 34 y 50.

pena, por tanto, es concebida como un instrumento que el Estado pone en manos de la Administración de Justicia que coadyuva, junto con otras medidas, a prevenir futuros ataques perturbadores de la libertad dentro de un determinado orden social (26). Esa prevención se realiza en el Estado social de Derecho, principalmente a través de la denominada prevención general y la prevención especial de delitos. Sin embargo, ambas formas de fundamentación de la actuación punitiva en vistas a evitar en el futuro nuevos hechos punibles, tienen una diferente dimensión a la concebida por la visión tradicional. La prevención general, más que intimidatoria (como compulsión psicológica que incide en el resto de la ciudadanía a no delinquir ante la imagen de las nefastas consecuencias de la condena a un ciudadano declarado culpable), es concebida positivamente (en el sentido de que el resto de la ciudadanía continuará respetando el ordenamiento jurídico al comprobar que el funcionamiento de las instituciones del sistema penal facilita la paz social frente a insoportables perturbaciones). Y la prevención especial, en esta misma línea de pensamiento, quedaría contemplada más bajo los aspectos de la reintegración social del individuo, intentando recuperarlo para la comunidad, que tras la faz negativa que vería en la ejecución de la condena un escarmiento para evitar futuras reincidencias. Es así como se pretende buscar ese difícil equilibrio en la lucha contra el crimen, entre libertad y respeto a las garantías del individuo, y seguridad ciudadana (27).

---

(26) «Las consideraciones preventivo generales para la fundamentación y la medida de la pena serían ilegítimas si se partiese de que el Derecho penal y la pena no tienen efectos preventivos generales. Porque una política criminal (p. 87) razonable depende de las repercusiones sociales reales de las medidas de control. También aquí reside la diferencia con la teoría sistémica funcionalista que “desplaza” las consideraciones empíricas sobre la eficacia del Derecho penal, porque la pena “significa” el restablecimiento de la identidad social, incluso cuando no consiga nada desde el punto de vista empírico». ROXIN: *La evolución de la Política criminal... op. cit.*, pp. 86 y 87.

(27) «Mi concepción es la siguiente: fin de la pena es exclusivamente la prevención, y ciertamente tanto la prevención general como la especial. Al respecto la prevención general hay que entenderla no en primer lugar como prevención intimidatoria negativa, sino como “prevención integradora” positiva. Esto significa: la pena no debe retraer a través de su dureza a los autores potenciales de la perpetración de delitos (p. 47) –un tal efecto sólo se puede esperar de una ilustración rápida y efectiva sobre el delito–, sino que ella debe restaurar la paz jurídica, en cuanto da al pueblo la confianza, que su seguridad está salvaguardada y que las reglas reconocidas de la convivencia humana pueden reafirmarse en contra de perturbaciones graves. El Derecho penal en este entendimiento es un factor integrador social, en cuyos efectos también se incluye al autor, pues con el castigo se soluciona el conflicto social producido a través del hecho, de modo que el autor puede ser integrado socialmente». ROXIN: *Política criminal y estructura del delito... op. cit.*, pp. 46 y 47.

#### IV. POLÍTICA CRIMINAL COMO ACTIVIDAD POLÍTICA Y POLÍTICA CRIMINAL COMO TEORÍA

La Política Criminal se puede concebir como una de las manifestaciones de la actividad del poder público en relación con la criminalidad o como conjunto de conocimientos que aportan argumentos y principios para prevenir y disminuir la presencia del delito (28).

En el primer caso estamos ante la Política Criminal como un ámbito de lo político. En efecto, la política, que hace referencia a la forma de gobierno del Estado, y que está relacionada con la gestión, desde una determinada esfera de poder, de los asuntos públicos, se presenta a través de muy diversas manifestaciones atendiendo a la parcela de la actividad objeto de su administración. Así, hablamos de política sanitaria para reflejar la forma de organización del sistema de salud en la comunidad, de política educativa cuando se quiere expresar la concepción en materia de distribución racional de los diferentes estadios de la estructura académica en el ámbito de la educación (infantil, primaria, secundaria, universitaria) o de política económica cuando se trata de ofrecer una perspectiva de la gestión de los diferentes recursos económicos que compete al poder público (modo de entender la intervención del Estado, la libertad de empresa, las relaciones laborales y el sistema de Seguridad Social, sistema impositivo o de subvenciones, etc.).

Una de esas formas de exteriorización de la política es la denominada política criminal. Desde este entendimiento, la política criminal designa al planteamiento que desde el ámbito público, desde el propio Estado, se establece para tratar y hacer frente al fenómeno criminal. La seguridad ciudadana, los derechos de los sospechosos, procesados o condenados, el sistema de justicia o la delincuencia juvenil, entre muchos otros, son algunos ámbitos de la vida social que necesitan una respuesta por parte de los poderes públicos. La presentación de estas problemáticas, la argumentación utilizada en las propuestas de solución, la base ideológica que explica las respuestas que se aportan, constituyen un marco de decisión que se halla dentro de *lo político*. Y

---

(28) Sobre esta problemática, ya me he pronunciado, con anterioridad a este trabajo. En estas primeras ideas introductorias, seguiré aquello que ya he manifestado por escrito. BORJA JIMÉNEZ: *Curso de Política Criminal... op. cit.*, pp. 21 y ss. Una magnífica exposición sobre estas dos manifestaciones de la Política Criminal en el excelente trabajo de ORTIZ DE URBINA GIMENO, I.: *La referencia político-criminal en el Derecho penal contemporáneo. (¿Es el Derecho penal la barrera infranqueable de la política criminal, o se orienta por ella?)*. Libro Homenaje al Prof. Dr. Luis Felipe Ruiz Antón. En prensa. Utilizo una versión informática proporcionada por el autor.

así, desde este punto de vista político, la política criminal ha sido entendida como un *sector de la política* que está relacionado con la forma de tratar la delincuencia. Es decir, se trata de un ámbito de decisiones, de criterios, de argumentaciones que se postulan en el plano teórico o práctico para dar respuesta al fenómeno de la criminalidad.

Pero cuando se habla de Política Criminal con mayúsculas, se está haciendo referencia a una *disciplina*, a una rama del saber, a un sector del conocimiento. Aquí la Política Criminal se concibe como teoría, y estudia la orientación y los valores que sigue o protege, o que debiera seguir o proteger, la legislación penal entendida de forma amplia (material y procesal), o el conjunto de medidas administrativas o sociales que inciden sobre la criminalidad. Evidentemente, desde esta perspectiva, no interesa sólo el examen de las orientaciones político-criminales seguidas por el legislador y el poder público en general, sino también su adecuación a los valores y al concreto modelo social y político que se defiende.

Entendida bajo esta dimensión, la Política Criminal constituye un conjunto de conocimientos, de argumentos y de experiencias que se relacionan especialmente con el Derecho penal desde una doble vertiente (aunque no sólo con el Derecho penal). Por un lado, como se acaba de señalar, estudia las orientaciones políticas, sociológicas, éticas o de cualquier otra índole que se encuentran en cada institución del vigente Derecho penal. Y, por otro lado, aporta criterios teóricos, de justicia, de eficacia o de utilidad que van dirigidos al legislador para que lleve a cabo las correspondientes reformas de las leyes penales de forma racional, satisfaciendo los objetivos de hacer frente al fenómeno criminal salvaguardando al máximo las libertades y garantías de los ciudadanos. Desde este prisma, la Política Criminal es considerada como una forma de concepción del fenómeno criminal, complementaria a la visión que de éste proporciona la Dogmática penal o la Criminología. Se habla, por tanto, de Política Criminal en este segundo sentido, como teoría, como disciplina académica, como sector del conocimiento cuyo objeto es el fenómeno criminal y la legislación que lo contempla, si bien su estudio se plantea desde parámetros diferentes al jurídico (Derecho penal) o al empírico (Criminología) (29). El método de análisis, por el contrario, está más cercano a la Sociología, o, incluso, a las Ciencias Políticas.

---

(29) Esta ubicación de la Política Criminal, como disciplina, entre el Derecho penal y la Criminología, es aceptada con carácter general por la doctrina penalista. A título de ejemplo, MIR PUIG, S.: *Derecho penal. Parte General*. 5.<sup>a</sup> edic. Barcelona, 1998; pp. 5 y ss., 14 y ss. CUELLO CONTRERAS, J.: *El Derecho penal español. Parte General. Nociones introductorias. Teoría del delito*. Madrid, 2002; p. 37.

En la breve definición de Política Criminal que nos aporta Roxin, se toman en consideración estas dos dimensiones. Pues, por un lado, se nos dice que como forma de la política, trata de hacer valer determinadas ideas e intereses; y por otro lado, como teoría, busca desarrollar una decidida estrategia de lucha contra el crimen. En varios pasajes de su obra encontramos diferenciaciones similares, pero hay que reconocer que al autor alemán le interesa fundamentalmente el estudio del aspecto más teórico y científico, y además, el más vinculado a la Dogmática penal (sobre este último aspecto volveré al final del presente apartado). Y aquí nos encontramos, de nuevo, ante uno de los escollos que han querido evitar los penalistas para no naufragar en cuestiones meramente ideológicas.

En efecto, si estudiamos la política criminal exclusivamente desde la esfera de poder, en atención al conjunto de ideas e intereses que se despliegan en la actuación de la Administración de Justicia (entendida en sentido amplio, abarcando las instituciones policiales), nos podemos encontrar ante un debate político que dependerá en última instancia de las convicciones ideológicas del intérprete o del dogmático. Esta consideración «política» se contrapone a la construcción «científica» perseguida por los juristas, especialmente en una disciplina tan elaborada como la ciencia penal. Ya hemos visto que Roxin no renuncia al sistema precisamente porque teme que el mero pensamiento problemático y la resolución sencillamente tópica y coyuntural de los conflictos que han de ser objeto de la norma penal, pueda resultar ausente de criterio general de racionalidad, equidad, y, por qué no decirlo, justicia. Pero tampoco quiere prescindir (porque es imposible hacerlo) de una base ideológica fuerte, clara, amplia, en la cual puedan converger diferentes planteamientos políticos. Esa base, como ha quedado claramente reflejado en pasajes que ya se expusieron en otros momentos, viene representada por los principios de configuración del Estado social de Derecho (30). De ahí que Roxin a lo

---

(30) Esa referencia política es una constante en el autor alemán. No me resisto a mostrar una de esas exteriorizaciones en las que se representa este aspecto ideológico señalado en el texto: «Pero lo que aquí importa solamente es retener la idea fundamental de que resocialización, y protección liberal y correspondiente al Estado de Derecho, de la libertad no se oponen sino que se condicionan entre sí. Un Derecho penal retributivo clásico no sólo es enemigo de la resocialización sino que también es como consecuencia de su estructura represiva, perjudicial para la libertad individual y su desarrollo, y un puro Derecho de medidas sin las garantías del Estado de Derecho no sólo violenta al sometido a él, sino que tampoco puede ser provechoso con sus métodos de ilimitada acomodación coactiva para una sociedad democrática y liberal. La dialéctica de individuo y sociedad, que se manifiesta en los correspondientes al Estado social, sólo puede ser superada mediante una síntesis que preserve sin

largo de toda su obra haya desarrollado su concepción político-criminal como criterio metodológico de interpretación y sistematización del Derecho penal, para dar sentido al sistema (31). Pero yo quiero huir a lo largo de este trabajo del sistema y de la Dogmática penal al que siempre me arrastran las investigaciones del profesor alemán. Veamos, una vez más, lo que queda escondido, la vertiente político-criminal más pura.

En un apretado resumen de lo dicho hasta ahora, llegamos a la conclusión de que el autor alemán parte de una concepción ideológica (amplia) sobre la que sustenta el sistema de Derecho penal utilizando como criterio metodológico la orientación teleológica hacia valores de naturaleza político-criminal. Roxin se preocupa poco de la política criminal «con minúsculas», como manifestación de la política del Estado. Fuera de su participación en la elaboración del Proyecto Alternativo, y en otras comisiones de reforma penal, su actividad científica se ha centrado en la Dogmática penal y no en la Política Criminal como sector del conocimiento independiente de aquélla. Pero esto no significa que se desconozcan estas otras manifestaciones. De hecho, en algunos momentos aislados encontramos interesantes distinciones que pasan ahora a ser examinadas, si bien con cierta brevedad.

Se distingue en este sentido entre política criminal y política jurí-

---

deformaciones ambos polos de la existencia humana. Un –Estado de Derecho– que abandone al individuo a sí mismo (o a una abstracta retribución) en vez de ayudar al necesitado, conduce a la opresión y eliminación del débil y un –Estado social– que desprecie la libertad del individuo, utiliza de modo muy similar al Derecho penal para lograr una tutela manipuladora de aquél, en vez de hacerlo para fomentar el desarrollo de su personalidad. Por consiguiente, la fórmula empleada por nuestra Ley Fundamental del –Estado social de Derecho– no es un mero aglutinamiento de principios heterogéneos, sino que por el contrario designa dos partes de un todo que correctamente se considera inseparable. En el intento de trasladar esos conocimientos lo más puramente posible a la legislación en el campo del Derecho penal radica a mi entender la actualidad y el peculiar –mensaje– (p. 66) del PA». ROXIN: *Franz von Liszt... Problemas básicos del Derecho penal... op. cit.*, pp. 65 y 66.

(31) Esta deducción la extraemos del conjunto de sus trabajos y conferencias. Cito ahora un pasaje relevante por el acto y el momento en que se pronunció. «Un sistema es, según Kant, «La unidad de diversos conocimientos bajo una sola idea», una «integridad del conocimiento ordenada según principios». La idea principal, a cuya elaboración nos hemos dedicado durante un largo período, se dirige hacia un concepto que no subordine la totalidad de los conocimientos científicos del Derecho penal al dominio de una ideología o de una visión del mundo determinadas, tal como ocurrió tantas veces, ni tampoco se deduzca de una filosofía, teología o moral concretas. *Nuestro afán era más bien convertir los principios de la política criminal moderna en el soporte de la formación de una teoría y de un sistema de Derecho penal*» (el subrayado es nuestro). ROXIN: «Contestación», en *Libro homenaje a Roxin...* *op. cit.*, p. 37.

dica. Existen determinadas instituciones de Derecho penal que no están orientadas por fines de prevención o tratamiento del delito, sino por otros criterios de interés general o de política internacional fuera de estas consideraciones. Tal sería el caso, según el autor, de algunas condiciones objetivas de punibilidad o de algunas causas personales de exclusión de la pena, cuyo fundamento no se encontraría en las funciones preventivas propias del Derecho penal, sino que iría a situarse en el asiento de las razones propias de la conveniencia política y de los intereses generales del Estado. Estas instituciones formarían parte de la política jurídica y no de la política criminal (32).

También se nos habla de una política criminal en sentido amplio (33) y de una política criminal en un sentido más estricto, que

---

(32) «Frente a esto, categorías como las condiciones objetivas de penalidad, las causas personales de anulación y exclusión de la pena reciben su contenido no de consideraciones *político-criminales*, sino de criterios *político-jurídicos* generales independientes de ellas. El que la inmunidad de los diputados o la falta de reciprocidad en los delitos contra Estados extranjeros impidan un castigo no se deriva de la misión del Derecho penal, sino del interés en la capacidad de funcionamiento de nuestro Parlamento y de los intereses políticos del tráfico internacional». «Visto esto así, es indiscutible que el desistimiento en la tentativa no es un problema político jurídico en general, sino un específicamente político-criminal». ROXIN: *Política criminal y sistema de Derecho penal... op. cit.*, p. 71 (el subrayado es nuestro).

(33) En pocas ocasiones se advierte la referencia del autor a las políticas sociales como estrategia de lucha contra el fenómeno criminal (política criminal en sentido amplio). Ello no se explica porque el autor no reconozca esta manifestación, sino, simplemente (como hemos reiterado en tantas ocasiones), porque desde el punto de vista metodológico le interesa mucho más su incidencia en la construcción del sistema de Derecho penal. Se refleja, no obstante, uno de esos escasos reconocimientos: «Incuestionablemente, los autores del PA se consideran albaceas testamentarios de estas palabras de Liszt... “la política social actúa, como medio de combatir el delito, de modo incomparablemente más profundo e incomparablemente más seguro que la pena y que cualquier otra medida emparentada con ella”... Tan pronto como esté acabada la Parte especial del PA, se manifestará en toda su extensión el imponente trabajo que a este respecto aún tiene ante sí el legislador: la –huida al Derecho penal– frecuentemente no significa sino que la sociedad elude sus tareas creadoras de tipo político-social. Aludir a ello y delimitar de modo autocrítico las propias posibilidades de actuación es también un deber de la ciencia del Derecho penal». ROXIN: *Problemas básicos del Derecho penal... op. cit.*, p. 45. En otra de sus obras (*La evolución de la política criminal... op. cit.*, pp. 91 y ss.), a este concepto amplio le denomina «política legislativa»: Naturalmente, y en esto consiste el acierto relativo de la Escuela de Frankfurt, en la medida en que nuestra legislación se mueve fuera del «núcleo del Derecho penal» es menos satisfactoria. Le falta una elaboración suficiente desde el punto de vista de la política legislativa y de la dogmática penal. Desde la óptica de la política legislativa, tendría que examinarse con más atención si la renuncia a determinadas posibilidades o el recurso a medios de control de naturaleza no penal puede ser más efectiva que un precepto penal respecto de los daños que amenazan

quedaría limitada al marco del Derecho penal formal y material (34). La primera abarcaría el conjunto de medidas destinadas a prevenir el fenómeno criminal y a tratar a la persona del infractor (sociales, económicas, administrativas, etc.), mientras que la segunda sólo tomaría en consideración, entre todas ellas, las estrictamente penales.

Dentro de esta última, denominada de igual forma «política penal», el autor nos distingue entre política criminal «legislativa» y política criminal «dogmática» (35). En la primera se tendrían en cuenta las razones y criterios que guiaron al legislador en la elaboración de la ley penal como instrumento de tratamiento del delito y de su autor, si bien estas razones y criterios pueden quedar expresados bajo contornos muy generales, difusos, vagos e inconcretos (36). En la segunda, sin embargo, el operador jurídico, atrae en la tarea de interpretación y aplicación de esa ley penal, la referencia político-criminal para

---

producirse. La renuncia a la energía atómica es más efectiva que la lucha jurídico penal de (p. 92) los peligros atómicos y un control preventivo puede ser más eficaz que el castigo penal».

(34) «El Derecho penal es más bien la forma en la que las finalidades político-criminales se transforman en módulos de vigencia jurídica». ROXIN: *Política criminal y sistema de Derecho penal... op. cit.*, p. 77.

(35) «Claro que esto no significa que la Política Criminal dogmática y la Política Criminal legislativa tengan las mismas competencias: tal consideración equipararía el juez al legislador y atentaría contra el principio de legalidad y el de división de poderes. Más bien es la dogmática (también la sistemática de la teoría general del delito) quien ha de atraer a la Política Criminal al ámbito de la ley, esto es, dentro de los límites definidos por la interpretación... Pero por otra parte esta vinculación deja libertad a una dogmática argumentativa político-criminalmente para el desarrollo de nuevas perspectivas. Pues el legislador ha regulado ya en la Parte General muchas materias bajo contornos muy vagos, o ni tan siquiera las ha llegado a regular, de tal forma que aquí se ha dejado a la dogmática casi toda la (tarea de) conversión de los principios directivos del Derecho penal a derecho aplicable». ROXIN: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I... op. cit.*, p. 175, núms. 71 y 73.

(36) «De esto es correcto que la dogmática penal solamente tiene que ver con una parte muy limitada de todo el campo de la política criminal. El punto central de ésta radica en la legislación –en tal medida, entonces, fuera de la jurisprudencia en sentido estricto– y en el Derecho sancionador... Pero en realidad sucede que la ciencia penal tiene que concretar y elaborar hasta el detalle las decisiones de política criminal del legislador, las cuales, naturalmente, pueden ser recogidas en la ley solamente como directivas muy generales. Luego, el dogmático penal constituye el ayudante realizador político-criminal del legislador, que tiene que desarrollar las pautas directivas de éste y, al hacerlo, puede llegar a obtener conocimientos que se correspondan con las intenciones del legislador, sin que tenga que ser consciente de ello. Entonces, de ninguna manera la fidelidad al derecho y la labor creadora dogmática y político-criminal se excluyen mutuamente». ROXIN, Claus: *Normativismo, política criminal y empirismo en la dogmática penal*. Conferencia inédita proporcionada por el autor, dictada en México en octubre de 2002. Traducción de ABANTO VÁSQUEZ, M. (p. 8).

adaptar a la realidad concreta las exigencias del ordenamiento jurídico en la resolución del caso puntual. Se atribuye entonces al que aplica o interpreta la ley penal la función de extraer los factores político-criminales que subyacen en el marco del contexto de su vigencia para manejarla de forma más comprensible, racional y eficaz (37). En otras ocasiones, se hace referencia a la locución «política criminal legislativa» en el sentido de orientación que ha de seguir la reforma penal en la respuesta que se le quiere otorgar a un determinado conflicto social en el marco de la seguridad ciudadana o de los derechos del ciudadano con relación al fenómeno criminal (38).

Estas últimas diferenciaciones nos llevan a un punto al que Claus Roxin le otorga gran relevancia. Éste que relaciona a la política criminal con la realidad social, con la búsqueda de la resolución satisfactoria del conflicto social, con la decisión justa ante los problemas que se presentan en el sistema penal.

## V. POLÍTICA CRIMINAL Y REALIDAD SOCIAL. POLÍTICA CRIMINAL Y JUSTICIA

A lo largo de la obra de Claus Roxin, cuando se nos presenta una teoría, un concepto o un principio que resulta nuclear para la elaboración de su sistema penal, observamos que siempre se pretende que la respectiva categoría tenga virtualidad político-criminal, que sea adecuada político-criminalmente, o que responda a necesidades político-criminales. Y es entonces cuando surge la cuestión: ¿Qué se quiere decir con estas referencias abstractas al ámbito político-criminal? Voy a intentar contestar a esta pregunta a lo largo del presente apartado.

En una primera aproximación, sobre todo a raíz de sus planteamientos originales, parece deducirse que el autor alemán entiende lo político-criminal, junto a lo criminológico, ubicado en un plano distinto al de la dogmática clásica, que se centra en la elaboración del

---

(37) ROXIN: *Normativismo, política criminal y empirismo en la dogmática penal...* op. cit., p. 6: «En lo que se refiere a la objeción de la falta de certeza, por supuesto que el intérprete no debe sobreponer su propia política criminal a aquélla en la que se basa el Derecho vigente. Su tarea consiste más bien en hacer visibles las reglas político-criminales del legislador que se deben extraer del ordenamiento jurídico y sobre todo del Código penal, y hacerlas fructíferas para la interpretación».

(38) ROXIN, Claus: «Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft», en ESER, ALBIN (direc.)/HASSEMER, WINFRIED (direc.)/BURKHARDT, BJORN (direc.): *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende: Rückbesinnung und Ausblick*. München, 2000; pp. 369 y ss., 387.

sistema desde parámetros lógico-deductivos y abstractos. Ese ámbito político-criminal y criminológico, por el contrario, parece hallarse en el marco de la realidad. En este estadio, la distinción entre Política Criminal y Criminología, comenzaría partiendo la primera, quizás, de la materialidad social, y la segunda, según su concepción, de la materialidad empírica (39). Se critica a la Dogmática tradicional precisamente su alejamiento de la realidad vital y se parte de la idea de que su orientación a finalidades político-criminales supone un acercamiento a los fenómenos de existencia conflictiva que materialmente se viven en la sociedad (40). De hecho, el autor alemán ha elaborado o desarrollado categorías dogmáticas teniendo siempre en mente su vinculación directa a las necesidades sociales antes que la perfección lógica-formal del sistema. Y esa vinculación se entiende realizada con la referencia a parámetros de naturaleza político-criminal. La inclusión de la teoría del riesgo permitido en el ámbito de la imputación objetiva representaría un buen ejemplo de esta hipótesis reflejada en el presente apartado (41).

---

(39) «La exigencia de un cambio del centro de gravedad de la investigación y de la teoría a las cuestiones criminológicas y político-criminales, tiene aquí una de sus fuentes» ROXIN: *Política criminal y sistema de Derecho penal... op. cit.*, p. 18.

(40) Cuando Roxin formula su propuesta, a principios de los setenta, la crítica de abstracción y alejamiento de la realidad se dirige contra las sistemáticas neokantianas y finalistas que representaban la posición dominante de la ciencia penal de aquella época. Sin embargo, con el auge de las modernas tesis funcionalistas radicales, especialmente la representada por JAKOBS, desde los años noventa, tanto el autor alemán como sus discípulos más ortodoxos, llevan esa crítica a estos planteamientos más recientes. En este sentido, ROXIN: *La evolución de la política criminal... op. cit.*, pp. 52 a 54, y en particular, pp. 69 y 70, con nuestro subrayado («Por tanto, no puedo asumir el funcionalismo en la medida en que deja a un lado el pensamiento político-criminal de finalidad racional basado en los principios de un Estado social de Derecho y aparece como un mero sistema teórico carente de contenido»). En el mismo sentido, SCHÜNEMANN, Bernd: *Ontologismo o normativismo como base de la dogmática penal y de la política criminal* en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho Penal* y en la *Criminología* (Congreso Internacional, Facultad de Derecho de la UNED, Madrid, 6 al 10 de noviembre de 2000). Madrid, 2001; pp. 579 y ss.

(41) ROXIN, Claus: «Zur kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems» en ALBRECHT, HANS-JOERG (direc.)/KAISER, GÜNTHER (homen.): *Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht: Festschrift für Günter Kaiser zum 70. Geburtstag*. Berlin, 1998; pp. 855 y ss.

El autor vuelve a ubicar la Política Criminal junto a la Criminología en el marco de la realidad, como componente que ha de formar parte de la Dogmática para abrirle los ojos ante la existencia de los seres humanos y sus problemas sociales. Traduzco casi literalmente algunas de sus palabras en este interesante artículo: (p. 887) «Las diferencias de las concepciones del sistema van más allá: si se concibe la acción del tipo como la realización de un riesgo no permitido, el acontecimiento penalmente relevante se deducirá de la misión del Derecho penal de defender a los particulares y a la sociedad de riesgos insoportables político-socialmente. Es sabido que el pensa-

La Política Criminal en la concepción roxiniana, pues, vive en la vida cotidiana. Conoce de los problemas de seguridad ciudadana que sufre una comunidad dada. Ensayo las estrategias que el poder político estima adecuadas para hacer frente al fenómeno delictivo. Establece las pautas más razonables para la prevención del delito, y por ello toma en consideración al propio sujeto delincuente y se preocupa por elaborar fórmulas para su tratamiento, respetando sus derechos básicos como ciudadano. Pero el autor va más lejos. No sólo concibe el ámbito de lo político-criminal inmerso en la realidad social, sino que lo percibe como orientado hacia el marco de resolución *justa* del caso concreto. Me detendré aquí unas líneas.

Ya hemos dicho en varias ocasiones que no es válida toda estrategia de lucha contra el crimen, dado que nuestro sistema constitucional obliga a mantener la inviolabilidad de ciertos derechos y principios (42). La propia Política Criminal, al igual que el mismo Derecho penal, busca ese difícil equilibrio entre protección de la sociedad ante las agresiones más graves a los bienes jurídicos individuales y colectivos, por un lado; y respeto a la dignidad y libertad del ciudadano, por otro lado. Es éste, a mi modo de ver, el entendimiento que cabe hacer de la exigencia de resolución *justa* del caso concreto que el profesor alemán requiere de la moderna Política Criminal. Pues, en efec-

---

miento del riesgo se extiende más allá de la dogmática del Derecho penal y polemiza en relación con los problemas fundamentales de la moderna sociedad y su dirección. Su elaboración dogmática posibilita y exige la inclusión de enfoques político-criminales y empíricos y conduce a una apertura de la Dogmática enclavada por las antiguas concepciones del sistema en sus edificios conceptuales hacia la realidad». Luego continúa este pensamiento en la p. 888: «Un sistema de Derecho penal final-racional se diferencia de las propuestas sistemáticas del causalismo y del finalismo en el ámbito del injusto no sólo por su apertura a la empiria y a la Política Criminal, sino sobre todo porque la acción típica (del tipo) no sólo se manifiesta como algo previo de suyo, sino como producto de una valoración legislativa». Sobre esta referencia a la realidad, asimismo, MOCCIA, S. en ROXIN, Claus/MOCCIA, Sergio (Edit.): *Antigiuridicità e cause di giustificazione: problemi di teoria dell'illecito penale*. Napoli, 1996; p. 11. «La construcción de las categorías del delito en atención a la finalidad político-criminal, ha posibilitado una apertura del sistema penal a la perspectiva de la realidad, otorgándole una mayor funcionalidad. La labor de Roxin, siguiendo la clásica de la ciencia penal, se construye en confrontación con los grandes temas de la Filosofía del Derecho, de la Teoría General del Derecho, de la Criminología, de la Política Criminal».

(42) «Conforme a la situación jurídica y constitucional actual la política criminal no tiene por objeto la lucha contra la criminalidad a cualquier precio, sino la lucha contra el delito en el marco de un Estado de Derecho. Los componentes limitadores de la reacción pertenecen, por tanto, como ya se subrayó al principio, a la política criminal y dogmáticamente tienen que resultar tan provechosos como sus orientaciones preventivas». ROXIN: *La evolución de la política criminal... op. cit.*, p. 70.

to, una constante en la obra del autor es esa referencia que relaciona Política Criminal con Justicia.

Esta relación entre Política Criminal y Justicia se deduce del pensamiento roxiniano que se ha ido esbozando hasta aquí. Pues si se atiende a la concepción del Estado como Estado social (afirmación constante en la obra de Roxin), uno de los fines perseguidos, y que lo configuran como tal, es la denominada «justicia social».

La forma en que se hace referencia a dicha justicia es muy diversa. En ocasiones se identifica lo *político-criminalmente correcto* con lo *materialmente justo*, y también, con la *decisión satisfactoria del caso concreto* (43). Por razones evidentes, no se puede entrar ahora a explicar el sentido y alcance del concepto *justicia social*. Ello nos llevaría a otro trabajo, a otra monografía. Ahora cabría señalar que la referencia a lo político-criminal, por tanto, en el lenguaje del profesor alemán, manifiesta una relación entre utilidad social y justicia, entre resolución de conflictos y racionalidad que debe satisfacer los intereses legítimos de los diferentes sujetos protagonistas del sistema penal. Desde este punto de vista, cuando se afirma que un determinado análisis es político-criminalmente adecuado, se está apelando a las posibilidades de la solución justa al caso que concretamente pueda aparecer en la realidad... Se está poniendo el acento en la racionalidad de la respuesta penal tomando en consideración necesidades e intereses individuales y sociales (44).

---

(43) «... si las cuestiones político-criminales no pueden ni deben penetrar en ella, la deducción exacta del sistema puede garantizar ciertamente resultados inequívocos y uniformes, pero no materialmente justos. ¿Para qué sirve la solución de un problema jurídico que, a pesar de su hermosa claridad y uniformidad es desde el punto de vista políticocriminal erróneo? ¿Debe ser preferible realmente a una decisión satisfactoria del caso concreto que no es integrable en el sistema?». ROXIN: *Política criminal y sistema de Derecho penal... op. cit.*, p. 19.

(44) En su obra básica, *Política criminal y sistema de Derecho penal*, tan reiteradamente citada, encontramos constantes alusiones a estos aspectos señalados en el texto. Se apuntan ahora dos concretas reflexiones: «Pues mientras que en las abstracciones, ascendiendo cada vez más, se alejan en creciente medida de la realidad, el despliegue de los respectivos puntos de vista político-criminales rectores, obliga a tener en cuenta toda la materia jurídica; únicamente la extensión de la realidad vital, con todos sus cambios, posibilita esa concretización de los criterios que en el caso concreto pone de relieve un resultado justo —es decir, adecuado a la especialidad del caso—. La idea, muchas veces invocada, de la naturaleza de las cosas no significa otra cosa que un punto de vista valorativo rector que, según la naturaleza del substrato jurídico, puede conducir a resultados esencialmente divergentes...» (p. 78). Esta misma reflexión se puede apreciar en la página siguiente (p. 79), cuando señala: «Las debilidades de los sistemas abstractos no sólo radican en su posición de defensiva contra la

## VI. POLÍTICA CRIMINAL Y CRIMINOLOGÍA

Continuando con esta referencia a la concepción roxiniana de la Política Criminal y la realidad, quisiera dedicar unas líneas a la situación que ocupa esta disciplina en relación con la Criminología. Pues es cierto que ambas se encuentran aferradas a la realidad, frente al carácter eminentemente valorativo que desprende el Derecho penal (45).

A este respecto, cabe señalar que hoy es pacífica entre los estudiosos del tema la idea de que la Política Criminal constituye una especie de puente entre el Derecho penal y la Criminología (46). Pues a la Criminología le correspondería el estudio empírico del fenómeno criminal; la Política Criminal se ocuparía de establecer, a partir del conocimiento aportado por aquélla, las técnicas y estrategias más adecuadas para prevenirlo y combatirlo; y el Derecho penal se encargaría de cristalizar estos métodos y teorías en preceptos y principios jurídicos que les otorgaría obligatoriedad y vigencia (47). Desde esta pers-

---

Política Criminal, sino, de un modo más general aún, en un abandono de las particularidades del caso concreto en que, por tanto, en muchos casos se paga la seguridad jurídica a costa de un menoscabo de la Justicia».

(45) No podemos ahora profundizar en el concepto de Criminología, ni tampoco en sus características fundamentales. Siguiendo a GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*. 3.ª edic. Valencia, 1996; p. 19), podemos definirla como «Ciencia empírica e interdisciplinaria, que se ocupa del estudio del crimen, de la persona del infractor, la víctima y el control social del comportamiento delictivo, y trata de suministrar una información válida, contrastada, sobre la génesis, dinámica y variables principales del crimen –contemplado éste como problema individual y como problema social–, así como sobre los programas de prevención eficaz del mismo y técnicas de intervención positiva en el hombre delincuente». Se trata de una definición muy amplia que presenta a la Criminología como ciencia (y no como mera disciplina), cuyo método, calificado como empírico, analiza la realidad de la criminalidad (entendida en sentido amplio, de tal modo que abarca al crimen, al delincuente, a la víctima y al control social) desde el prisma de la interdisciplinariedad, es decir, apoyándose en otras ramas del conocimiento humano (Medicina, Psiquiatría, Sociología o Estadística, entre otras). Pero es en la función que se le atribuye a la Criminología, como veremos en el texto, donde encontramos el conjunto de relaciones más relevantes que une a esta disciplina con la Política Criminal.

(46) Opinión que en España viene reiterándose ya antes de la traducción de la obra de ZIPF, aun cuando este autor incidiese especialmente en esta consideración. ZIPF, H.: *Introducción a la Política Criminal*. Traducido por IZQUIERDO MACÍAS-PICAREA. Madrid, 1979; pp. 9 y ss.

(47) En palabras de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (*Criminología... op. cit.*, pp. 88 y 89), «... la Criminología, la Política Criminal y el Derecho penal son tres pilares del sistema de ciencias criminales, inseparables e interdependientes... La Crimi-

pectiva, tal y como se ha señalado en párrafos anteriores, mientras que a la Política Criminal le interesa la realidad como experiencia social para prevenir el fenómeno delictivo, la Criminología se preocupa de esa realidad como objeto de análisis empírico a fin de proporcionar conocimientos objetivos de los ilícitos penales.

Pues bien, todas estas consideraciones ya fueron adelantadas por Claus Roxin a principios de los años setenta, completando esta visión con ese punto de vista de la Justicia que acabamos de apuntar (48). La Criminología es contemplada como disciplina que se ocupa del análisis empírico de las manifestaciones materiales de la criminalidad (49). La Política Criminal, como hemos visto en tantas ocasiones, pretende aprovechar esos conocimientos para presentarlos al legislador y al poder público como baluartes argumentados y fundamentados que proporcionen las condiciones mínimas de seguridad ciudadana dentro de los parámetros del Estado social y democrático de Derecho. Y la ciencia penal tomará en consideración alguno de los modelos que se le presentan para coadyuvar a la coexistencia pacífica de la comunidad a través de la protección de bienes jurídicos, y de la implantación de la justicia social.

---

nología está llamada a aportar el sustrato empírico del mismo, su fundamento científico... La Política Criminal a transformar la experiencia criminológica en opciones y estrategias concretas asumibles por el legislador y los poderes públicos... El Derecho penal a convertir en proposiciones jurídicas, generales y obligatorias, el saber criminológico esgrimido por la Política Criminal con estricto respeto de las garantías individuales y los principios jurídicos de igualdad y seguridad propios del Estado de Derecho...».

(48) «Una desvinculación entre construcción dogmática y exactitud político-criminal es, desde un principio, imposible y también pierde su sentido el voluble procedimiento de aprovecharse de la rivalidad entre la labor criminológica y la dogmática jurídico-penal: pues el transformar los conocimientos criminológicos en exigencias político-criminales y éstas a su vez en reglas jurídicas de *lege lata o ferenda*, es un proceso, cuyos estadios concretos son igualmente importantes y necesarios para el establecimiento de lo socialmente justo». ROXIN: *Política criminal y sistema de Derecho penal...* cit.; p. 77. Con relación al puente de la Política Criminal entre la Criminología y la dogmática, pero desde la posición inversa, el autor también se ha manifestado. Así, más recientemente, ROXIN, Claus: *Zur kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems...* op. cit., p. 896 («Política Criminal, prevención y fines de la pena encuentran por tanto en la Dogmática penal una razón de peso. Constituirían las ideas rectoras que posibilitarían el paso decisivo hacia la Criminología»).

(49) ROXIN, Claus/ARZT, Gunther/TIEDEMANN, Claus: *Introducción al Derecho penal y al Derecho penal procesal*. Traducción de ARROYO ZAPATERO, L., y GÓMEZ COLOMER, J. L. Barcelona, 1989; p. 19: «La realidad de la delincuencia, es decir, la frecuencia y categoría de los delitos, su distribución entre los grupos de población, las causas sociales y psicológicas de su aparición, la práctica de la persecución penal, así como los métodos de tratamiento penitenciario son objeto de una ciencia específica: *la criminología*».

De acuerdo con este planteamiento, en otro lugar he apuntado que la relación más relevante entre Criminología y Política Criminal, consista, precisamente, en un correcto entendimiento de las diferentes funciones asignadas a una y otra. La Criminología aportará a la Política Criminal esa información relevante y contrastada sobre los distintos aspectos de la criminalidad que requieran de una solución por parte de los poderes públicos. La Política Criminal, tomando en consideración esa información, y dentro de las diferentes opciones que haya marcado aquélla, elaborará la correspondiente propuesta en el ámbito decisorio para intentar solucionar el conflicto en el marco criminal o criminológico. Finalmente, será el Derecho penal la disciplina que elevará el correspondiente criterio al respectivo principio o precepto jurídico con vigencia general. Esto significa, como se ha señalado con anterioridad, contemplar a la Política Criminal como puente entre la Criminología y el Derecho penal (50).

## VII. RECAPITULACIÓN, VALORACIÓN Y CONCLUSIÓN

De lo visto hasta ahora, estamos en condiciones de defender algunas sencillas hipótesis en relación con el significado y función de la Política Criminal en la propuesta sistemática de la obra de Claus Roxin, aportando algunas consideraciones personales.

En el plano metodológico, nuestro protagonista quiere alejarse del deductivismo lógico y abstracto del formalismo jurídico, que en el marco del Derecho penal se había reflejado en la evolución de la Dogmática tradicional. Sin embargo, no se desea renunciar a ciertas ventajas que ésta le aporta, como la seguridad jurídica, la tutela del principio de igualdad de los ciudadanos ante la Ley o la universalidad de ciertos conceptos y principios, entre otros. La opción que nos propone el autor pretende acercar la construcción sistemática del Derecho penal a la realidad social, a su complejidad actual, y por ello orienta la estructura integrada por conceptos y principios a finalidades político-criminales. Frente a las tesis ortodoxas del finalismo, no se aferra a estructuras lógico-objetivas previas que vinculen toda la tarea legislativa y científica en el ámbito del Derecho, aunque las toma en consideración (51). El Derecho penal, en este senti-

---

(50) En este sentido, BORJA JIMÉNEZ: *Curso de Política Criminal... op. cit.*; pp. 72 y 73.

(51) Aunque en su escrito de habilitación todavía se observa la influencia de las tesis ontologistas propias del finalismo, ya aquí se comienza a vislumbrar un

do, no puede desconocer la materia prima que conforma el sustrato de la realidad social, aun cuando se reconozca que su proyección y desarrollo no ha de quedar limitado exclusivamente por esas bases ontológicas. Como podemos observar, el ámbito lógico es un presupuesto necesario de la elaboración del sistema, pues toda norma jurídica viene constituida al fin y al cabo por un dictado de razón (52). De igual forma, el componente normativo, concretado en este caso

---

cambio de orientación dirigido al normativismo político-criminal. En la primera edición de su «Autoría y dominio del hecho» (*Täterschaft und Taherrschaft*), Berlín, 1963), pues, encontramos unas primeras referencias a ese planteamiento metodológico del autor en ese escrito de cátedra de 1963. En esta propuesta, sin desligarse totalmente de la teoría de las estructuras lógico-objetivas de quien entonces era formalmente su maestro, Maurach (discípulo de Welzel, a su vez), ya se percibe un alejamiento de la vinculación ontológica para poner énfasis en el análisis teleológico de las instituciones jurídico-penales como criterio metodológico que se iría configurando posteriormente a lo largo de toda su obra. Cito palabras textuales de la 7.<sup>a</sup> edición traducida, pero que se encuentran ya en la versión de 1963: ROXIN, Claus: *Autoría y dominio del hecho*. Traducción de CUELLO CONTRERAS, J., y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L. Madrid, 2000. (p. 42) «Así, cuanto menos se presente como *tabula rasa* no estructurada el espacio social a regular por el legislador, menos factible es dar prevalencia a un planteamiento que se atenga a las “ordenaciones concretas” recordando al legislador que asuma la ordenación “natural” previa sin ulterior configuración conceptual. A tal efecto, todas las imágenes prejurídico-sociales tienen perfiles muy poco claros... . Más bien sólo se podrían resolver tales cuestiones de delimitación si el legislador o —ante el silencio de éste— el juez o el científico, de la mano de criterios finalistas y valorativos que han hallado expresión en la ley, precisan el concepto y continúan configurándolo. Lo cual no sólo ocurre aquí, sino en todos los conceptos jurídicos si se quiere que sean útiles para la aplicación: en los “márgenes” se trata de “formaciones” de conceptos legislativos, judiciales o científicos que no son meras reproducciones de prefiguraciones extrajurídicas, sino que siempre representan un producto del espíritu configurador científico y no muestran correspondencia directa alguna con el ámbito de las estructuras sociales previas. (p. 43) Así pues, en la periferia de los conceptos jurídicos queda campo libre para la formación conceptual autocreativa de un material (en esos términos) sin configurar. Por eso, en este sentido limitado tiene razón la Doctrina sudoccidental alemana» (p. 44). «No existe aquí, pues, como pensaban muchos representantes de la Filosofía de los valores sudoccidental alemana, una imbricación estructural de ser y deber ser en el sentido de que el ser exento de valoración y las ideas finalistas de los sujetos empíricos se vincularan entre sí, pero tampoco ocurre que un ser prejurídico con contenido valorativo prefigure por sí solo los contenidos del ordenamiento jurídico: más bien los contenidos de significado previos y los establecimientos de valoración creadores de sentido se interpenetran de manera que se produce entre ellos una interacción continua y el resultado no se presenta como una estructura fija, sino como la resultante de un proceso en evolución incesante, de influencia recíproca. No es éste el lugar adecuado para desarrollar esta idea ni continuar perfilándola para analizar el “espíritu objetivo” en el ámbito de la ciencia jurídica».

(52) Este presupuesto metodológico tiene a su vez un marcado carácter ideológico. Roxin defiende la tesis según la cual toda norma penal que sea arbitraria, que atente a la esencia de la dignidad humana, no es norma de Derecho: «... una política

en la exigencia de que todo el desarrollo de la actividad de los operadores jurídicos en el marco penal venga orientada por finalidades político-criminales, es sustancial en la propuesta teórica del profesor alemán (hasta tal punto que la corriente que desarrolla su programa es denominada *teleológico-valorativa*) (53). De ahí que, en una primera aproximación, podamos confirmar que su visión de los tres pilares de las ciencias penales (Derecho penal, Política Criminal y Criminología), responden a ese primado metodológico en el que el autor combina criterios lógicos, normativos y ontológicos para llevar a cabo un mejor análisis de la realidad social y su configuración a través de la regla jurídica en orden a preservar las condiciones de libertad y de justicia social para una digna convivencia humana (54).

---

criminal forjadora de un sistema tiene que recoger en sí los derechos y libertades reconocidos internacionalmente. Allí donde esto no suceda, las disposiciones e interpretaciones solamente constituyen simples elementos del ejercicio de poder, pero no normas jurídicas ni juicios de cognición. Por tanto no es para nada cierto que una dogmática enfocada desde la política criminal, en la interpretación, abra las puertas a tendencias políticas infractoras del Estado de Derecho. Por el contrario, ella garantiza más libertad ciudadana que lo que podría hacer una fijación en datos ónticos». ROXIN: *Normativismo, política criminal y empirismo en la dogmática penal... op. cit.*; p. 7. Tengo que señalar que estoy absolutamente de acuerdo con este concepto material y objetivo del Derecho penal, posición que expresé por escrito hace ya algunos años: «Esta consideración básica del llamado *ius puniendi* afecta al propio concepto objetivo de Derecho penal. De esta forma, el conjunto normativo... no puede ser calificado todavía como Derecho penal si... no encuentra su legitimidad en atención al mantenimiento de las condiciones básicas en las que se desarrolla el Estado de Derecho, en nuestro país, el Estado social y democrático de Derecho. Se trataría entonces de una pluralidad más o menos sistematizada de disposiciones disfrazadas de jurídicas, de reglas técnicas que representarían una voluntad política interesada o simplemente una manifestación procedimental encubierta del poder de un tirano, pero en ningún caso se podría hablar de Derecho penal, tal y como hoy es entendido en el espacio cultural en el que se encuentra nuestro país». BORJA JIMÉNEZ, E.: «Derecho penal y paz social: ensayo sobre una aparente contradicción». *Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, núm. 9 (noviembre, 1994); pp. 7-17, 17.

(53) Esta denominación de la propuesta sistemática de Roxin se encuentra muy extendida en la doctrina alemana, española e italiana. A título de ejemplo, cito mi trabajo BORJA JIMÉNEZ, E.: *Tendencias contemporáneas en la teoría jurídica del delito*. San José de Costa Rica, 2000; pp. 101 y ss.

(54) En el último párrafo de su conferencia *Normativismo, política criminal y empirismo en la dogmática penal (op. cit.)*, Roxin nos explica con toda nitidez su concepción metodológica en la construcción de su sistemática penal: «El sistema penal no debe, entonces, proveer deducciones de conceptos normativos abstractos ni tampoco ser un reflejo de leyes ontológicas, sino constituir una interconexión de ideas centrales de política criminal que penetran en el material jurídico, lo estructuran y posibilitan soluciones a los problemas adecuadas a la peculiaridad de éstos. Con ello

Se ha señalado que las modernas propuestas introducen las finalidades político-criminales en la misma tarea dogmática. Con ello, el propio Derecho penal adquiere una nueva dimensión más realista (aspecto más resaltado por la doctrina), si bien la Política Criminal también ofrecería una perspectiva desconocida hasta este momento (fenómeno que ha interesado menos a los penalistas). La Política Criminal ya no necesitaría de los principios básicos del Derecho penal para limitar sus excesos en la lucha contra el crimen. La concepción del Estado, como Estado social y democrático de Derecho, es trasladada al conjunto de las ciencias penales, y afecta a sus tres pilares fundamentales (Derecho penal, Política Criminal, Criminología...). En consecuencia, el conflicto que fundamenta toda la actuación del sistema penal viene determinado por la necesidad estatal de proteger al individuo y a la sociedad frente al delito sin violar los derechos fundamentales del sujeto infractor o presunto infractor.

Este equilibrio se había conseguido imponiendo al Estado la obligación de persecución, enjuiciamiento y castigo de delincuentes (tarea de la Política Criminal) y estableciendo los límites en el ámbito jurisdiccional (tarea del Derecho penal, material y procesal). El giro copernicano que aporta Roxin es que la misma Política Criminal se limita internamente, sin necesidad de recurrir a parámetros externos, y a su vez el Derecho penal no sólo se estructura en torno a los principios garantistas del sospechoso, acusado o condenado, sino que toma también en consideración la función de protección de la víctima y de la comunidad ante agresiones insoportables para las condiciones de coexistencia. Incluso principios clásicos que han consolidado a la Dogmática tradicional, como el de legalidad o culpabilidad, pasan a integrar el mismo contenido de la Política Criminal como fórmulas socio-estatales de una eficaz lucha contra el crimen. Aun siendo esto cierto, creo que la base de la diferenciación teleológica entre una y otra disciplina se encuentra en que en el Derecho penal prima el aspecto de la tutela de la libertad del ciudadano sospechoso o culpable y en la Política Criminal resalta la función de lucha eficaz contra el delito para proteger al resto de individuos y a la sociedad.

---

me sitúo entre los frentes de un normativismo libre de lo empírico y un ontologismo que quiere dictar al legislador, de manera vinculante, soluciones determinadas por leyes del ser. Yo creo y espero, sin embargo, a través de algunos de mis trabajos, haber podido mostrar que esta posición intermedia es correcta y fructífera». Sin embargo, este planteamiento metodológico también ha sido calificado como «gramaticalmente» incongruente, por la inclusión de parámetros lógicos, ontológicos, empíricos y valorativos en la estructura de un sistema que no deja de ser jurídico. En este sentido, VIVES ANTÓN, T. S.: *Fundamentos del sistema penal*. Valencia, 1996, pp. 448 y ss.

Quisiera entrar ahora a reflejar, con toda la brevedad a la que me obliga este apartado de conclusiones, dos cuestiones íntimamente ligadas. Una hace referencia, al contenido, otra a la función de la Política Criminal, si bien es cierto que ambas se mezclan y se condicionan entre sí.

Roxin admite que existen otros instrumentos sociales y políticos fuera del Derecho penal que pueden ser tan eficaces (o más) que éste en la tarea estatal de reducir los índices de criminalidad a niveles soportables para la convivencia humana. Pero todos sus esfuerzos se han dirigido a explicar y fundamentar esa función del poder público de perseguir la paz social frente al fenómeno delictivo desde el prisma de las instituciones penales. Partiendo de esta posición, atribuye a la pena la función social de prevención del crimen, desechando cualquier otra finalidad de signo trascendental. Así, el sistema penal contribuye a la tutela de los individuos y de la comunidad que éstos integran a través de la protección subsidiaria de los bienes jurídicos fundamentales para mantener la convivencia social. Esa protección de bienes jurídicos se alcanzaría a través de los fines preventivos de la pena: Esto es, a través de la prevención general positiva (creando en el resto de la ciudadanía la confianza necesaria en el ordenamiento jurídico y en el funcionamiento de sus instituciones) y a través de la prevención especial integradora (orientando el tratamiento penitenciario a la reintegración social del reo). Se desecha cualquier otra finalidad en la utilización de la sanción penal (retribución como mero castigo, imposición de una ideología, establecimiento de un determinado orden ético, etc.).

En relación con el objeto de la Política Criminal, existe en la actualidad, en la discusión, una división doctrinal. Un sector entiende que esta disciplina se ocupa del conjunto de mecanismos y estrategias (penales y extrapenales) procedentes del poder público que tienen como objetivo prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal. Para otro sector, en cambio, la auténtica Política Criminal integraría exclusivamente aquellas medidas que tuviesen carácter jurídico-penal, bien fueran de naturaleza sustantiva o procesal (55). En realidad, como tendré oportunidad de demostrar, no se trata de una discusión de fondo, sino más bien de un desacuerdo terminológico.

Todo estudioso de la problemática de la delincuencia en la moderna sociedad afirmará que, además de las medidas propiamente jurídico-

---

(55) En el primer caso se encontrarían autores tales como Zugaldía, Luzón Peña, Carbonell, Berdugo o Sainz Cantero. En el segundo caso cabría citar a Zipf, Hassemer, Würtenberg, Jescheck/Weigend, Cobo del Rosal/Vives Antón o Polaino Navarrete. Al respecto, ORTIZ DE URBINA: *La referencia político-criminal en el Derecho penal contemporáneo... op. cit.*, notas 24 y 25.

penales, existen otras de carácter económico, social y administrativo, que tienen como finalidad reducir razonablemente las cifras de la estadística criminal hasta niveles soportables. Por poner un ejemplo, estaremos de acuerdo en que para evitar en parte los graves atentados a la vida, a la integridad física y a la seguridad de las personas que se producen en el tráfico rodado, no sólo resultará eficaz la aplicación del Código penal y de la Ley de Enjuiciamiento criminal. Otras medidas, como una mayor presencia policial en la vía pública, el recurso a sanciones administrativas, o campañas publicitarias de prevención, pueden resultar quizás más fructíferas en la pretensión de alcanzar mayor grado de seguridad de bienes y personas en el tránsito de vehículos y peatones. ¿Por qué excluir entonces del objeto de la Política Criminal este conjunto de mecanismos que quedan fuera del Derecho penal?

La respuesta entonces no puede ser de índole sustantiva, sino meramente formal. Esas medidas, nos dirán sus partidarios, no forman parte de la Política Criminal, sino que integran la política social, mucho más general. Y es aquí cuando entramos de lleno en la mera cuestión terminológica. Si atendemos a un concepto más amplio de la Política Criminal, como forma de la política general que se dedica al estudio del fenómeno criminal contemplado desde la problemática social que preocupa al poder público, entonces el contenido de la disciplina adquiere, de igual forma, una mayor extensión. Y en el fondo, estamos contemplando la Política Criminal desde el marco de lo político: más el aspecto político que el aspecto criminal.

Los juristas (también los penalistas), con carácter general, somos poco dados al examen de realidades distintas de las que nos marca el propio ordenamiento jurídico, y de ahí que la mayoría deseche este concepto amplio porque escapa de su manejabilidad. Es por ello que, para poder seguir utilizando categorías y métodos no muy diferentes de los que proporciona la Dogmática penal, se prefiera acudir al criterio estricto que circunscribe a la disciplina dentro de los férreos márgenes de la ley penal, sustantiva y adjetiva, y su repercusión en la prevención de delitos.

De hecho, si realizásemos un cambio terminológico sin modificación de la materia, es posible que no existiese discusión alguna. Si la política criminal como actividad política la denominásemos política social (encaminada a la prevención de la criminalidad, claro está), y reservásemos la locución de Política Criminal para referirnos al conjunto de conocimientos que se dedican al estudio de la reacción frente al fenómeno delictivo con la ley penal (perspectiva teórica), no habría mayores problemas.

Evidentemente, una concepción estricta de la Política Criminal conduce a una absoluta dependencia del Derecho penal, y a un enten-

dimiento y comprensión de la misma bajo las bases metodológicas de aquél. Sin embargo, una concepción amplia la contempla con mayor grado de autonomía frente a la ciencia jurídico-penal, en la medida en que sus postulados se derivan de la política general.

Creo que la Política Criminal, a pesar de estar muy vinculada con el Derecho penal, goza de autonomía, y para cumplir sus fines de constituir una herramienta eficaz de lucha contra el delito, debe contemplar en su seno todos los mecanismos, estrategias, medidas e instrumentos, penales y extrapenales, que tiendan a evitar en el futuro un aumento de la criminalidad. Y ello porque manifiesta identidad e independencia suficiente frente a otras disciplinas jurídicas, por muy estrechas que resulten sus respectivas relaciones y vínculos. Si queremos hablar de Política Criminal como actividad teórica, circunscrita exclusivamente al marco jurídico y sancionador, podemos utilizar la locución de «Política penal» como una vertiente de aquélla.

Así, y como ya he señalado en otra ocasión (56), atendiendo a este sentido político, por tanto, definimos la política criminal como *aquel conjunto de medidas, criterios y estrategias, de carácter jurídico, social, educativo, económico y de índole similar, establecidos por los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal, con el fin de mantener bajo límites tolerables los índices de criminalidad en una determinada sociedad*. Evidentemente, como señala el propio Roxin, en nuestro vigente sistema constitucional, esta actividad del Estado se limita a sí misma, y la lucha contra el delito no se ha de llevar a cabo a cualquier precio, sino dentro del respeto de los derechos fundamentales y de las libertades públicas.

Y como disciplina, como ámbito teórico, la Política Criminal puede definirse como *aquel sector del conocimiento que tiene como objeto el estudio el conjunto de medidas, criterios y argumentos que emplean los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal*. En este marco teórico, hasta ahora la doctrina se ha distinguido por ocuparse de aquellos mecanismos más relacionados con el Derecho penal, aunque no necesariamente ha de identificarse este binomio (Política Criminal como disciplina teórica que se circunscribe exclusivamente al estudio de las medidas de carácter jurídico-sancionador destinadas a la prevención delictiva). Por el contrario, aun entendiendo la Política Criminal en este segundo sentido, puede optarse por un concepto más extenso, como disciplina académica, como sector del conocimiento cuyo objeto es el fenómeno criminal y la legislación que lo contempla, si bien su estudio se plantea

---

(56) BORJA JIMÉNEZ: *Curso de Política Criminal... op. cit.*, pp. 21 y ss., y el texto correspondiente con la nota precedente 28.

desde parámetros diferentes al jurídico (Derecho penal) o al empírico (Criminología). Y el método de análisis, sin embargo, está más cercano a la Sociología, o, incluso, a las Ciencias Políticas. Por esta razón, no se va a rechazar aquí, ni mucho menos, el enfoque propiamente político que pueda desprenderse del tratamiento de los diferentes temas que están siendo planteados a lo largo del presente trabajo.

Hechas estas precisiones, parece claro que Claus Roxin en su obra se refiere, salvo raras excepciones, a la Política Criminal como ámbito teórico que condiciona el sistema penal. No es que desconozca esa otra vertiente política, sino que más bien no se ha ocupado de ella. Con este planteamiento de partida, es lógico que la función de la Política Criminal quede centrada a la función del Derecho penal, y más concretamente, a los fines de la pena: La prevención general positiva y la prevención especial integradora de la sanción persiguen la protección de bienes jurídicos para asegurar una libre y pacífica coexistencia de los seres humanos en la sociedad actual. La pena, por tanto, como el más severo mecanismo del control social formalizado, tiene asignada una función real y palpable, la prevención delictiva, quedando excluidos otros fines de naturaleza trascendental, ideal o moral, como la retribución por el mal causado, o la justicia terrenal o divina. Y, por descontado, esa legitimación de la sanción fundamentada en la necesidad de evitar en el futuro un insoportable incremento de la criminalidad, viene auspiciada por una concepción del sistema penal orientada en el respeto a ultranza de los derechos fundamentales y libertades públicas propio del Estado social y democrático de Derecho.

Al principio de este apartado, vimos que Roxin opta por elaborar su programa político-criminal fundido en su sistemática penal con criterios metodológicos normativos, respetando ciertas estructuras ontológicas y con pretensión de acercar su modelo a la realidad social como conocimiento y como ámbito necesitado de mecanismos de solución de conflictos. La Política Criminal que él defiende, por tanto, se encuentra coherentemente proyectada por este criterio metodológico. Hemos desvelado que la referencia a «lo político-criminal» está constantemente relacionada con la búsqueda de la solución justa al caso concreto (marco normativo), pero también con la necesidad de conocer el funcionamiento de la realidad social para coadyuvar a encontrar respuestas que mejoren la convivencia humana (marco ontológico y empírico). Para Roxin, por tanto, más que ante un puente entre la Dogmática y la Criminología, la Política Criminal dibuja el cauce por el que transcurren las aguas del Derecho penal en el concreto paisaje que ha pintado el saber criminológico.

Roxin no responde a la cuestión de si la Política Criminal puede ser considerada como ciencia. En el segundo apartado de este trabajo

podimos observar que al respecto se decía que «... la Política Criminal adopta una singular posición intermedia entre ciencia y configuración social, entre teoría y práctica», pues «... por un lado, se basa como ciencia en el conocimiento objetivo del delito en sus formas de aparición jurídicas y empíricas; por otro lado, pretende, como clase de política, llevar a cabo ideas o intereses concretos... ... como teoría, intenta desarrollar una estrategia decidida de lucha contra el delito; pero como también ocurre por lo demás en la política, la realización práctica depende a menudo más de las realidades preexistentes que de la concepción ideológica...». Y en realidad, vemos que la referencia científica, si existe, no viene determinada sino en la medida en que sea configurada como actividad teórica (y entonces no alcanzará este calificativo por sí misma, sino en tanto que lo sea también la Dogmática penal) o como conocimiento empírico del delito (y aquí la «cientificidad» tampoco sería autóctona, sino más bien por su implicación con el saber criminológico) (57). Lo que nos queda, el ámbito más autónomo e independiente, no puede caracterizarse como conocimiento científico. Como ya he apuntado en otra ocasión, aunque esta disciplina pretende aportar un conjunto de conocimientos que, de forma racional, intentan mejorar la legislación penal y utilizar otros mecanismos para hacer frente a determinados comportamientos socialmente indeseables (delitos), no se puede olvidar su carácter histórico, coyuntural, impregnado de componentes ideológicos y políticos, incluso de índole utilitario. Es ese aspecto político que nos cuesta recordar, especialmente a los penalistas. Por esta razón, aunque conforma un sector del conocimiento, ese conocimiento no puede ser calificado como «científico». Evidentemente, una disciplina que no sea caracterizada como «científica» no debe ser menospreciada por ello. Simplemente hay que ser consciente de que la forma en que nos aporta su análisis de la realidad que examina es, simplemente, distinta (58).

---

(57) ROXIN considera que tanto el Derecho penal como la Criminología son disciplinas científicas. Así, ROXIN: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I... op. cit.*, p. 6, núms. 13 y 14. «Mientras que los cinco ámbitos mencionados hasta este momento (Derecho penal, Derecho procesal penal, Derecho de la determinación penal, Derecho de la Ejecución penal y Derecho penal juvenil) son ciencias normativas, esto es, ciencias que se ocupan de las reglas de Derecho y de su aplicación, éstas se contraponen a la Criminología como ciencia de la realidad».

(58) BORJA JIMÉNEZ: *Curso de Política Criminal... op. cit.*, p. 25.

## La eximente de «*anomalía o alteración psíquica*».

(Art. 20-1 CP).

Una problemática abierta hacia el futuro científico\*

MIGUEL ÁNGEL IGLESIAS RÍO

Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Burgos

I. La discusión que ha rodeado siempre a la eximente de responsabilidad penal de «*anomalía o alteración psíquica*», radicalmente modificada en el vigente artículo 20-1 CP, continúa sin alcanzar un entendimiento teórico consensuado y una deseable aplicación jurisprudencial homogénea. Nos enfrentamos ante un tema clásico que reaviva su actualidad en el momento presente, especialmente en torno a los delincuentes sexuales y psicópatas [e incluso, con determinadas reservas, también respecto a los maltratadores domésticos (1)], por su comprobada propensión a la reincidencia y habitualidad criminal, cuya neutralización requiere respuestas cualitativamente diferenciadas a las de otro tipo de delincuencia común. Esta situación quizás pueda interpretarse como una consecuencia adicional del constante proceso de revisión al que se ve sometido el complejo fenómeno de la «culpabilidad» (lo que, a su vez, repercute negativamente en la delimitación de la imputabilidad) y, complementariamente, por el difícil tratamiento y solución a los supuestos de «peligrosidad» del

---

(\*) Esta aportación coincide, en lo sustancial, con mi intervención en la Mesa Redonda «Drogas, psicopatías y cárceles: algunas reflexiones al hilo de la nueva configuración de la eximente de anomalía y alteración psíquica», celebrada el día 27 de marzo de 2003, en el marco de las «*Sextas Jornadas Burgalesas de Derecho Penal*», con el título «*Derecho Penal y Salud*» (Burgos, 26-28 de marzo de 2003).

(1) Vid. sobre ello el trabajo de L. GRACIA MARTÍN, donde pone en duda la imputabilidad de gran parte de estos sujetos, cfr. «Culpabilidad y peligrosidad criminal en el delito de violencia doméstica», *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro-Homenaje al Prof. Dr. D. Ángel Torío López*, Granada 2000, pp. 773 y ss.

autor individual con relación a su hecho delictivo concreto, seguramente también porque el Derecho penal tan sólo dispone de herramientas muy limitadas en el análisis de cualquier elemento del delito de naturaleza subjetiva.

La exclusión de pena al inimputable que, por sufrir una anomalía o alteración, carece de «aptitud psíquica de autorregulación de la conducta por miedo al castigo penal» (2), corresponde, al menos en el plano dogmático, científico-médico y legislativo, a la sensibilidad contemporánea de un sistema penal depurado y humanizado, acomodado al esquema de todo Estado de Derecho que se muestre respetuoso con la dignidad humana. De ello se deriva que, con independencia de las aproximaciones metódicas elaboradas históricamente en torno al concepto de culpabilidad, y al margen del eterno debate acerca de la imposibilidad de demostrar científicamente la existencia de la libertad de la voluntad (3), el modelo antropológico y cultural de cualquier país civilizado debe tratar a sus ciudadanos, normativamente al menos, como hombres libres, dotados de razón y con capacidad de autorresponsabilidad en el ejercicio de sus propios actos (4) y, por tanto, de responder o dejarse motivar normal o adecuadamente a las expectativas de la norma (dato este último que, igualmente, tampoco resulta fácilmente comprobable) (5).

---

(2) OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., HUERTA TOCILDO, S., *Derecho penal. Parte General*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid 1986, p. 296.

(3) Vid. K. ENGISCH, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 2.<sup>a</sup> ed., Berlin 1965, pp. 23 y ss.; y, más tarde, la cuestión es abordada por E. Dreher desde una perspectiva integral multidisciplinar que, más allá de su naturaleza jurídica, presenta un alto interés desde el plano científico-naturalístico, biológico, genético, psicológico, filosófico e incluso teológico, *Die Willensfreiheit. Ein zentrales Problem mit vielen Seiten*, München 1987, *passim*, esp. pp. 61 y ss.

(4) Por ejemplo, B. SCHÜNEMANN asimila la noción de libre albedrío a un «estado antropológico fundamental» arraigada en la estructura gramatical del lenguaje indoeuropeo, cfr. «Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht», *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, München 1984, p. 163. Existe una traducción al castellano realizada por J. M.<sup>a</sup> SILVA SÁNCHEZ: «La función del principio de culpabilidad», *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid 1991, p. 152.

(5) Vid. PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva de la pena*, Madrid, 1990, pp. 128 y ss.; CARBONELL MATEU, J. C., *Enfermedad mental y delito. Aspectos psiquiátricos, penales y procesales* (en colaboración con J. L. GÓMEZ COLOMER y J. B. MENGUAL i LLULL), Madrid, 1987, pp. 25 y ss.; MORALES PRATS, F., «Precisiones conceptuales en torno a la culpabilidad: convenciones normativas y función individualizadora», *Libro-Homenaje al Prof. Torio López*, 2000, p. 179.

Ni siquiera los defensores de la teoría de la motivación parten de un radical determinismo biológico naturalista, pues se ha comprobado que el comportamiento humano no es fruto de un automatismo mecánico sino de un «conglomerado vital en el que indefectiblemente inciden factores genéticos y ambientales» (6). De hecho, el artículo 20 de nuestro CP parece desprender, implícitamente como punto de partida, una presunción general a favor de la normalidad psíquica de cualquier ciudadano y de sus posibilidades de conocimiento de la norma y adecuación de su comportamiento a Derecho y, a *sensu contrario*, del reconocimiento excepcional de la posible existencia de anomalías o alteraciones psíquicas relevantes, que tan sólo serán analizadas y exigirán un expreso pronunciamiento cuando se den circunstancias que las evidencien o que permitan dudar de la capacidad de culpabilidad en un sujeto concreto; en este sentido, cuanto más lógico sea el estímulo al hecho, esto es, que el delincuente actúe con criterios de racionalidad criminal, en función del beneficio que le reportará el delito (dinero, placer sexual, etc.), más lejos, en principio, estará de la exención de pena; esto resulta muy claro en el caso de los psicópatas quienes, más que una violencia «instrumental» (v. gr. para obtener una ventaja) despliegan una violencia «expresiva» (indicativa de la necesidad del sujeto en búsqueda de nuevas sensaciones) (7).

Consecuentemente con todo ello, conforme a planteamientos de exigibilidad, justicia e igualdad, el enfermo mental que delinque por su incapacidad para automotivarse o acceder correctamente al mensaje normativo, o por su incapacidad de autorreconducir su conducta conforme a Derecho, no puede recibir un tratamiento punitivo idéntico al que recibiría un ciudadano plenamente responsable (8). No se le puede exigir una conducta impecable debido precisamente al deterioro de sus esquemas psíquicos, por lo que se trata de un sujeto peligroso necesitado de curación terapéutica sin contenido propiamente san-

---

(6) URRUELA MORA, A., «La actual discusión sobre las bases genéticas de la criminalidad», *Características biológicas, personalidad y delincuencia*, (ed. C. M.<sup>a</sup> Romeo Casabona), Granada, 2003, p. 133. En sentido análogo y en la misma obra, PERIS RIERA, J. M., «Condicionantes genéticos y responsabilidad penal: ¿hacia un renacimiento de los planteamientos fundadores de la culpabilidad?», pp. 95 y ss., esp. 106 y ss.

(7) Cfr. GARRIDO GENOVÉS, V., *Psicópatas y otros delincuentes violentos*, Valencia, 2003, pp. 16-17, p. 52.

(8) Cuando el autor «no puede hacer nada» para evitar el delito, su castigo sería una gran injusticia (BGHSt 23, 176), cit. según B. JÄHNKE, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar (StGB, LK). Grosskommentar*, 11 neubearbeitete Auflage, 10 Lieferung, Berlin, 1993, comentario al § 20, núm. 3.

cionatorio (9); lo contrario, como ha puesto de relieve Torío López, significaría desconocer la prohibición constitucional de imponer «tratos inhumanos o degradantes» (art. 15 CE) (10).

En suma, la respuesta legal a la (in-)imputabilidad está inmersa en un discurso de muy amplio alcance situado en el plano de la Filosofía del Derecho y de la Teoría política del Estado, que se mueve en unas variables que implican al sistema jurídico en general, a la legitimidad del *ius puniendi*, al fin atribuido a las sanciones penales, así como al protagonismo que merece el autor del delito o el sujeto potencialmente peligroso en relación con las necesidades asegurativas (terapia) y preventivas de la sociedad (pena) (11). La perspectiva fundamental en el tratamiento de la inimputabilidad debe orientarse en una dirección de corte terapéutico-rehabilitadora, por encima de criterios preventivo-generales encaminados a una pura neutralización o apartamiento del sujeto, aun cuando las necesidades de defensa social ante sujetos criminalmente peligrosos no deban perderse nunca de vista, especialmente por el pesimismo que rodea la frecuente ineficacia del tratamiento y de la persistencia del juicio de peligrosidad, una vez cumplida la condena o la medida, para lo que habrá de hacerse un especial esfuerzo imaginativo en el ámbito de las alternativas (12).

---

(9) Según los datos aportados por FEAPS, que agrupa a 750 asociaciones de discapacidad intelectual, una noticia periodística reciente publicada en el Diario *El País* de 15-11-03, p. 30, informa que «130 discapacitados psíquicos cumplen condena en las cárceles españolas». Las ONG denuncian que «la falta de centros especiales impide la rehabilitación de estos presos»; da cuenta también de que Instituciones Penitenciarias adapta un módulo de la prisión de Segovia para agrupar a internos con discapacidad intelectual.

(10) TORÍO LÓPEZ, A., «La capacidad limitada de autodeterminación en la reforma del sistema penal», *Jornadas de estudio de la deficiencia mental en la región castellano-leonesa*, Valladolid, 1981, pp. 15 y ss.; del mismo, «Las fórmulas legislativas sobre la enfermedad mental. Discusión del concepto de enajenación», *Estudios jurídicos en honor del Prof. O. Pérez Vitoria*, Barcelona, 1983, pp. 967 y ss.

(11) Esta idea se desarrolla extensamente a lo largo de la monografía de B. SCHÜTZ-GÄRDÉN, *Psychisch gestörte Straftäter im schwedischen und deutschen Recht. Strafrechtliche Zurechnungsunfähigkeit der soziale Verantwortlichkeit?*, Freiburg i. Br. 1999, pp. 1 y ss., 23 y ss. También, M. Bertolino indica que el tema de la imputabilidad responde a una «ruola cardinale nel sistema penale», cfr. «Fughe in avanti e spinte repressive in tema di imputabilità penale», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* (RIDPP) 2001, 3, p. 850.

No hay duda, sin embargo, de que las resoluciones judiciales que reconocen la inimputabilidad del sujeto no siempre son bien comprendidas entre una opinión pública sedienta de condenas ejemplificantes ante sucesos trágicos que han conmocionado a la colectividad.

(12) Resulta criticable además la carencia de medios y la ausencia de una normativa específica para una adecuada articulación en materia de «ejecución» en el nuevo derecho de medidas introducidas en el Código penal, *vid.* por todos, SANZ

II. El momento presente se caracteriza por una creciente dosis de inseguridad jurídica, acrecentada por los vertiginosos cambios socio-económicos y políticos, así como por la irrupción de los avances tecnológicos. Ante este rumbo incierto emprendido por un Derecho penal en expansión, administrativizado y utilizado irracionalmente –ahora más que nunca– con el pragmatismo de un arma política (13), se hace preciso insistir en la idea de elaborar un Derecho penal cercano al método científico en sentido estricto. Precisamente, en el ámbito de la imputabilidad debe reivindicarse una íntima comunicación entre el conocimiento psiquiátrico, genético y la argumentación penal, de tal modo que permita articular sobre bases científicas fiables un discurso racional y multidisciplinar, tratando de recuperar la mutua confianza que debe presidir la coordinación médica y jurídica en este campo (14), a efectos de esclarecer con mayor certeza los factores desencadenantes del acto y las capacidades del sujeto de comprender lo ilícito de su actuación.

Naturalmente, no cabe esperar de modo automático que este necesario acercamiento entre *Psiquiatría, Genética y Derecho* resuelva mágicamente todos los problemas que la praxis clínica y criminal presenta en la realidad diaria de cara a delimitar la frontera entre la plena responsabilidad penal y las hipótesis encuadrables en el plano de la inimputabilidad (15); sostiene incluso Albrecht que «normalmente las exploraciones científico-naturales y también las psiquiátrico-psi-

---

MORÁN, A. J., *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, Valladolid, 2003, pp. 293 y ss.

(13) C. PRITZWITZ, «El Derecho penal alemán, ¿fragmentario?, ¿subsidiario?, ¿última ratio?», *La insostenible situación del Derecho penal* (trad. profesores del Área de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra), Granada, 2000, p. 428; también H. JÄGER «Irrationale Kriminalpolitik», *H. Schüler-Springorum, zum 65 Geburtstag*, Köln y otros 1993, pp. 229-243.

(14) En efecto, como indica la profesora S. HUERTA TOCILDO, «la teoría jurídica de la inimputabilidad se convierte en la puerta de entrada en el campo del Derecho penal de la moderna investigación científica acerca de la personalidad humana», cfr. «*Psiquiatría y nuevo Código Penal*», (ponencia inédita presentada al *Seminario de Psiquiatría Forense*, celebrado en el Eurofórum de El Escorial, febrero de 1998). Sobre ello también, *vid.* M. BAUER y P. THOSS «Die Schuldunfähigkeit des Straftäters als interdisziplinäres Problem. Eine Orientierungshilfe für dem Strafrechtspraktiker», *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1983, pp. 305-311.

(15) De hecho, en algunos momentos, la función de la psiquiatría en general y sus métodos de tratamiento forense han sido puestos en cuestión no sólo por parte de los juristas sino también por la propia ciencia médico-legal, llegándose a generalizar una sensación de cierto pesimismo y desconfianza ante los resultados alcanzados y a discutir incluso la delimitación del ámbito competencial entre Psiquiatría y Derecho. Más aún, algunas corrientes han propuesto renunciar en muchos casos a los diagnósticos psiquiátricos y concentrar los esfuerzos en terapias de orden social. No obstante, el desarrollo de la psiquiatría ha evidenciado que el rechazo al diagnóstico es un

cológicas sólo poseen el grado de validez de los juicios de probabilidad» (16).

A título meramente ejemplificativo, podemos anticipar algunas incertidumbres no fácilmente resolubles en el ámbito penal sustantivo y en el proceso penal.

*En primer lugar*, la indagación de un estado psicológico resulta ciertamente complicada porque las dimensiones anímicas no son fácilmente delimitables ni susceptibles de medición matemática. No hay fórmulas irrefutables que puedan certificar ni el funcionamiento ni lo que discurre por el cerebro de cualquier ser humano, sano o enfermo (17); situación que se complica aún más ante las profundas discrepancias existentes entre las distintas corrientes doctrinales en el ámbito de la psiquiatría a la hora de diagnosticar un caso o emitir un determinado informe pericial. No es de extrañar entonces que todas las conclusiones divergentes que confluyen en el análisis de la conducta de un sujeto contribuyen, en cierto modo, a mermar credibilidad entre los profanos o a relativizar el incuestionable carácter científico de los resultados alcanzados (18). Y, si además interviene un Tribunal con Jurados, cuyos miembros no se encuentran

---

camino erróneo y que una clasificación lo más precisa posible de las anomalías psíquicas es una condición indispensable para la solución de los problemas del sujeto. Sobre ello, cfr. SCHÜTZ-GÄRDEN, *Psychisch gestörte Straftäter...*, op. cit., 1999, pp. 102, 465 y ss., con especial referencia a la situación sueca y alemana.

(16) P. A. ALBRECHT, «Überzeugung und Sachverständigenbeweis in der neuen strafrechtlichen Judikatur zur freien Beweiswürdigung (&261 StPO)», *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NZSt)* 1983, p. 486. Apunta críticamente en este sentido también P. Bresser que, en cierto modo, se han diluido los límites entre la «capacidad de culpabilidad» y el «juicio de culpabilidad», debido a los numerosos problemas de comunicación entre juristas y expertos psicólogos y psiquiatras. Las distintas influencias biográficas, sociales y caractereológicas que codeterminan el desarrollo de la personalidad y la situación vital en el momento del hecho, son relevantes para graduar judicialmente la «culpabilidad»; pero este estadio ha de diferenciarse de la comprobación de la «capacidad» de culpabilidad en el caso de anomalías psíquicas. La confusión acrítica de ambos planos introduce problemas de delimitación y amenaza con una pérdida de orientación que no sólo pone en peligro la seguridad jurídica sino también repercusiones inhumanas en el ámbito de la praxis psiquiátrica, cfr. «Probleme bei der Schuldfähigkeits- und Schuldbeurteilung», *NJW* 1978, pp. 1188-1192.

(17) En parte, debido a la crisis que afecta al propio concepto de «enfermedad» y sus límites fronterizos con la «normalidad» al menos en sentido técnico, especialmente si se acepta, como se dice, que en el 80 por 100 de la población se puede detectar algún grado de enfermedad mental (aunque, evidentemente, no sea penalmente relevante).

(18) Parece inevitable que los expertos incorporen en sus dictámenes juicios de valor personales o las propias preconcepciones culturales, aun cuando ello desestabilice de algún modo la objetividad de su actuación profesional. Como indicaba

familiarizados con las sutiles disquisiciones jurídicas ni con la ininteligible terminología médica o bioética, a la hora de decidir pueden sentirse más influidos por las imágenes preconcebidas en la literatura o en el cine que por el contenido de los dictámenes técnicos (19).

En segundo lugar, el análisis de los distintos elementos del delito, también por supuesto el juicio sobre la capacidad de culpabilidad del sujeto, ha de referirse retroactivamente al instante puntual y concreto en que actuó u omitió la acción debida, no al momento del resultado ni tampoco al momento presente en el que se tramita el procedimiento penal (20). Esto añade una dificultad más si cabe de índole probatoria en sede procesal al tema que nos ocupa, porque todo peritaje psiquiátrico debe proceder a una reconstrucción *ex post facto* de aquel originario estado mental o psicológico del sujeto —que sin embargo no es susceptible de una reproducción experimental idéntica— para decidir si, al momento del hecho, estaba en condiciones de responder a la norma. No es infrecuente que tal exploración sobre el presunto autor del delito se realice semanas, meses o incluso años después de la comisión del hecho delictivo (21); cuando esto es así, los especia-

---

F. PFÄFFIN «que el perito psiquiatra deba limitarse a la expresión del saber y que incluso pudiera hacerlo... es una ficción», cfr. *Vorurteilsstruktur und Ideologie psychiatrischer Gutachten über Sexualstraftäter. (Beiträge zur Sexualforschung, Organ der Deutschen Gesellschaft für Sexualforschung)*, Stuttgart, 1978, p. 11; en el mismo sentido, P. BRESSER, «Probleme bei der Schuldfähigkeits- und Schuldbeurteilung», *op. cit.*, *NJW* 1978, pp. 1188 y ss., esp. pp. 1191-1192. Sobre ello, *vid.* también JÄHNKE, *op. cit.*, *LK & 20*, núm. 14, opina que sólo existe un número muy limitado de procedimientos diagnósticos plenamente objetivos ya que en la elaboración del dictamen alcanza enorme relevancia el encuentro y las conversaciones personales entre médico y paciente, lo que nuevamente introduce valoraciones subjetivas en los resultados, influidos por la personalidad del médico y la posición del paciente. Por su parte, TOWSEND reconoce que las «calificaciones psiquiátricas son, en cierto modo, un producto cultural», *op. cit.*, según S. LESS, *Die Unterbringung von Geisteskranken. Eine rechtsvergleichende Kritik der Zwangseinweisung in psychiatrische Krankenhäuser in den USA und der Bundesrepublik Deutschland*, Freiburg i. Br, 1989, p. 166, recordando como ejemplo que hasta la década de los años setenta la Asociación Psiquiátrica Americana consideró la homosexualidad un desorden mental.

(19) GARCÍA BLÁZQUEZ, M., *Análisis médico-legal de la imputabilidad en el Código penal de 1995. (Un análisis médico-legal de los arts. 20.1 y 20.2)*, Granada, 1997, pp. 30-31.

(20) TORÍO LÓPEZ «La capacidad limitada de autodeterminación...», *Jornadas de estudio de la deficiencia mental...*, *op. cit.*, 1981, p. 18. Las cuestiones de imputabilidad sobrevenida se regulan en los artículos 381 a 383 de la LECriminal, sobre ello, *vid.* SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, *op. cit.*, 2003, pp. 284 y ss.

(21) Así ha sucedido recientemente en una serie de casos muy conocidos, entre los que, por su cercanía, podemos recordar el del presunto asesino de los naipes

listas en medicina legal reconocen que dicha exploración puede arrojar unos datos indicativos de que la patología o los factores codeterminantes del hecho hayan experimentado una aminoración considerable o, sencillamente, que por tratarse de un supuesto trastorno mental transitorio no se detecta o, excepcionalmente, no ha quedado rastro de déficit morboso alguno con base patológica endógena ni exógena (22) que pudiera singularizar su repercusión en las capacidades del sujeto (23).

Desde otra perspectiva, a estos problemas hay que sumar los que pudieran derivarse de una exploración llevada a cabo cuando el sujeto se encuentra sometido a tratamiento farmacológico o mediatizado por el consumo de drogas tóxicas, pues los resultados obtenidos en estas condiciones estarían viciados, y tendrían que equipararse a la práctica de una «prueba prohibida» análoga al caso del narcoanálisis (24).

En tercer lugar, la determinación concreta del juicio de imputabilidad se complica todavía más desde el momento en que debe ser el resultado de un proceso individualizado, sin que pueda acudirse al criterio abstracto del hombre medio o al parámetro impersonal de un hipotético sujeto racional (25). Incluso, se ha demostrado desde el

---

en Madrid, las muertes de las jóvenes de Mijas y Coín o de un matrimonio en Talavera, acaecidas hasta diez años antes de la detención de los sospechosos.

(22) Los supuestos de trastorno mental transitorio, aunque generalmente descansan sobre una «base constitucional morbosa o patológica», no es exigible su comprobación para apreciar la eximente, como estima la STS 15-4-98, al determinar que «en persona sin tara alguna posible la aparición de indicada perturbación fugaz, una reacción vivencial anormal, tan enérgica y avasalladora para la mente del sujeto que le priva de toda capacidad de raciocinio, eliminando y anulando su potencia decisoria, sus libres determinaciones volitivas, siempre ante el choque psíquico originado por un agente exterior, cualquiera que sea su naturaleza».

(23) Por eso, salvo en determinados casos, no siempre resulta asumible la posición de H. WITTER, para quien el problema del transcurso temporal queda paliado sustancialmente ante la certidumbre de que los verdaderos enfermos mentales son siempre reconocibles con facilidad, cfr. «Die Bedeutung des psychiatrischen Krankheitsbegriffs für das Strafrecht», *Festschrift für R. Lange*, Berlin, 1976, p. 723.

(24) GARCÍA BLÁZQUEZ, *Análisis médico-legal de la imputabilidad en el Código penal de 1995*, op. cit., 1997, pp. 24 y ss., esp. 28 y ss. Naturalmente, a no ser que se trate de una hipótesis encuadrable en el artículo 20-2 CP.

(25) No obstante, se han defendido también, destacadamente por I. Krümpelmann, parámetros de enjuiciamiento «psicológico-sociales» en correspondencia con un concepto social de culpabilidad, que toma en cuenta la capacidad media de motivación a la norma; de acuerdo con ello, la imputabilidad se orienta al examen de una «personalidad social-cultural», así como al modo de comportamiento general normal, cfr. «Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit durch das Zweite Strafrechtsreformgesetz vom 4. Juli 1969», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 1976, pp. 6-39. Incluso algunos autores proponen un concepto de «enfermedad socialmente estructurada», vid. sobre ello, críticamente y abo-

punto de vista médico legal que las disfunciones que presentan algunas anomalías, como las neurosis obsesivas o las alteraciones pasionales, se manifiestan o inciden sólo en determinados –no en todos– ámbitos conductuales de quien los padece, condicionado además por los elementos exógenos que han podido influir en la conducta y morfología del acto (26).

En cuarto lugar, finalmente, a todas las variantes enumeradas anteriormente, ha de añadirse que el diagnóstico efectuado por el psiquiatra respecto a una anomalía o alteración mental no suele recibir la misma valoración por parte del juez, a efectos de otorgar la suficiente relevancia como para declarar la exención de responsabilidad penal (27). A diferencia del juez, el psiquiatra acostumbra a mostrar una cierta tendencia, quizás por razones filantrópicas, a considerar al sujeto más un paciente necesitado de curación que un delincuente criminalmente merecedor de una enérgica condena (28).

Como es sabido, el dictamen psiquiátrico cumple un imprescindible papel auxiliar, consultivo o informativo, sobre el grado de (in-)imputabilidad del sujeto, pero no es vinculante para el órgano jurisdiccional penal, cuya resolución puede apartarse motivadamente del

---

gando por un sistema de referencia psicopatológico (pero más allá de la noción de enfermedad en el sentido somático aportado por K. Schneider), aun cuando se incluyan aspectos psicológico-sociales en el examen de la graduación de las anomalías psíquicas que menoscaban la capacidad de culpabilidad, H. SASS, «Ein psychopathologisches Referenzsystem für die Beurteilung der Schuldfähigkeit», *Forensia*, núm. 6, 1985, pp. 33-43.

(26) En el resultado, también Jähne, indicando que una «incapacidad de culpabilidad» en sí, abstractamente, no existe sino que se vincula a ciertos comportamientos delictivos, *op. cit.*, LK §20, núm. 35.

(27) Esto, sin embargo, no representa ningún problema, a juicio de Stephen Wolff, porque, aunque debe darse una «coexistencia estructural» y una colaboración entre Psiquiatría y Derecho, ambas ciencias son y han de seguir siendo autónomas y no tiene por qué ponerse en peligro la identidad de cada una de ellas. Es más, el BGH ha venido exigiendo siempre al juez que forme su «propia posición» y no se limite a aceptar simplemente el contenido de los dictámenes. Este autor alude a las imprescindibles interconexiones existentes en las que cada protagonista debe interpretar su papel (*Gutachtenerstattung als hybrider Handlungskontext*), dado que, además, el informe pericial tiene la doble faceta de ser un documento científico (destinado a los propios colegas) y un documento ilustrativo para el juez, cfr. «Die Vermittlung von Recht und Psychiatrie als praktisches Problem – dargestellt an schriftlichen Urteilsgründen und Gutachten in Schwurgerichtsverfahren», *Strafverteidiger (StrV)* 1992, pp. 292-298.

(28) Tal tendencia médica, de acuerdo con un criterio valorativo paternalista, según S. Less, respondería al aforismo «en la duda, a favor de la enfermedad» y, dado que valoran más la «salud» que la «libertad», tienden a proponer la intervención terapéutica, en ocasiones como medida civil de internamiento, cfr. *Die Unterbringung von Geisteskranken ...*, *op. cit.*, 1989, pp. 167-168.

sentido diagnosticado en aquel o aquellos dictámenes (29). Por esta razón, quizás estamos, una vez más, ante otra distonía (que no favorece el diálogo entre psiquiatras y juristas) al adjudicar carácter científico al dictamen sin otorgarle, al mismo tiempo, un mayor protagonismo y relevancia procesal.

III.1. Pues bien, toda esta complejidad de variables que rodean a la concreción del juicio de imputabilidad se acrecienta, en cierto modo, desde el momento en el que el Código penal español de 1995 no facilita una interpretación auténtica de este concepto. En efecto, la fórmula acogida en el artículo 20-1 CP muestra una premeditada y completa indefinición legislativa que, según algunos, no compatibiliza demasiado bien con un escrupuloso respecto a la taxatividad que reclama el principio de legalidad (30), pues este precepto se limita a indicar, por medio de conceptos jurídicos vagos e indeterminados, carentes asimismo de rigor médico-legal, que está exento de responsabilidad penal quien «al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión» (31).

Algunos Códigos penales europeos, como el *Código penal italiano*, califica en su artículo 85 como imputable a «quien tiene capacidad de entender y querer», lo que además de no resultar demasiado clarificador, no corresponde al nivel del estado actual del conocimiento psiquiátrico (32). El artículo 122-1-1 del *Código penal francés* de-

---

(29) E. ESPEC RODRÍGUEZ y S. DELGADO BUENO, señalan que «al psicólogo o psiquiatra fuese competente pronunciarse sobre la relación de causalidad psíquica entre los hombres y sus acciones... La última palabra sobre si el imputado es o no jurídicamente imputable, es decir, la imputabilidad jurídica, corresponde al Tribunal», cfr. *Psiquiatría legal y forense*, Barcelona, 1994, p. 127.

(30) Así, por ejemplo, CEREZO MIR, J., «Aspectos problemáticos de la eximente de anomalía o alteración psíquica», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, número extraordinario 1, 2000, p. 266, piensa que es una fórmula imprecisa que puede provocar un «grave quebranto de la seguridad jurídica». A favor de la amplia interpretación que permite este nuevo tenor legal, entre otros, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Imputabilidad y nuevo Código penal», *Libro Homenaje al Prof. Torío López*, Granada, 2000, p. 306.

(31) El artículo 20 del *CP portugués* adopta una fórmula prácticamente coincidente con la española; asimila al inimputable con quien «a causa de una anomalía psíquica, es incapaz, en la comisión del hecho, de apreciar la ilicitud de éste o determinarse de acuerdo con esa apreciación».

(32) Recientemente la *Commissione Ministeriale per la Riforma del Codice Penale*, presidida por el Prof. F. GROSSO, ha presentado un *Proyecto de Código penal* con fecha de 26-5-01. Los debates dan cuenta de que la Comisión rechazaba por pleonástica la vigente fórmula y la sustituye por otra más abierta, referida a quien a

clara penalmente irresponsable a «quien estaba afectado, en el momento de los hechos, por un trastorno psíquico o neurológico teniendo abolido su discernimiento o el control de sus actos». Recientemente, con fecha de 12 de diciembre de 2002, ha sido promulgado en Irlanda el *Criminal Law (insanity) Bill*, en cuya cláusula 4.<sup>a</sup> se contempla el *verdict of not guilty by reason of insanity* cuando (a) la persona acusada estaba padeciendo un desorden mental (mental disorder) en el momento en que actuó y que (b) «fue de tal entidad que no puede ser considerada responsable de su acto a causa de que (i) no fue consciente de la naturaleza y cualidad del hecho, o (ii) ni de que lo que estaba haciendo se encontraba prohibido, o (iii) fue incapaz de abstenerse de cometer el hecho». En la exposición de Motivos a la Ley se apuntan las modificaciones más importantes introducidas en este ámbito; de un lado, el nuevo veredicto de *not guilty by reason of insanity*, constituye una reorientación y una mejora técnica respecto al tradicional *guilty but insane* (que preveía la Trial of Lunatics Act de 1883); y, de otro lado, contempla también un nuevo alegato de *guilty but with diminished responsibility*, aplicable únicamente para transformar una acusación de asesinato (murder) en homicidio simple (manslaughter) (33).

Mayor aplauso por su concreción merece, en principio, el §20 del *Código penal alemán* (sobre el que, al parecer, quiso inspirarse el español) que, bajo la rúbrica «incapacidad de culpabilidad a causa de perturbaciones psíquicas», describe un cuadro más completo de anomalías, al disponer que «obra sin culpabilidad quien, al tiempo del hecho, a causa de una perturbación anímica morbosa, de trastorno profundo de la conciencia, de debilidad mental o de otra anormalidad psíquica grave, es incapaz de comprender lo ilícito del hecho o de actuar conforme a tal comprensión» (34).

En cualquier caso, cada una de las opciones metódicas –formulación legal indeterminada o enumerativa– presenta ventajas e inconvenientes: la previsión de un catálogo exhaustivo de perturbaciones psí-

---

causa de una «*infermità o altro grave disturbo della personalità*» presenta una incapacidad «*di comprendere il significato del fatto o di agire in conformit  a tale valutazione*» (art. 94), cfr. M. BERTOLINO «Fughe in avanti e spinte regressiva in tema di imputabilit  penale», *op. cit.*, RIDPP 2001, 3, pp. 859 y ss., aunque la autora considera más adecuado sustituir el término «enfermedad» por la locución «síndrome», por su mayor concordancia con las categorías psiquiátricas. Otra de las novedades que introduce el Proyecto es la supresión –no exenta de polémica– de las medidas de seguridad a semiimputables.

(33) Tomado de la información jurídica en Internet de la página del Department of Justice, Equality and Law Reform.

(34) Una formulación similar contiene el §11 CP austriaco y el artículo 10 del CP suizo.

quicas aporta mayor seguridad jurídica, pero impide una evolución flexible y la constante y deseable adecuación de la respuesta jurídica a los avances científicos de la medicina.

2. Pero quizás, más allá de (o junto a) la indefinición legal, resulta aún más preocupante el visible distanciamiento técnico entre la literalidad de nuestro artículo 20-1 CP y las nociones científicas vigentes en la actualidad, que sistematizan la imputabilidad en los conceptos de *conciencia*, *inteligencia*, *voluntad* y *yoidad* a los que, como acabamos de ver, el Código penal español no atiende en su total amplitud; la locución legal de dicho precepto, enunciada en términos negativos, referida a no «comprender la ilicitud del hecho» (en sentido material) y a la imposibilidad de «actuar conforme a esa comprensión», abarca únicamente dos de los aspectos de la concepción científica de imputabilidad, concretamente, los elementos intelectivos y volitivos, genuinos protagonistas tradicionales, por cierto, de la teoría normativa de la culpabilidad (35).

Tienen razón las objeciones críticas cuando ponen de relieve que existe un amplio abanico de facultades psíquicas y de posibles anomalías o alteraciones que pueden influir en el comportamiento sin menoscabo de la esfera intelectual o volitiva; por ejemplo, estados crepusculares habituales en las postcrisis epilépticas, desórdenes de la memoria, temperamento, carácter, afectividad, pensamiento o de la motivación (como significativamente sucede con las personalidades psicopáticas) (36). Incluso la ciencia médica viene aceptando con carácter general la posibilidad de afirmar una inimputabilidad plena aún cuando no exista una total anulación de la capacidad intelectual, del mismo modo que la capacidad volitiva apenas puede admitir conceptualmente una pérdida absoluta.

3. Precisamente, la ventaja que presenta el enunciado abierto de la nueva fórmula legal del artículo 20-1 CP con respecto al régimen del antiguo artículo 8-1 CP, puede defenderse desde una doble perspectiva.

---

(35) Por esta razón, autores como el Prof. E. GIMBERNAT ORDEIG, «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?, *Estudios de Derecho Penal*, 3.ª ed., Madrid 1990, p. 142 y en su *Prólogo* a la 4.ª edición del Código Penal, ed. Tecnos, Madrid 1998, p. 24 y F. MUÑOZ CONDE, M. GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 5.ª ed., Valencia 2002, p. 979, rechazan esta fórmula por entender que resucita de algún modo la tesis, hoy mayoritariamente abandonada, del denominado libre albedrío. En realidad, sin embargo, el precepto que venimos analizando no presenta serios obstáculos para interpretarlo con arreglo a las distintas concepciones histórico dogmáticas –normativas o de la motivación– desarrolladas en torno a la categoría de la culpabilidad.

(36) MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN *Derecho Penal. PG, op. cit.*, 2002, p. 979.

a) *En primer lugar*, porque permite ampliar satisfactoriamente el ámbito de actuación de esta exigente conforme al nivel del conocimiento psicológico y psiquiátrico del presente; en este sentido, la referencia «anomalía o alteración psíquica» de aquel precepto puede incluir cualquiera de las enfermedades o trastornos psíquicos graves incluidos en la *Clasificación Internacional de las Enfermedades (CIE, décima revisión)* patrocinada por la OMS o en el *Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (Disease Statistical Mental, DSM-IV, 4.ª revisión de 1994)*, elaborada por la Asociación Psiquiátrica Americana (37). De acuerdo con ello, las causas relevantes de inimputabilidad pueden consistir en el diversificado abanico de enfermedades incluidas en el grupo de las psicosis exógenas y endógenas (38); algunos incluso dejan abierta la posibilidad de incluir la «predisposición genética», dado que ciertas enfermedades están vinculadas con anomalías genéticas (39). No obstante, el amplio espec-

---

(37) En todo caso, la clasificación de las distintas anomalías o alteraciones posee una importancia que va más allá de lo puramente formal o conceptual, porque puede influir, al menos de manera indirecta, en la valoración e incidencia de dicha enfermedad con respecto a la naturaleza del delito cometido y a la personalidad del sujeto.

(38) No obstante, el TS en distintas resoluciones advierte que «no todo esquizofrénico, por el hecho de serlo, es totalmente inimputable» (SSTS 20-1-97; 10-3-00; 21-2-02). La SAP Granada 18-11-01 apreció la exigente a favor de un sujeto con trastorno psicótico de tipo paranoide, manifestado en una interpretación delirante de la realidad que le afectaba a sus facultades intelectivas y anulaba por completo su voluntad. Asimismo, se ha apreciado en los casos de esquizofrenia paranoide de gran intensidad que dan lugar a reacciones violentas (SSTS 3-5-95; 5-12-95), o por ejemplo, en un supuesto en el que el sujeto se identificaba con Jesús en la lucha contra el maligno. Ideaciones delirantes de tipo místico-megalomaniaco, con antecedentes de sintomatología psicótica que llevaron al autor de los hechos a abandonar su trabajo y a llevar una vida marginal porque su misión era la de hacer milagros (SSTS 10-3-00; 20-1-97); trágicos sucesos motivados por celos patológicos extremos; creerse verdugo y ejecutar a la víctima, etc.

(39) Sobre ello, *vid.* el interesante trabajo de URRUELA MORA, «La actual distinción sobre las bases genéticas de la criminalidad», *Características biológicas, personalidad y delincuencia, op. cit.*, 2003, pp. 131 y ss., esp. 148 y ss. Advierte, sin embargo, este autor de las peligrosas tentaciones ante «la posibilidad de establecimiento de nuevas formas de medidas de seguridad» predelictivas para sujetos con «predisposición al padecimiento de anomalías o alteraciones psíquicas» o «afectos de una anomalía genética», consistentes en la «imposición coactiva de una terapia génica que modifica el gen responsable de la patología en cuestión», lo que, a su juicio, sólo salvaría la constitucionalidad en el marco de la política sanitaria general, orientada a erradicar la enfermedad, con control judicial, consentimiento informado del sujeto, en hospitales públicos y rodeada de garantías extraordinarias, adicionales, a las habituales a cualquier actividad curativa. En términos análogos, PERIS RIERA, indica que, en este contexto, el concepto de «predisposición genética nos aproxima al de peligrosidad» y puede ser un elemento a la hora de concretar el juicio de pronósti-

tro abarcado por las psicosis contiene un cuadro de supuestos que, sin embargo, tradicionalmente no ha alcanzado suficiente reconocimiento jurisprudencial, a efectos de una completa exención de responsabilidad; la línea restrictiva adoptada de forma constante por el TS ha otorgado sólo una atenuación penal en sede de semiimputabilidad o atenuante analógica con respecto, por ejemplo, a hipótesis de esquizofrenia y trastornos delirantes persistentes de tipo paranoide, psicosis maníaco persecutorias o maníaco depresivas, trastornos de humor y de afectividad de tipo hipomaníaco (40) o en casos de desajustes neuróticos emocionales con síntomas angustiosos y obsesivos. Normalmente se ha apreciado también sólo una aminoración en casos de oligofrenias ante una debilidad mental media (41) o los denominados casos de border lines (42), histeria, ludopatía (43), epilepsias (44), cleptómanos y pirómanos (que quizás repercutan en una atenuación si se detecta un déficit psíquico u oligofrénico (45). Aún con mayor excepcionalidad apenas tendrán relevancia las conductas raras, excén-

---

co; aunque se ha de tener en cuenta, según los genetistas, que una determinada componente genética sólo alcanzará relevancia en función del medio; cfr. en la misma obra colectiva antes citada, «Condicionantes genéticos y responsabilidad penal: ¿hacia un renacimiento de los planteamientos fundadores de la culpabilidad?», en pp. 106-110, con ulteriores referencias. Aunque ROMEO CASABONA se muestra más prudente dado que, a su juicio, «las investigaciones actuales están todavía muy lejos de aportar explicaciones más precisas al respecto» (en el *Prólogo* a esta obra, p. 1).

(40) Aprecia eximente incompleta la STS 14-5-01 en la actuación de una mujer que se deja suggestionar, al ser fácil presa de sugerencias.

(41) Cociente intelectual (ci) entre 50 y 60 por 100; así, la STS 25-4-02 aplicó el artículo 21-1 CP; o, por su parte, la atenuante analógica del núm. 6 según la STS 30-9-00. Sólo ante oligofrenias profundas (idiocia), en concientes intelectuales inferiores al 25 o 30 por 100 (edad mental por debajo de los 4 años), conlleva la plena exención (STS 27-4-00; 24-10-01).

(42) Se trata de sujetos con una capacidad intelectual límite (ci 70-85 por 100) con respecto a los estados de normalidad mental, manifiestan una personalidad muy primaria, con carencias afectivas importantes y escasa tolerancia a la frustración; la STS 15-10-01 concede una atenuante analógica y la STS 26-11-01 estima que se trata de sujetos tan solo torpes pero plenamente imputables.

(43) Sólo excepcionalmente se reconoce una semieximente en la ludopatía (STS 15-9-97; 29-10-01 y 15-11-99 en un caso de comisión de un delito de tráfico de drogas para pagar deudas de juego).

(44) A salvo de algún episodio de esta índole combinada con el consumo de alcohol, SAP Almería 2-3-91. No obstante, la epilepsia no está incluida en la CIE de la OMS ni en la DSM-IV americana y presenta una zona límite con los supuestos de ausencia de acción.

(45) La STS 7-5-01 consideró al acusado, en el que se detecta un leve brote de debilidad mental, plenamente imputable de los actos de piromanía por él realizados.

tricas y extravagantes (46), o alteraciones del proceso de socialización, pues estos supuestos no son reconducibles al genuino concepto de enfermedad mental, aunque tampoco puede excluirse categóricamente que no incidan en la «capacidad de motivación del sujeto».

b) Y, en segundo lugar, a tenor de la oscilante y contradictoria jurisprudencia española en este campo, no es aventurado concluir que, a efectos de la consecución de expectativas garantistas de seguridad jurídica, el vigente artículo 20-1 no empeora ni mucho menos la situación existente hasta la entrada en vigor del CP de 1995; y ello, en parte, por la plasmación de una fórmula mixta que armoniza la verificación de dos momentos –biológico y normativo– que deben ser necesariamente contrastados entre sí (47). De un lado, *el plano biológico* –científico, naturalístico– exige la acreditación empírica de una patología (causa científica), informada o preestablecida por las Ciencias psiquiátricas o por los avances en la investigación genética. Y, de otro lado, *el plano propiamente jurídico de naturaleza normativa* encomienda al jurista la valoración de los efectos de las anomalías o alteraciones psíquicas, encaminada a establecer si su concurrencia, en el momento del hecho, tuvo la intensidad suficiente para viciar la conducta realizada por el sujeto o desestructurar en profundidad el núcleo de su personalidad, privándole de la comprensión del sentido de la norma prohibitiva y si, además, le impidió reconducir su conducta conforme a dicha comprensión (efecto psicológico) (48).

---

(46) De esta opinión, R. BLÁZQUEZ HERNÁNDEZ, M. E. GALARRAGA ALONSO, J. I. GALTÉS VICENTE, «Internamiento psiquiátrico involuntario: criterios clínicos y cuestiones médico-forenses», *Anales de Psiquiatría*, vol. 19, n.º 1, 2003, p. 17, entienden que no se les puede considerar como «trastornos de conducta que motive una atención psiquiátrica ... porque se trata de conductas deliberadas buscadas por el sujeto y que forman parte de su identidad personal».

(47) De acuerdo con ello, la STS 17-4-02 resume las dos fases en la determinación de la existencia de anomalías a través de la prueba pericial: «Primera determinar la existencia (de la anomalía) con todos sus contornos, lo que corresponde a los peritos médicos; segunda, determinación de sus efectos en cuanto a la imputabilidad del sujeto, lo que corresponde en exclusiva al Tribunal sentenciador»; y, como sintetiza la STS 13-10-01 la respuesta a este segundo momento, «no puede ser respondida sobre bases empíricas o, en todo caso, sobre tales bases sólo puede tener una respuesta parcial y limitada (...) el problema es de «naturaleza jurídica».

(48) El tratamiento actual otorga más relevancia al «efecto» que a la «causa» de la anomalía; así, la STS 16-11-99 concluye que «la mera presencia de una anomalía o alteración psíquica puede ser irrelevante para la determinación de la imputabilidad de quien la padece y, en consecuencia, de su responsabilidad penal. Es preciso además que el autor de la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión».

IV.1. Pues bien, en relación con lo inmediatamente apuntado, uno de los supuestos que ha generado más discusión y más incertidumbre en el tema de la inimputabilidad es el que rodea a *las psicopatías* o, en la nueva terminología introducida en el DSM-III (revisión de 1980), «trastornos disociales de la personalidad» (*antisocial personality disorder*) (49), incluidos hoy en el marco del artículo 20-1 CP (aunque sin una mención expresa), especialmente cuando coincidan junto a otras anomalías, como la esquizofrenia o la paranoia (50). La jurisprudencia española siempre se ha pronunciado en términos muy restrictivos a efectos de conceder una completa exención de responsabilidad penal en estos casos (51), en parte por temor a un reconocimiento generalizado e incontrolado de los supuestos de inimputabilidad, que pudiera poner en peligro expectativas preventivo-generales (52). El Tribunal Supremo, de acuerdo con la anterior fórmula puramente biológica y bajo la generalizada influencia ejercida por el clásico estudio de Kurt Schneider de 1948, interpretaba la locución legislativa «enajenación mental» exigiendo un déficit patológico, un daño constatable en el sistema nervioso, del que se estima-

(49) Cfr. I. PITCHFORD, «The origins of violence: Is Psychopathy an adaptation?», *The Human Nature Review* 2001, 1, pp. 28-36. La introducción terminológica de «psicopatía» se atribuye a un célebre trabajo del Dr. HERVEY CLECKLEY, publicado en 1941 con el título *The Mask of Sanity*. En la actualidad, no es infrecuente el uso indistinto de «psicopatía», «sociopatía», «personalidad antisocial» o «personalidad antisocial desordenada». Critica por ello el Dr. NORBERT NEDOPIL que el concepto de «psicopatía» suele emplearse de forma «imprecisa y errónea», pues sólo constituye una subespecie relativamente reducida del género común más amplio de «trastornos de la personalidad», aunque sean paradójicamente los psicópatas quienes más preocupación y alarma provocan y centren el objeto de las discusiones, cfr. «Die Bedeutung von Persönlichkeitsstörungen für die Prognose künftiger Delinquenz», *Monatschrift für Kriminologie und Strafrecht (MschrKrim)* 80, 1997, pp. 79-80.

(50) Cfr. el interesante estudio de M. ALONSO ÁLAMO, «Observaciones sobre el tratamiento penal de las psicopatías», *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona, Libro Homenaje al Prof. Antonio Beristáin*, San Sebastián 1989, pp. 447-457.

(51) Sobre la situación anterior, con ulteriores indicaciones, C. BLANCO LOZANO, *La eximente de anomalía o alteración psíquica*, Madrid, 2000, pp. 100 y ss.; también J. LEAL MEDINA, «La psicopatía y su incidencia como anomalía psíquica en la doctrina del Tribunal Supremo. La interacción de los factores biológicos, genéticos y ambientales en el juicio de imputabilidad. Un nuevo enfoque hacia la prevención del delito, el derecho a la seguridad y la reeducación del sujeto», *Revista Derecho y Proceso Penal (Aranzadi)* núm. 10, 2003, pp. 157 y ss., esp. 165-170

(52) Esta misma preocupación se ha reflejado tradicionalmente en la trayectoria legislativa, dogmática y jurisprudencial alemana, como destaca el estudio de K. LACKNER, «Prävention und Schuldunfähigkeit. Zur Verknüpfung von Schuld und Prävention bei der Konstituierung des Begriffs der Schuldunfähigkeit», *Strafrecht im Rechtsstaat. Festschrift für Kleinknecht*, Berlin, 1985, pp. 245-266.

ba carecían los trastornos afectivos del carácter o de la personalidad, por más que el sujeto no hubiera podido responder a los mandatos normativos (53). Por otro lado, la exención de responsabilidad penal se condicionaba en la praxis a que el sujeto se encontrase en una situación de estado vegetativo o de absoluta inconsciencia (STS 26-6-92), con pérdida total de raciocinio (plena anulación de su capacidad de entender o de querer), situación que no se da en las psicopatías, que no privan de discernimiento (dejan intacta la esfera intelectual), por lo que, a lo sumo, se optaba por una solución de compromiso a favor de apreciar la atenuante de eximente incompleta (STS 8-3-95) o analógica del artículo 21 número 6 en relación con el número 1 (STS 27-1-86) (54).

En todo caso, a pesar de la amplitud de la formulación del artículo 20-1, tampoco ahora resulta sencillo conceder la exención de responsabilidad penal dado que, en numerosos supuestos, el psicópata dispone de una amplia capacidad de autocontrol de su yoidad y la fenomenología de posibles personalidades psicopáticas adopta las manifestaciones más diversas, dificultando el manejo de un concepto unívoco de psicopatía y una respuesta procesal-penal homogénea.

Así, tal equivocidad morfológica de las alteraciones profundas de personalidades psicopáticas –paranoide, esquizoide, disocial, impulsiva, histriónica, obsesivo-compulsiva, ansiosa, etc.–, se traduce correlativamente en un cuadro de una plasticidad multicolor: estados de angustia personal, tristeza, optimismo patológico, extravagancia, pérdida de contacto con la realidad, alteraciones en el control impulsivo, vinculación a la bebida, vida sexual poco integrada, dificultad en la adaptación a las normas sociales, agresividad, conflictividad crónica iniciada en la adolescencia y consolidada en la madurez, fanatismo en el contexto de grupos radicales intolerantes, ausencia de sentimiento de culpabilidad o de arrepentimiento. De entre estas posibilidades, al Derecho penal le interesan sobre todo los diagnósticos que afectan a psicópatas explosivos (con reacciones coléricas y des-

---

(53) Por ejemplo, la STS 25-11-78 afirmó que las psicopatías no afectan a la imputabilidad «a no ser que la caractereopatía por él padecida venga ocasionada o sea una consecuencia de una enfermedad o lesión cerebral comprobable clínicamente»; en el mismo sentido insisten las SSTS 8-2-79; 12-5-80 y 14-12-90.

(54) La STS 1-X-99, con un buen repaso de la trayectoria histórico-jurisprudencial, entiende que ahora «las psicopatías no tienen «análoga significación» a las anomalías psíquicas sino que literalmente lo son»; también, expresamente, SSTS 19-1-00; 27-6-01; 14-4-02; SAP Palencia 24-4-01; SAP Girona 29-5-01. No obstante, normalmente la jurisprudencia sigue apreciando únicamente una eximente incompleta (SSTS 21-9-00; 14-5-01) o una atenuante analógica (STS 7-5-01).

proporcionadas), de ánimo frío (por ejemplo, un asesinato inmotivado, porque alguien le cae mal, porque el cuerpo le pedía sangre, porque la víctima apenas portaba dinero o, como aquellos jóvenes que practicaban el juego de rol que mataron a un hombre en una parada de autobús de Madrid porque «era gordito y mayor, con cara de tonto» y llevaba «una papeleta imaginaria que decía «quiero morir») o los psicópatas disociales (que suelen manifestarse en delincuentes habituales y evidencian una tendencia existencial permanente a ser así) (55).

2. Pero el verdadero problema que presentan las personalidades psicopáticas es, al menos, doble. Desde la perspectiva médica, aunque se ha detectado que estos sujetos sufren patologías cerebrales que afectan al sistema nervioso central, producidas por causas «ambientales» (maltrato infantil, falta de cariño y protección, de estímulos positivos y de comunicación) o por causas «genéticas» innatas (56), apenas se conocen terapias médicas efectivas (57); y, desde la perspectiva jurídica, se trata de sujetos frente a los que la amenaza preventivo intimidatoria de la pena no surte efectos, al tiempo que se ha comprobado también el fracaso resocializador de cualquier sanción punitiva impuesta, de ahí que la preocupación esencial reside en que, una vez cumplida la pena o medida de seguridad, existe un pronóstico elevado de que volverán a delinquir en el futuro (58). De ahí que, especialmente para los casos de delincuencia contumaz

---

(55) Cfr. J. A. GISBERT CALABUIG y A. SÁNCHEZ BLANQUE, *Medicina legal y toxicología*, 4.<sup>a</sup> ed., Barcelona, 1991, pp. 940 y ss.

(56) Sobre ello, recientemente, *vid.* LEAL MEDINA, «La psicopatía y su incidencia como anomalía psíquica en la doctrina del Tribunal Supremo ...», *op. cit.*, *Revista Derecho y Proceso Penal* 10, 2003, pp. 157-175, con amplias referencias doctrinales del ámbito médico. Aunque en el campo de la medicina precisamente los resultados e hipótesis no se pueden considerar concluyentes, dado que están sometidos a constante revisión ante nuevos descubrimientos, parece comprobado que la característica agresividad de los psicópatas procede de una alteración de la división celular y de la enzima monoaminaoxidasa del tipo A (MAO-A), que regula los niveles cerebrales y afecta a los planos emocional y racional.

(57) Es más, el sociópata puede llegar a simular su curación y engañar al propio psiquiatra, advierte A. TOBEÑA, en parte debido a que «de la violencia fría, largamente calculada y delegada en procedimientos maquinales de mayor o menor precisión, se sabe mucho menos ... que de la violencia impulsiva ... y también sobre algunos de los guiones pasionales que actúan como detonadores, o como combustibles, para los brotes agresivos», *cfr.* «Cerebros violentos y violencia cerebral: de la evidencia neurocientífica a la reflexión jurídica», *Características biológicas, personalidad y delincuencia*, *op. cit.* 2003, pp. 31 y ss., 46-47.

(58) Pero, como ha declarado el Tribunal Constitucional, nuestro ordenamiento no permite un internamiento del enfermo por tiempo indeterminado, porque ello vulneraría el principio de legalidad en relación a la determinación de las consecuencias jurídicas del delito (STC 24/1993, de 21 de enero).

se ha criticado la decisión político-criminal del Código penal de renunciar a la previsión de medidas para esta clase de delincuentes habituales (59).

En este sentido cabe realizar al menos tres puntualizaciones.

*En primer lugar*, ningún tratamiento paralelo al cumplimiento penitenciario de una pena puede imponerse coactivamente contra la voluntad del sujeto (art. 112 del Reglamento Penitenciario, en conexión con los arts. 59 y siguientes de la Ley Orgánica General Penitenciaria) (60). De un lado, sería inconstitucional puesto que la reinserción es un derecho, no una obligación; de otro lado, sería ineficaz desde el punto de vista resocializador y quizás la persuasión fuera una estrategia más acertada. En el caso de imposición única de una medida de seguridad para sujetos inimputables, aunque se trata de un tema controvertido, incluso en la propia formulación legal (61), en principio, ha de considerarse implícitamente obligatorio el deber de sometimiento al tratamiento terapéutico, a programas de tipo formativo, educativo, profesional, de educación sexual, etc. para el logro de los fines perseguidos por el mismo (62). Y, finalmente, en caso de imposición conjunta de una pena y de una medida de seguridad, de acuer-

---

(59) Cfr. SANZ MORÁN, *Las medidas de seguridad de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, op. cit., 2003, p. 238, con referencias a Cerezo Mir y Garrido Guzmán.

(60) En este sentido ya el Prof. E. OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, *Sobre el concepto del Derecho penal*, Madrid, 1981, esp., pp. 261-264; el mismo, «Las medidas de seguridad con arreglo al Código penal: carácter, presupuestos y límites», *Revista del Poder Judicial*, 3.ª época, núm. 60, p. 2000, pp. 107 y ss., esp. 6, pp. 114 y ss.

(61) Aunque entiendo que tanto la redacción todavía vigente del artículo 105 CP, como la matizada por la reforma operada a través de LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código penal, desprenden el deber del condenado de aceptar el tratamiento impuesto en una medida de seguridad; así, de acuerdo con la revisión de este precepto, en vigor a partir del 1-10-2004, establece que «En los casos previstos en los artículos 101 a 104, el juez o tribunal cuando imponga la medida privativa de libertad, o durante la ejecución de la misma, podrá acordar razonadamente la obligación de que el sometido a la medida observe una o varias de las siguientes medidas» (la cursiva es nuestra).

(62) Para M.ª V. SIERRA LÓPEZ, en cambio, tal obligatoriedad «viola el derecho a la autodeterminación de las personas (...). Las causas de la obligación del tratamiento son de carácter preventivo general, pues el mantenimiento de la confianza de los ciudadanos en el Derecho, exige el sometimiento a los estándares sociales por encima de la libertad personal»; en un momento posterior, se refiere a que tal obligatoriedad puede chocar con «los principios y garantías que han de regir en un Estado democrático de Derecho, también suponen un enfrentamiento con los principios que informan una sociedad pluralista», Cfr. *Las medidas de seguridad en el nuevo Código penal*, Valencia 1997, pp. 105 y 201; de la misma opinión, A. GARCÍA PABLOS DE MOLINA, «La supuesta función resocializadora del Derecho penal», *Estudios penales*, Barcelona 1984, p. 94: «el sujeto tiene el derecho a no ser “resocializado” ni “tratado”».

do con nuestro sistema vicarial, la negativa del condenado al tratamiento determinará la ejecución anticipada de la pena, situación que quizás le pueda estimular o motivar a someterse a la terapia de la medida y facilitar su curación, aunque no existe demasiado optimismo sobre ello.

*En segundo lugar*, para delincuentes habituales peligrosos (incluyendo, por supuesto, a los psicópatas) podría potenciarse la creación de las denominadas en el Derecho comparado (alemán, austriaco, suizo) «custodias de seguridad», consistentes en una medida terapéutica específica e individualizada que implique restricción de libertad, complementaria a la pena, como preveía el PLOCP de 1980 y la PANCP de 1983, lo que permitiría salvar la limitación de nuestro Código penal que, en principio, sólo permite imponer medidas a inimputables y a semiimputables. Pero también es aconsejable incorporar medidas postdelictivas consistentes en un control o vigilancia policial o la sumisión a vigilancia de la autoridad y un seguimiento forense ambulatorio posterior y prolongado, propiciando, si fuera posible, un cambio del entorno social ambiental (63). Otra vía sería articular tratamientos orientados a la modificación de la conducta y de la personalidad en comunidad terapéutica ocupacional junto a otros enfermos con la misma sintomatología, organizando talleres formativos (terapia cognitiva-conductual), de educación sexual, no descartándose, en su caso, al recurso farmacológico de antidepresivos y ansiolíticos (64). En definitiva, actuaciones encaminadas a dotar de sentido positivo a la vida del sujeto y que nuestra legislación permitiría en un desarrollo adecuado del artículo 105 CP.

Podrá pensarse, en determinados casos, desde la óptica preventivo-especial, en potenciar en el ámbito de las medidas, las posibilidades de los beneficios penitenciarios de cumplimiento de la pena en régimen abierto –por ejemplo, el denominado tratamiento *open door*, en semilibertad o en condiciones de *day hospital*– aunque en el caso de los psicópatas esta opción puede ser problemática. La experiencia parece haber demostrado el pesimismo reinante en torno a la

---

(63) De esta opinión, LEAL MEDINA «La psicopatía y su incidencia como anomalía psíquica en la doctrina del Tribunal Supremo ...», *op. cit. Revista Derecho y Proceso Penal* 10, 2003, pp. 172-173.

(64) *Vid.* por todos, GARRIDO GENOVÉS, *Psicópatas y otros delincuentes violentos*, *op. cit.*, 2003, pp. 130 y ss.; o, en el caso de delincuentes sexuales, un tratamiento reductor de la testosterona combinado con programas de tipo psicosocial. Para la experiencia británica, destaca el afamado centro especializado «Broadmoor-Hospital», a unos 50 km al este de Londres, creado en 1863 como «Criminal Lunatic Asylum», *vid.*, L. GRETENKORD «Broadmoor-Die Behandlung psychisch gestörter Rechtsbrecher in englisch “Maximum Security Hospitals”», *MschKrim* 78, 1995, pp. 19-27.

idea de que el simple paso del tiempo contribuya a corregir el trastorno, especialmente si se trata de períodos de tratamiento de breve duración; por eso, sería razonable reflexionar acerca de que los psicópatas y otros sujetos con trastornos antisociales de la personalidad, deban someterse a terapias de más larga duración que el resto de pacientes (65).

En tercer lugar, si persiste la peligrosidad, cabe la posibilidad de decretar la incapacitación judicial y el internamiento clínico, de acuerdo con los artículos 756 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 –*internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico*– (que reemplaza el antiguo régimen legal de los arts. 211 y siguientes del Código civil) y lo señalado en la Disposición Adicional Primera de la LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código penal (66). Desde Italia, Bertolino propone, en caso de que persista la peligrosidad, una vez cumplida la medida, una única prórroga, impuesta con todas las garantías de defensa, por un tiempo determinado, de la misma naturaleza que la medida ya cumplida o de otra más idónea de acuerdo con criterios terapéuticos (67). Esta atractiva idea, sin embargo, no se acomoda muy bien al principio de legalidad, y además toma en cuenta la futura peligrosidad respecto de un hecho delictivo pasado por el que ya ha respondido completamente al haber cumplido la medida.

3. Lo que desde luego resulta inaceptable es el *modelo británico* recientemente implantado por la *Dangerous People with Severe Personality Disorder Act*, aprobada por la Cámara de los Comunes el 4-3-2000, en la línea ya emprendida por la *Sex Offenders Act 1997* y

---

(65) NEDOPIL, «Die Bedeutung von Persönlichkeitsstörungen für die Prognose künftiger Delinquenz», *op. cit.*, MschrKrim 80, 1979, pp. 80-81.

(66) Propuesta inicialmente patrocinada por el Prof. F. MUÑOZ CONDE, «Medidas de seguridad en la reforma de 1983 y en la PANCP: «¿monismo o dualismo?», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, monográfico 6, 1983, pp. 491 y ss., esp. pp. 505 y ss., con amplia aceptación en la doctrina posterior. Sobre las consideraciones críticas que suscita el nuevo artículo 763 LECivil, véase SANZ MORÁN, *Las medidas de corrección y de seguridad...*, *op. cit.*, 2003, pp. 196-204, con ulteriores referencias bibliográficas, donde plantea cuestiones de inconstitucionalidad, dado que la LECivil no es Ley Orgánica y contempla internamientos (privaciones de libertad); por otro lado, es el médico quien decide la clase, inicio y fin de la terapia a desarrollar y el juez se limita a dar su autorización o a aceptar su terminación por prescripción médica; por otro lado, el internamiento previsto tiene carácter tutelar, sin pretensión de neutralizar la peligrosidad, con carácter indeterminado por lo que se puede traducir en un fraude de etiquetas; sobre estas cuestiones, también la *Circular núm. 1/1996, de 23 de febrero de la Fiscalía General del Estado, sobre el régimen transitorio del CP de 1995*.

(67) BERTOLINO, «Fughe in avanti e spinte regressive in tema di imputabilità penale», *op. cit.*, RIDPP 2001, pp. 868 y 871.

por la *Crime (Sentences) Act 1997* (68). Las medidas adoptadas por la citada Ley permiten imponer una sentencia indeterminada para sujetos socialmente muy peligrosos por sus graves trastornos de personalidad (se piensa en los psicópatas) (69), no sólo cuando sean acusados de la comisión de un «delito violento o sexual» (*a violent or sexual offence*) sino también «cuando el comportamiento de esta persona ha dado motivos suficientes para creer que puede cumplir las condiciones señaladas en la sección 1» (70), aun cuando todavía no hubiera cometido un delito, sobre la idea de que no existe un tratamiento ni jurídico ni terapéutico eficaz que neutralice su querencia criminal. En este sentido, los jueces podrían imponer una sentencia inicial susceptible de ser ampliada indefinidamente en el tiempo, con revisión anual, si los informes médicos consideran que ese sujeto continúa siendo socialmente peligroso (71); en el caso de que desaparezca tal riesgo podría concederse una «conditional licence», si bien con la posibilidad de imponer ciertas restricciones a la libertad ambulatoria del sujeto (72). Esta normativa, a juicio de McAlinden, resulta altamente criticable desde distintas ópticas, que convergen en una vulneración de los principios fundamentales sobre los que se asienta el Derecho penal contemporáneo; particularmente, porque permiten aplicar medidas predelictuales privativas de libertad no por la comisión de un delito sino por la probabilidad de delinquir en el futuro; pero, además, sobre la base de que la apreciación predictiva de un juicio de peligrosidad no es científicamente infalible. Por otro lado, la posibilidad de prolongar el internamiento en base a un dictamen médico es contrario al debido proceso en derecho (*due process of law*) y se aproxima al *bis in idem* (*double jeopardy*); y, finalmente, en aras de la consecución máxima de expectativas defensoras, preventivo-generales, se llega a desestabilizar abiertamente el principio de pre-

---

(68) Sobre ello y para lo que sigue, *vid.*, MCALINDEN, A.-M., «Indeterminate Sentences for the Severely Personality Disordered», *The Criminal Law Review (CLR)* 2001, pp. 108-123.

(69) Sección 1: «...as suffering from a severe personality disorder, and (b) as presenting a danger to the public as a result of the disorder, the court may make that person subject to a Dangerous Severe Personality Disorder Order» (DSPDO).

(70) Sección 2: «A person may referred by a county court for assessment for a DSPD Order on application from an authorised officer of a local authority, where the behaviour of that person has given reasonable grounds to believe that he may fulfil the conditions set out in section 1 above».

(71) Sección 5 (1): «The continued detention of a person pursuant to a DSPD Order shall be subject to review by the Panel at least once in any period of 12 months».

(72) Sección 5 (3): «including limitations on the freedom of movement of the person concerned as the court considers appropriate».

sunción de inocencia, porque no queda claro sobre quién recae el deber de probar el grave desorden de personalidad y la peligrosidad social del sujeto (73).

V. Recapitulación. La problemática que rodea a la categoría de la culpabilidad y a sus elementos configuradores se halla sometida a un estado de constante revisión dogmática. Este proceso se observa de modo singular en el tratamiento de la imputabilidad cuya modulación se va perfilando al compás de los progresos científicos; pero este rasgo es el que, paradójicamente, introduce también una nota de cierto relativismo. Buena muestra de ello son las importantes revisiones, nunca definitivas, efectuadas a nivel internacional en el seno de la OMS y de la Asociación Psiquiátrica Americana que, unas veces fruto de factores culturales y otras de los avances del conocimiento, contribuyen decisivamente al intento de clarificar el estado mental del sujeto, la motivación del paso al acto, la capacidad de autocontrol del comportamiento, etc. Los peritajes médicos, psiquiátricos, encierran componentes subjetivos y valoraciones, por lo que sus resultados están aquejados, como corresponde a la Ciencia médica en general, de un cierto margen de inexactitud; con todo, son imprescindibles y, si de verdad queremos respetar la máxima de que la pena no alcance al inimputable, debería generalizarse en un porcentaje muy superior al actual la práctica de peritajes psiquiátricos en el marco del proceso penal. Del mismo modo que las investigaciones genéticas presentan un gran atractivo hacia el futuro científico, aun cuando tengan planteados numerosos interrogantes por resolver. Todo ello hace que, correlativamente, la nebulosa que rodea al incierto pronóstico inherente al juicio de peligrosidad se caracteriza por la ausencia de parámetros firmes de medición y, a cambio, por el manejo de criterios indiciarios.

El dogmático y el científico deben mantenerse alerta en el momento presente, también en el campo de la imputabilidad, ante posibles tentaciones autoritarias, animadas unilateralmente por consideraciones preventivo-generales, en desprecio de las conquistas logradas hasta el presente tras los descubrimientos de significativos representantes de la Escuela positiva italiana. Esta perspectiva parece haber descuidado la reciente normativa británica en la materia.

---

(73) McALINDEN, *ibidem*.



# La Sentencia en el Proceso Penal de Menores

IGNACIO COLOMER HERNÁNDEZ

Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I. Introducción.–II. Requisitos formales de la Sentencia del Proceso de Menores. a) Plazo y registro de la sentencia; b) Forma y lenguaje de la sentencia.–III. Contenido de la Sentencia del Proceso de Menores. a) Elementos que conforman la decisión del juez de menores. a.1. Elementos determinantes de una posible responsabilidad penal del menor; i. Las razones expuestas por el Ministerio Fiscal y por el letrado del menor; ii. Valoración de la prueba practicada; iii. Lo manifestado por el menor imputado; a.2. Elementos determinantes de la medida a imponer; i. Lo manifestado por el menor; ii. Las circunstancias y gravedad de los hechos; iii. La personalidad, edad, situación, necesidades, entorno familiar y social del menor; iv. Otros elementos no previstos en el artículo 39.1 LORPM; b) Contenido mínimo e indispensable de una sentencia dictada en un proceso de menores; i. El relato de hechos probados; ii. Descripción de la medida impuesta en la sentencia; 1. Justificación de la medida elegida entre todas las propuestas; 2. Explicación de la medida impuesta.–IV. Motivación exigible a la sentencia de menores; a) Motivación del juicio de hecho; b) Motivación del juicio de derecho; c) Motivación de la decisión sobre la medida adoptada frente al menor.

## I. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero de Responsabilidad Penal de los Menores (en adelante LORPM) desde su Exposición de Motivos establece como un eje central de la nueva regulación el objetivo prioritario de extender todas las garantías de los procesos penales al procedimiento de menores. De ahí que no resulte superfluo traer a colación en este momento que tales garantías también se extienden a la fase de decisión del proceso de menores, y que, por tanto, la sentencia que le ponga fin habrá de reunir todas las características predi-

cables de una decisión adoptada en el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Lo que supone que la sentencia del juez de menores deberá ser en todo caso una decisión fundada en Derecho, de fondo, y suficientemente motivada. Es conveniente recalcar estas características de la sentencia del procedimiento de menores para evitar que en una inadecuada interpretación del concepto «interés del menor» pudiera entenderse por algún juez de menores que sus sentencias, dado su contenido educativo, no deberían adaptarse a las exigencias previstas en los artículos 38 y 39 de la LORPM (1).

En este sentido, no se puede olvidar que las sentencias de los jueces de menores son ante todo resoluciones jurisdiccionales, y que en consecuencia deben ser dictadas con sumisión a la ley (art. 117 CE); lo que obliga al juzgador a respetar el contenido de la normativa vigente, y en particular los preceptos de la LORPM, sin que el apoyo en un concepto jurídico indeterminado, como es el interés del menor, le permita sustraerse de los vínculos y garantías que la ley fija para la protección del menor (2).

Desde otro punto de vista, es necesario destacar que la sentencia del procedimiento de menores no puede ser nunca una resolución de contenido meramente procesal, sino que en todo caso debe entrar en el fondo del asunto absolviendo o condenando al menor por las acciones y omisiones que se le imputen.

Por último, la sentencia en el proceso de menores ha de venir suficientemente motivada, con la particularidad de que en este punto el artículo 39 LORPM establece una serie de exigencias a nivel legal en orden a la justificación de la decisión del juez de menores que completa la previsión constitucional del artículo 120.3 Constitución, y que constituye, junto con el artículo 218 LEC, la normativa más avanzada en el ámbito legal respecto al diseño de la obligación de motivar las resoluciones jurisdiccionales.

---

(1) Al respecto, ORNOSA FERNÁNDEZ constata la existencia de una desconfianza de esta ley respecto a los jueces de menores cuando señala que «resulta cuando menos sorprendente la redacción de este precepto (art. 39) en el que se especifica con todo detalle todo lo que el juez debe tener en cuenta para adoptar su resolución y se insiste de forma repetitiva en que la sentencia se debe ajustar a lo previsto en la LOPJ, lo cual no puede ser de otra forma, ya que en caso contrario, la sentencia vulneraría el principio de legalidad y caería en la arbitrariedad» (*vid. Derecho penal de menores*, Bosch, Barcelona, p. 347).

(2) En este sentido no resultaría admisible una eventual sentencia de un juez de menores en la que se imponga al imputado una medida distinta de las previstas en el catálogo contenido en el artículo 7 LORPM, y ello a pesar de que el juzgador considere que se tutela mejor el interés del menor con dicha medida, circunstancia ésta que en ningún modo le autorizará a vulnerar el principio de legalidad en la tipificación de la medida contenido en el mencionado precepto.

Por tanto, no debe perderse de vista que, a pesar de que la LORPM diseñe un modelo mixto entre responsabilidad y naturaleza educativa de la medida, esto no puede ser excusa para alterar las garantías predicables de una resolución jurisdiccional, sino más bien al contrario, tal circunstancia debe servir a los jueces para reforzar las exigencias que ha de reunir toda sentencia.

En definitiva, la labor de los jueces de menores es aplicar las normas jurídicas, aunque en la misma se vean influidos por el principio de defensa del interés del menor, principio que, en todo caso, quedará garantizado cuando la decisión se dicte respetando no sólo las normas materiales, sino también las procesales referentes al procedimiento y, sobre todo, a la sentencia. Hay pues, que considerar definitivamente desterrada aquella posición tuitiva respecto del menor que era el justificante para que los órganos jurisdiccionales prescindiendo del procedimiento procurasen, desde antaño, la justicia del caso concreto sin sumisión a casi ningún límite. Por el contrario, hoy día debemos entender que el juez de menores habrá de buscar el interés del menor en su actuación, pero siempre dentro de un respeto exquisito del procedimiento de la LORPM, ya que en el mismo tiene cabida como uno de sus principios inspiradores la defensa del interés del menor imputado.

De lo manifestado hasta el momento se deduce la necesidad y, sobre todo la utilidad, de estudiar los requisitos de la sentencia del proceso de menores, tanto desde un punto de vista formal— estructura, forma y plazo para dictarla—, como desde una perspectiva material— contenido, elementos determinantes de la decisión, y necesidad de su motivación— por constituir un magnífico exponente del modelo de garantía y de protección de los derechos del menor como imputado establecido por la LORPM.

## II. REQUISITOS FORMALES DE LA SENTENCIA DEL PROCESO DE MENORES

Realizar un análisis de la sentencia del proceso de menores desde el punto de vista formal obliga a considerar diversas cuestiones tales como: el plazo para dictarla, su estructura y especialmente la forma que habrá de revestir. Todas ellas son importantes en cuanto determinan las exigencias formales que deberá de reunir la decisión del juez de menores para poder revestir la forma de sentencia tal como se prevé en la LORPM. En este sentido resulta de interés el estudio de los requisitos formales de la sentencia del procedimiento de menores, ya

que en la misma se imponen expresamente exigencias simplemente implícitas en la regulación general de los requisitos de la sentencia contenidos en la LOPJ. Así, en concreto merece especial atención el uso del lenguaje que se exige al juez de menores en su sentencia, pues se le requiere una claridad y comprensión en la redacción no paragonable con la exigida a otros órganos jurisdiccionales.

### A) Plazo y registro de la sentencia

El artículo 38 de la LORPM prevé que la sentencia en los procesos de menores se dicte en un plazo máximo de cinco días tras la terminación de la audiencia. Por tanto, aunque el mencionado precepto establezca como inicio del cómputo del plazo para dictar sentencia la finalización de la audiencia, hay que entender que esta terminación de la audiencia se identifica con la finalización de la declaración del menor en el ejercicio del derecho a la última palabra del artículo 37.2. Así pues, tras el ejercicio del derecho a la última palabra por parte del menor o tras el ofrecimiento de dicho derecho si no lo quisiese ejercitar, el juez dejará la causa vista para sentencia y comenzará el cómputo del plazo de los cinco días previstos en el artículo 38 (3).

Una de las obligaciones formales que se establecen en el artículo 39.3 LORPM en relación con las sentencias de los jueces de menores es la de su registro en cada juzgado de menores. Sin embargo, esta obligación de registro plantea ciertas cuestiones de interés por lo eximio de la redacción legal mediante la que se impone a los jueces ese deber de registro.

La primera de las cuestiones que surge es determinar el ámbito material de esta obligación de registro, o lo que es lo mismo, delimitar qué resoluciones del juez de menores habrán de ser registradas. La respuesta viene dada en el propio artículo 39.3 cuando circunscribe la obligación de registro a las sentencias definitivas, es decir, a aquellas resoluciones que revistan la forma de sentencia y que resuelvan el fondo del asunto. Por tanto, no deberán registrarse los autos de sobreseimiento (art. 33 b) en los casos en que legalmente proceda tal decisión judicial. Ello no obstante, alguna duda podría plantear en cuanto a la necesidad de registro para el supuesto del artículo 36.2, es decir, respecto a la resolución que ponga fin al procedimiento por confor-

---

(3) El respeto del plazo de decisión es esencial en el proceso de menores, dado que «la eficacia de las medidas está especialmente vinculada a la proximidad en el tiempo entre el hecho cometido y la imposición de la medida» (Cfr. TAPIA PARREÑO «De la sentencia y régimen de recursos», en *Justicia de Menores: una justicia mayor*, CGPJ, Madrid, 2000, p. 172).

midad del menor y su letrado con los hechos y la medida solicitada por el Ministerio Fiscal. La duda puede surgir por el hecho de que la LORPM no indique en el propio artículo 36.2 la forma que habrá de revestir la resolución estimatoria de la conformidad, por lo que en principio si fuese un auto no necesitará ser registrado. Sin embargo, si se tiene en cuenta que, de una parte, la conformidad es una resolución que entra en el fondo del asunto al aceptar la solución convencional a la que hayan llegado las partes, y que de otra parte, el artículo 32 prevé que la conformidad se instrumente mediante sentencia, no deben existir dudas pese al silencio del artículo 36 sobre la necesidad de registro de las resoluciones de conformidad en cada juzgado de menores.

La segunda de las cuestiones que plantea la obligación de registro del artículo 39.3 LORPM se concreta en determinar cuál deberá ser el criterio a emplear para proceder al registro de dichas sentencias. Al respecto, la Ley no establece cómo habrá de procederse al registro, no indica si se clasificarán por criterio cronológico, por el sentido de la resolución (condenatoria o absolutoria), por la persona del imputado, por el delito o falta imputados, o en general por cualquier otra regla de clasificación que permita tener acceso con facilidad al contenido de la sentencia archivada. En este sentido cualquiera que sea la fórmula que se emplee en la práctica para proceder al registro habrá de basarse en una regla clasificatoria que, en mi opinión, deberá de respetar las exigencias derivadas del artículo 20.2 (4) y que, por tanto, permita que con el sistema de registro adoptado se pueda conocer inmediatamente todas las sentencias recaídas contra un mismo menor (5). No hay duda entonces de que el registro debería estructurarse, al menos, atendiendo a la persona del imputado, con independencia que se puedan establecer otros criterios clasificatorios simultáneos y accesorios.

---

(4) En este precepto se establece la unidad de expediente personal del menor en la Fiscalía, de manera que todos los procedimientos que se instruyan contra el mismo se archivarán en dicho expediente. Esta idea del expediente personal único se extiende por el propio precepto para el archivo en el juzgado de menores de las diversas diligencias contra un mismo menor. De todo lo anterior no es extraño que se pueda deducir que el registro de las sentencias definitivas deberá realizarse atendiendo a la persona del imputado, respetando de este modo la necesaria unidad personal del expediente establecida por el artículo 20.

(5) Desde otra perspectiva URBANO CASTRILLO considera que el registro de las sentencias definitivas ha de servir de «referencia fehaciente, para la ejecución de lo resuelto y para facilitar la información y cooperación que se requiera del órgano en cuestión» (Cfr. *Comentarios a la Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores*, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 356).

## B) Forma y lenguaje de la Sentencia

La sentencia del proceso de menores es, por regla general, una resolución escrita, lo que no es obstáculo para que respecto a la misma se autorice la anticipación oral del fallo al término de las sesiones de la audiencia (art. 39.1 *in fine*). Sin embargo, esta posibilidad de oralidad plantea un grave problema interpretativo que el indicado precepto contribuye a provocar, pues no se sabe si lo que se autoriza es una simple anticipación oral del fallo, como del tenor literal parece deducirse, o si, por el contrario, se está permitiendo la posibilidad de sentencias orales en el proceso de menores. La cuestión no es baladí, ya que resulta evidente que las exigencias de una anticipación oral del fallo son inferiores a los que requiere una sentencia oral. Dado que esta última requiere que la decisión adoptada sea acompañada de una justificación suficiente de la misma, mientras la mera anticipación sólo exige enunciar verbalmente el resultado de la decisión.

Al respecto, estimo que es necesario sostener, a pesar del tenor literal del artículo 39.1 LORPM, que los jueces de menores sólo tendrán la posibilidad de dictar sus sentencias oralmente, pero que de ningún modo podrán simplemente anticipar el fallo (6). Esta interpretación es acorde con lo previsto para el procedimiento abreviado en el artículo 789. 2 de la LECRIM, lo que constituye un argumento sólido para defender que el juez de menores sólo puede dictar una sentencia oral y no limitarse a la anticipación del fallo. Al tiempo, no debe dejarse de lado el hecho de que la posibilidad de oralidad de la resolución en el proceso que nos ocupa sólo persigue la obtención de una mayor inmediación entre el juez y el menor. Y es que, en este sentido, resulta interesante la posibilidad que brinda el artículo 39 LORPM de conseguir una mayor inmediación entre el menor y el órgano jurisdiccional a través de lo que la Ley denomina como «anticipación oral del fallo», pues ciertamente la oralidad de la sentencia aparece como un instrumento esencial para lograr el objetivo de que la resolución dictada sea comprensible para el menor imputado. De donde se deduce que la expresión oral del fallo podrá ser utilizada por los jueces de menores como mecanismo inicialmente válido para explicar el contenido esencial de su decisión al menor encausado directamente sin la intervención de tercera persona (7), todo ello sin perjuicio de la nece-

(6) En igual sentido, *vid.* TAPIA PARREÑO, *op. cit.*, p. 185.

(7) En opinión de CORTÉS DOMÍNGUEZ las sentencias orales tienen un ámbito de utilización muy reducido, que casi únicamente se circunscribe para los casos menos complicados (V. g. absolución por falta de prueba de cargo o por no acreditarse la participación del menor en los hechos imputados) (Cfr. *Derecho Procesal Penal*, 3.ª ed., Colex, Madrid, 1999, p. 682).

saría concreción de la motivación de la sentencia en el momento ulterior de su redacción (8).

Para refuerzo del objetivo de lograr la comprensión de la sentencia que ponga fin al proceso de menores la LORPM ha introducido una exigencia expresa al órgano jurisdiccional a la hora de proceder a redactar su resolución. Y es que el juez tiene la obligación de procurar que en su sentencia los razonamientos judiciales se expresen en un lenguaje claro y comprensible para la edad del menor. Hay, pues, un deber de adaptar la resolución dictada a las exigencias del destinatario de la misma. Para ello no es posible perder de vista que este destinatario, auditorio en terminología de Perelman, carece de conocimientos jurídicos, razón por la que el lenguaje empleado por el juez de menores no podrá perderse en tecnicismos que impidan al menor tomar conciencia de la realidad de sus actuaciones y de las consecuencias de las mismas.

La importancia de este artículo 39.2 se encuentra en el hecho de ser un reconocimiento legal y expreso del requerimiento de claridad y fácil comprensión de las resoluciones jurisdiccionales que debe presidir la actuación de los tribunales. Es lógico que en un proceso como el de menores, en el que se ventila una pretensión penal no punitiva frente a sujetos que, como regla general, carecen de la mayoría de edad, se haya dado el paso de incluir como requisito formal de la sentencia la utilización de un lenguaje claro y comprensible adecuado a la edad del menor destinatario de la misma.

La trascendencia de esta exigencia puede incluso desplegarse en sede de recurso de apelación, ya que no existiría inconveniente para admitir una apelación frente a una sentencia condenatoria que por su lenguaje resultare incomprensible para el menor (9).

Por tanto, a modo de conclusión debe recalcar la necesidad de que la sentencia sea comprensible, especialmente la condenatoria, pues el menor en cuanto destinatario principal de la misma debe

---

(8) Sobre el alcance de la obligación de motivación en relación con las sentencias *in voce* ver COLOMER HERNÁNDEZ, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 79 y 80.

(9) Puesto que la exigencia de claridad y comprensión en el lenguaje forma parte del contenido esencial de la sentencia del proceso de menores, de manera que su falta determina la nulidad de la resolución. Ahora bien, más problemas plantearía el supuesto de una sentencia absolutoria del menor que fuese incomprensible, ya que en tal supuesto nuestros tribunales suelen entender que no existe gravamen que legitime la interposición del recurso si el fallo se estima adecuado por la parte recurrente. Sobre esta cuestión se puede consultar a Díez PÍCAZO «La justicia y el sistema de fuentes del Derecho», en *Anuario Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (1997)*, BOE, Madrid, 1997, p. 211.

poder conocer las consecuencias de su conducta y la medida que se le va a imponer sin necesidad de que una persona interpuesta, su abogado, le explique el sentido de la resolución judicial (10).

Otra de las cuestiones que merece algún comentario en relación con la forma de las sentencias de los procesos de menores es la relativa a su estructura. Al respecto, el artículo 39.1 después de reconocer la posibilidad de anticipar oralmente el fallo prevé que las sentencias posteriormente se documenten con arreglo a lo previsto en el artículo 248.3 LOPJ. De ahí que, por tanto, la estructura de la sentencia ha de venir constituida por: encabezamiento, antecedentes de hecho, hechos probados en su caso, fundamentos de derecho y fallo o decisión.

El encabezamiento debe contener los datos y circunstancias que permitan identificar adecuadamente la causa, las partes y el órgano judicial que conozca del objeto procesal.

Los antecedentes de hecho se dedican a recopilar los principales actos del procedimiento de menores, proporcionando información con su simple lectura sobre los datos procesales más relevantes de la causa.

De toda la estructura de la sentencia del proceso de menores la LORPM resalta especialmente la necesidad de que se incluyan en el texto de la misma los hechos que se estimen probados (11), que permitan adoptar un fallo congruente con lo pretendido por las partes. La obligación de incluir el relato de hechos probados en las sentencias de menores es consecuencia directa de la naturaleza del procedimiento, es decir de su naturaleza penal no punitiva, lo que le acerca en cuanto a la estructura de la sentencia a los procesos penales, y en concreto a lo dispuesto en el artículo 142.2 LECrim para las causas criminales penales, dada su condición de derecho supletorio en cuestiones de procedimiento (Disp. Final Primera LORPM). En consecuencia, los jueces de menores están gravados con la obligación de establecer un relato de hechos probados adecuadamente justificado, como tendremos ocasión de ver con más detenimiento al estudiar la exigencia de motivación de la sentencia dictada.

Los fundamentos jurídicos deberán recoger la tarea de subsunción de los hechos probados dentro de la calificación jurídica prevista en

---

(10) En palabras de TAPIA PARREÑO hay que «hacer un esfuerzo para que el niño entienda por qué se le impone una medida y no otra, pues no son el fiscal ni el letrado del menor, ni eventualmente el perjudicado los destinatarios principales de la medida» (Cfr. *op. cit.*, p. 186).

(11) El propio artículo 39.1 reconoce paladinamente que la sentencia en el proceso de menores «será motivada, consignando expresamente los hechos que se declaren probados y los medios probatorios de los que resulte la convicción judicial».

la norma penal y propuesta por las partes o por el juez de oficio conforme a los requisitos del artículo 37 LORPM. Al mismo tiempo, el juez en la fundamentación jurídica habrá de tomar en consideración la existencia de circunstancias eximentes, agravantes o atenuantes de la responsabilidad, el grado de participación delictiva, así como las circunstancias determinantes de la medida adoptada en interés del menor.

Por último, en el fallo el juez debe limitarse a absolver o condenar al menor por el delito principal y los conexos que se le imputen, con expresa determinación de la medida que se le impone.

### III. CONTENIDO DE LA SENTENCIA DEL PROCESO DE MENORES

A la hora de estudiar el posible contenido material de las sentencias de menores hay que ocuparse de dos grandes cuestiones: de una parte, el análisis de los elementos que con carácter necesario el juez debe tener en cuenta a la hora de decidir; y de otra parte, el examen de los diversos elementos que han de integrar el contenido mínimo de la sentencia. En este sentido, resulta muy interesante que la LORPM se haya ocupado de regular, siquiera de manera somera, ambas dimensiones del contenido material de la sentencia, ya que de esta forma se garantizan, de un lado, el material de hecho y de derecho que el juez de menores deberá de manejar en el momento de decidir; y de otro lado, la delimitación de los confines a los que deberá extenderse dicha decisión para ser congruente y exhaustiva (12).

#### A) Elementos que conforman la decisión del juez de menores

Un acierto de la LORPM es haber introducido referencia expresa a los elementos que el juez de menores debe tener presente a la hora de decidir acerca de la eventual responsabilidad del menor. La explicación de esta inclusión expresa de elementos que deban ser tenidos en cuenta para formar la convicción judicial debe buscarse necesaria-

---

(12) Sobre la exhaustividad y congruencia como requisitos imprescindibles de toda sentencia ver artículo 210 Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, y en particular las reflexiones de MONTERO AROCA sobre ambos conceptos en *Principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 81-94.

mente en la clara finalidad pedagógica de la LORPM. Y es que parece como si el legislador creyese que los jueces podrían no tener claro las cuestiones a las que deben atender a la hora de decidir (13), razón por lo que ha optado en el artículo 39.1 por enumerar cada uno de los elementos que el juez habrá de examinar a la hora de pronunciarse sobre la existencia o no de responsabilidad de un menor (14).

En esta línea es necesario destacar como el legislador a la hora de enumerar los elementos que conforman la decisión judicial en el proceso de menores incluye, tanto los elementos que permitan al juez pronunciarse sobre la posible responsabilidad del menor, como los elementos que puedan conformar la decisión jurisdiccional sobre la medida a imponer. En consecuencia a la hora de analizar por separado cada uno de estos elementos habrá que distinguir según conformen la decisión sobre la responsabilidad o según permitan decidir sobre la medida a imponer a una conducta delictiva de un menor.

#### A.1. ELEMENTOS DETERMINANTES DE UNA POSIBLE RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR

Teniendo en cuenta que el modelo diseñado por la LORPM es un modelo sancionador, corregido en cierto punto por un modelo educativo en relación con las medidas a imponer (15), no es extraño que el artículo 39.1 enumere los elementos que el juez de menores deberá tener en consideración en el momento de apreciar responsabilidad respecto a un concreto menor. Ahora bien, si bien es cierto que se debe agradecer que el legislador haya incluido los elementos que deben conformar la decisión judicial en cuanto a la apreciación de responsabilidad, también es cierto que la Ley puede ser criticada por su falta de rigor y tecnicismo a la hora de enumerar tales elementos, como a continuación se pone de manifiesto al analizarlos individualmente.

---

(13) Para parte de la doctrina se señala (Cfr. ORNOSA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 347) que la desconfianza del legislador es el motivo de que exista un precepto como el artículo 39.1 dedicado a enumerar los elementos que debe manejar el juzgador al decidir.

(14) Obsérvese que en los procesos penales, o no existe indicación de los elementos que debe tener en cuenta el tribunal al dictar sentencia, como ocurre en el proceso abreviado (*vid.* 789 LECrim), o simplemente hay una enumeración de elementos más reducida o sintética que la del proceso de menores, como sucede con el proceso ordinario (*vid.* 741 LECrim).

(15) La propia Exposición de Motivos de la LORPM en su párrafo primero expresamente reconoce que la Ley «termina estableciendo un procedimiento de naturaleza sancionadora-educativa, al que otorga todas las garantías derivadas de nuestro ordenamiento constitucional, en sintonía con lo establecido en la aludida Sentencia del Tribunal Constitucional y lo dispuesto en el artículo 40 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989».

### I. *Las razones expuestas por el Ministerio Fiscal y por el letrado del menor*

El primero de los defectos que se constata en el artículo 39.1 LORPM a la hora de enumerar los elementos que el juez debe tener en cuenta al decidir, se encuentra en la ausencia de la más mínima referencia a la posible intervención del perjudicado o de la víctima en el proceso mediante el ejercicio de la acusación particular tras la modificación legal del artículo 25 LORPM en noviembre de 2003 (16). Y es que, desde el momento que el legislador introduce la posibilidad de la acusación particular con facultades alegatorias en estos procedimientos de menores, resulta evidente que el juzgador a la hora de decidir debe atender también a lo manifestado por la víctima o perjudicado al ejercer la acusación particular a pesar de que el tenor literal del artículo 39 no lo recoja como un elemento determinante de su decisión (17).

Un segundo aspecto de crítica a la regulación legal en este punto, se encuentra en la amplitud, y consecuente poca definición técnica, con la que se recoge este primer elemento conformador del contenido de la sentencia (18). Esta deficiente caracterización del elemento que el juez debe atender para decidir obliga al intérprete a entender que bajo la expresión legal «razones expuestas» se encuentran incluso los siguientes elementos determinantes de la decisión judicial:

1. Hechos alegados por las partes. Dentro de los mismos atenderá a los hechos constitutivos de la pretensión penal formulada por el fiscal o, en su caso, por el acusador particular, así como a los eventuales hechos impeditivos o extintivos introducidos por el letrado del menor (19).

---

(16) Dicho precepto ha sido modificado por la Disposición Final 2 de la LO 15/2003 de 25 de noviembre en el sentido de permitir la intervención como acusación particular en el proceso de menores a las víctimas o perjudicados directos por la actuación delictiva.

(17) Este es un claro ejemplo de una deficiente técnica legislativa en la que la reforma parcial de una ley (v.g. art. 25 LORPM) tiene trascendencia en múltiples aspectos del propio texto legal, que, sin embargo, no son adaptados, ni modificados de acuerdo con la reforma introducida.

(18) Sin que, a mi modo de ver, pueda servir como justificación del empleo en la LORPM de una expresión tan general como «razones expuestas» el hecho de que el artículo 741 LECrim para el juicio ordinario por delitos también la utilice, pues una ley del año 2000 debiere ser claramente superior en cuanto a técnica legislativa a la LECrim, y consecuentemente debiere evitar el empleo de conceptos sin un contenido técnico jurídico concreto.

(19) Las alegaciones fácticas de las partes acusadoras y de la parte defensora establecen los límites de la *quaestio facti* que el juez de menores no puede traspasar mediante la introducción de oficio de hechos no alegados.

2. Valoración jurídica de los hechos. El juez de menores queda no sólo vinculado por los hechos alegados por las partes sin que, por tanto, pueda introducir nuevos elementos fácticos, sino que también queda constreñido por la calificación jurídica de los hechos sostenida por ambas partes (20). De donde se deduce que el juez carecerá de libertad para calificar los hechos de forma distinta a lo solicitado por el fiscal o por el abogado del menor (21).

## II. *Valoración de la prueba practicada*

Hay cierta falta de rigor en la Ley cuando remite a la valoración de la prueba como elemento determinante de la decisión del juzgador, ya que en sentido estricto el juez para decidir no habrá de atender a la valoración de la prueba sino al resultado de la misma, los hechos probados. Por tanto, el juez de menores al dictar su sentencia tendrá que tomar en consideración los hechos alegados por las partes que resulten probados, pues éstos serán los verdaderos elementos que deberán condicionar su decisión sobre el juicio de hecho. Por lo que respecta a la valoración de la prueba, el juez habrá de justificarla adecuadamente en la motivación como luego se verá, para lo cual en esencia deberá de indicar las máximas de la experiencia utilizadas, así como las conclusiones a las que se llegue mediante la aplicación de las mismas.

## III. *Lo manifestado por el menor imputado*

El tercero de los elementos que han de conformar la decisión judicial sobre la responsabilidad del menor es la propia declaración de éste (22). Resulta necesario que el juez a la hora decidir atienda no

---

(20) Sobre los límites y requisitos de la potestad de oficio del juzgador para alterar la calificación de las partes en el proceso penal de adultos se pueden ver entre otros COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, «La iniciativa del tribunal en las decisiones y pronunciamientos de la sentencia penal», en *Proceso penal y actuación de oficio de jueces y tribunales*, CGPJ, Madrid, 1995, pp. 243-294; PREGO DE OLIVER Y TOLIVAR, «Aproximación doctrinal al significado del artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y doctrina jurisprudencial», en *Proceso penal y actuación de oficio de jueces y tribunales*, CGPJ, Madrid, 1995, pp. 147-243; GIMENO SENDRA (con Cortés y Moreno) *Derecho Procesal Penal*, 3.ª ed., Madrid, Colex, 1999, pp. 665-668.

(21) No se debe olvidar que la facultad de presentar de oficio una diversa calificación de los hechos (art. 37.1) requiere para ser efectiva que las partes acepten la nueva valoración jurídica de los hechos planteada por el órgano jurisdiccional (art. 37. 2).

(22) Por tanto, es similar a lo dispuesto en el artículo 741 LECrim cuando reconoce como elemento que conformará la decisión a «lo manifestado por los mismos procesados».

sólo a los hechos alegados por las partes, ni a cuales de ellos resultan probados, sino que también habrá de tomar en consideración lo manifestado por el menor imputado, tanto en su declaración durante el período probatorio, como en lo expresado en el ejercicio del derecho a la última palabra contenido en el artículo 37.2.

La declaración del menor imputado reviste en el proceso de menores una excepcional importancia dada la vigencia del principio de protección o defensa del interés del menor, especialmente en la determinación de la medida a imponer. De ahí que el juzgador deba atender, como uno de los elementos esenciales determinante de su decisión, a lo manifestado por el menor respecto al curso causal de su actuación y a la voluntariedad de la misma. En cierto sentido, la declaración del menor se convierte en un instrumento privilegiado para enjuiciar su posible responsabilidad (23).

#### A.2. ELEMENTOS DETERMINANTES DE LA MEDIDA A IMPONER

La principal novedad de la LORPM en esta materia, es decir, en la enumeración de los elementos que el juez debe tener en cuenta para dictar su sentencia, se encuentra en la inclusión expresa en el artículo 39.1 de los elementos que conforman la decisión sobre la medida a imponer frente a la conducta del menor. La novedad es absoluta frente a la LECrim, pues el artículo 741 LECrim no prevé que se deba atender a ningún elemento especial para la imposición de la pena; y en cambio es una novedad simplemente relativa frente a la LRTTM, que en su artículo 3 preveía algunas circunstancias que el juez de menores tenía que tener en cuenta al decidir (24).

La explicación del porqué se incluyen los elementos determinantes de la decisión sobre la medida solicitada se encuentra, de nuevo, en la consabida defensa del interés del menor. Pues no se puede olvidar que la medida a imponer no viene legalmente señalada para cada

---

(23) A los efectos de ponderar adecuadamente el valor que debe atribuirse a una declaración autoinculpatória del menor no debe perderse de vista que para desvirtuar la presunción de inocencia debe ser acompañada de alguna prueba de cargo adicional.

(24) El artículo 3 de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio. Juzgados de Menores. Reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento. Texto refundido aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948 establecía que el artículo 16 de la Ley de Tribunales tutelares de Menores tendría la siguiente redacción: «1. El acuerdo del Juez de Menores que se designará «Resolución» apreciará las pruebas practicadas, las razones expuestas por el Fiscal como por la defensa y lo manifestado, en su caso, por el menor. Igualmente valorará las circunstancias y gravedad de los hechos, así como la personalidad, situación, necesidades del menor y su entorno familiar y social (...)».

una de las posibles conductas delictivas del menor, como ocurre en los procesos penales de adultos, sino que en la LORPM únicamente se establece un catálogo de medidas y unas reglas generales para su imposición (art. 9), que necesitarán que el juez concrete su aplicación al supuesto enjuiciado, procurando lograr en todo caso el beneficio del menor. En definitiva, dada la naturaleza eminentemente educativa que debe perseguir la imposición de la medida, no es de extrañar que para la concreta imposición de la misma se requiera que el juez conozca las circunstancias individualizadoras del interés del menor imputado. De ahí que los elementos determinantes de la decisión judicial respecto a la medida a imponer tengan por exclusiva finalidad aportar datos y circunstancias para una adecuada concreción del interés del menor (25).

### I. *Lo manifestado por el menor*

Las preferencias que el menor manifieste en relación con las medidas propuestas por las partes o por el juez de oficio son un elemento de gran valor para que el juzgador pueda determinar el concreto interés del menor respecto a la medida a imponer. Esta preferencia podrá manifestarse a lo largo de todo el proceso de menores, aunque lógicamente el cauce natural para su expresión será la declaración prestada en el ejercicio del derecho a la última palabra por desarrollarse en un momento procesal, después de la audiencia, en el que el menor tendrá pleno conocimiento de las medidas propuestas por las partes o por el juez.

Con relación a la virtualidad que estas preferencias han de tener en la decisión del juez debe recalcarse que éstas integran simplemente uno de los instrumentos para determinar el interés del menor, por lo que, a pesar de la inmediatez que supone el hecho de tratarse de una declaración del propio menor, el juez de menores podrá separarse de la preferencia manifestada si a través de los restantes instrumentos (situación personal, familiar, circunstancias del hecho, etc.) entiende que el interés del menor se tutela más efectivamente con una medida distinta de aquella aceptada por el propio menor en su declaración.

Sin embargo, a pesar de que la aceptación de una concreta medida por parte del menor durante el ejercicio de su derecho a la última

---

(25) Puesto que no se debe perder de vista que este principio de defensa del interés del menor «va también ligado a la necesidad de evitar, en la medida de lo posible, la estigmatización del menor, siendo en este ámbito fundamentalmente donde irradia sus efectos al proceso y al procedimiento» (Cfr. DE LA ROSA CORTINA, «Los principios del Derecho procesal penal de menores», en *Tribunales de Justicia*, núm. 11, noviembre 2003, p. 25).

palabra no vincule al juez si éste estima que se defiende mejor el interés del menor con otra medida distinta atendidas las circunstancias personales y fácticas concurrentes; ello no es obstáculo para que en los supuestos en que el menor manifieste una preferencia que no venga contradicha por las circunstancias concurrentes, el juez de menores deba de aceptar dicha manifestación de voluntad como exponente del interés del menor.

En definitiva, las preferencias del menor sobre una concreta medida deberán ser atendidas siempre que el órgano jurisdiccional no estime por las circunstancias concurrentes que la medida elegida o aceptada no tutela el interés del menor, en cuyo caso podrá sustituirla por cualquier otra de las propuestas que resulte más acorde con dichas circunstancias.

## II. *Las circunstancias y gravedad de los hechos*

Los jueces de menores a la hora de decidir la medida a imponer frente a la actuación de un menor habrán de tener en cuenta, no sólo las circunstancias fácticas concurrentes en la conducta delictiva, sino también la gravedad de los hechos cometidos. Como se puede deducir a simple vista la naturaleza de estos elementos que conforman la decisión judicial respecto a la medida a imponer es claramente objetiva, ya que con ellos la Ley está exigiendo del juez que tome en consideración las peculiaridades fácticas de la conducta delictiva como uno de los criterios concurrentes en la determinación de la medida a elegir de entre todas las propuestas a instancia de parte o de oficio.

Ambos elementos, circunstancias fácticas y gravedad de los hechos, no son una novedad, sino que, por el contrario, ya se contenían en el artículo 3 LRTTM. Ahora bien, lo que sí es realmente novedoso es el sistema que la LORPM establece para la aplicación de tales elementos conformadores de la decisión jurisdiccional sobre la medida a aplicar. Al respecto, hay que examinar el juego conjunto de los artículos 7 y 9 de la Ley. En el primero de ellos, se establece un listado, bajo la salvaguardia del principio de legalidad, de las posibles medidas a fijar por los jueces de menores, con indicación expresa del contenido material de cada una de ellas. Por el contrario, el artículo 9 recoge los requisitos exigidos para una posible utilización de cada tipo de medida. Es decir, en el artículo 9 se contiene la indicación de las circunstancias fácticas o de la gravedad de los hechos necesaria para la imposición de cada una de las medidas a una concreta persona menor de edad. En consecuencia, la labor del juez a la hora de decidir sobre esta materia se limitará a verificar si atendiendo a las circunstancias fácticas que resulten probadas o a la gravedad de los hechos probados

procede conforme a lo previsto en el artículo 9 emplear una u otra de las medidas del catálogo del artículo 7.

Esencialmente el juez de menores habrá de tomar en consideración las siguientes circunstancias de hecho para determinar la medida legalmente posible atendida la gravedad y características de la conducta delictiva (26):

1. Comisión del hecho con violencia o intimidación en las personas o actuado con grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas.

La concurrencia de cualquiera de estas circunstancias en el momento de la comisión de la conducta delictiva determinará que la medida a imponer, como regla general, sea la de internamiento en régimen cerrado con una duración máxima de dos años (art. 9.2.<sup>a</sup> y 3<sup>a</sup>). Sin embargo, cuando el menor tenga cumplidos los dieciséis años en el momento de la comisión de los hechos, el plazo del internamiento podrá alcanzar los cinco años, si concurriese alguna de las circunstancias analizadas y el equipo técnico en su informe haya aconsejado la prolongación de la medida (*Vid.* art. 9.4.<sup>a</sup>).

2. Comisión del hecho con extrema gravedad en la violencia o intimidación en las personas o en la actuación con grave riesgo para la vida o la integridad física de las personas.

Para el caso de que el juez de menores aprecie la existencia de esa extrema gravedad requerida por el artículo 9.5.<sup>a</sup> en la conducta del imputado mayor de dieciséis años, deberá declararlo expresamente en la sentencia e imponer una medida de internamiento de régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada sucesivamente con otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de otros cinco años.

Al respecto, la propia Ley determina que debe entender el juez por extrema gravedad, y así concurrirá esta circunstancia cuando: I) Exista reincidencia. II) En todo caso, en los delitos de terrorismo y los constitutivos de actos de favorecimiento, apoyo o reclamo de la actividad de bandas, organizaciones o grupos terroristas. III) En todo caso, también, en los delitos de asesinato, homicidio doloso y agresión sexual contemplada en los artículos 179 y 180 del Código penal.

---

(26) Para TAPIA PARREÑO, *op. cit.*, p. 181 las circunstancias y gravedad de los hechos «se determinará por la respuesta concreta que le hubiese correspondido a la acción u omisión, si se hubiese cometido por ese menor, considerándolo un adulto».

### 3. Comisión del hecho de manera imprudente.

Cuando el Juez aprecie imprudencia en la acción u omisión delictiva se producirá una limitación del abanico de medidas a imponer, ya que frente a los delitos imprudentes en ningún caso podrá establecer una medida de internamiento en régimen cerrado (art. 9.6.<sup>a</sup>).

4. Cuando atendida la gravedad del hecho éste sea calificado como falta.

La menor gravedad del ataque a los bienes jurídicamente protegidos, no olvidar que se califican como faltas y no como delitos, es la razón de que la LORPM limite la panoplia de medidas a imponer frente a tales conductas. En concreto, cuando se haya cometido una falta el juez sólo podrá utilizar alguna de las siguientes medidas: amonestación, permanencia de fin de semana hasta un máximo de cuatro fines de semana, prestaciones en beneficio de la comunidad hasta cincuenta horas, y privación del permiso de conducir o de otras licencias administrativas (*Vid.* art. 9.1.<sup>a</sup>).

### III. *La personalidad, edad, situación, necesidades y entorno familiar y social del menor*

Si en el anterior apartado nos ocupábamos de los elementos de naturaleza objetiva que el juez debe tener en cuenta a la hora de decidir sobre las medidas propuestas, en este momento procede analizar la influencia que sobre esta decisión tienen los elementos de naturaleza subjetiva. Al respecto, no debe perderse de vista que una de las especialidades del proceso de menores viene constituida por el hecho de que en el momento de la imposición de la medida que corresponda a la conducta delictiva se deberá atender no sólo a las circunstancias objetivas que acompañen al hecho delictivo, sino también a las características especiales que revista el menor participe o autor de la acción tipificada como delito o falta.

La importancia de esta dimensión subjetiva en el momento de decidir la medida a imponer proviene de la naturaleza educativa que ha de tener toda intervención que se realice sobre el menor a consecuencia de la comisión de un delito o falta. El necesario carácter educativo de toda medida exige que la misma se adapte a las concretas circunstancias personales y del entorno del menor; razón por la que no es de extrañar que el juez de menores a la hora de decidir sobre la medida a establecer deba ineludiblemente tener en consideración las peculiares circunstancias personales del destinatario de la misma. De donde se deduce que necesariamente en el proceso de menores la medida habrá

de estar diseñada de acuerdo a las necesidades del menor, y siempre bajo una finalidad educativa y no sancionadora. Para ello, la Ley prevé un listado de posibles medidas (art. 7), que los jueces de menores podrán utilizar buscando siempre la defensa del interés del menor en el caso concreto.

La obligación de atender a estos elementos subjetivos al elegir la medida grava no sólo al juez en la sentencia, sino también a las partes a la hora de proponer las medidas que consideren convenientes en sus escritos de alegaciones (art. 7.3). De ahí que, tanto el juez como las partes deban acudir al informe del equipo técnico (art. 27) como principal y privilegiado instrumento con el que contar para la apreciación de las circunstancias personales y del interés del menor.

Por tanto, a modo de conclusión, no se debe olvidar que en la LORPM en cuanto propone un modelo mixto, a caballo entre el de responsabilidad y el educativo, la imposición de la medida dependerá de naturaleza objetiva de la conducta delictiva y de las circunstancias subjetivas del autor (personales, familiares, sociales, educativas). Mientras que, por el contrario, la responsabilidad penal de los adultos dependerá esencialmente de la dimensión objetiva de los hechos, pues la realización de la conducta tipificada llevará aparejada la imposición de la pena legalmente señalada a esa acción u omisión, sin que, por tanto, sean posibles correcciones en cuanto a la determinación de la pena, aunque sí respecto a su duración (27), derivadas de las circunstancias personales del autor.

Entrando en el análisis de los concretos elementos subjetivos que el Juez habrá de manejar para decidir sobre las medidas propuestas se aprecia cierta divergencia entre la enumeración de los mismos contenida en sede de sentencia (art. 39.1) y la existente dentro del artículo 7.3, precepto dedicado a enunciar las diferentes medidas legalmente previstas. La diversa enumeración de las circunstancias subjetivas conformadoras de la decisión judicial obliga a los jueces de menores a integrarlas conjuntamente, de modo que los elementos subjetivos a tener en cuenta para la elección de la medida serán los siguientes:

---

(27) Resulta evidente que en el proceso penal a la hora de fijar la pena a la conducta el juez o tribunal estará vinculado por la sanción prevista en el correspondiente precepto del Código penal. Y sólo la apreciación de alguna atenuante o agravante podrá alterar la duración de la pena, pero no su clase por venir ésta establecida por las circunstancias de hecho concurrentes. Por el contrario en el proceso de menores tanto la elección de la medida, como su duración, vendrá determinada simultáneamente por los hechos y por la personalidad del autor menor de edad.

## 1. La personalidad, situación, necesidades y entorno familiar y social del menor

Partiendo de la finalidad educativa que debe tener la imposición de la medida es lógico que el conocimiento de la realidad personal, familiar, social y educativa del menor sea un factor que indispensablemente condicione la decisión del juzgador. Para ello el juez cuenta con el inestimable apoyo del equipo técnico, ese conjunto de profesionales especializados en el ámbito de las ciencias no jurídicas, que se ocuparán de analizar la personalidad y circunstancias concurrentes en la vida del menor infractor (28). De manera que las conclusiones contenidas en el informe del equipo técnico habrá de ser el principal instrumento para conocer las circunstancias psicológicas, sociales y educativas del sujeto al que se va a imponer una medida de naturaleza sancionador-educativa.

La propia Ley reconoce esta trascendencia del informe del equipo técnico al incluir entre las finalidades del mismo el análisis y reflejo de cualquier circunstancia que pueda resultar relevante a los efectos de la adopción de alguna de las medidas previstas en la Ley (art. 27.1).

## 2. El interés del menor

Este elemento subjetivo no se encuentra contenido en la enumeración del artículo 39.1, aunque, sin embargo, no hay duda que el juez de menores deberá contar con él, ya que, tanto el artículo 7.3 al ocuparse del catálogo de posibles medidas, como los párrafos 7 y 11 de la Exposición de Motivos, reconocen explícitamente que el interés del menor es uno de los elementos determinantes de la decisión judicial sobre la medida a imponer (29).

Como ya se ha señalado anteriormente el interés del menor es un concepto jurídico indeterminado que hay que concretar según la fase

---

(28) «En el Derecho penal de menores ha de primar, como elemento determinante del procedimiento y de las medidas que se adopten, el superior interés del menor. Interés que ha de ser valorado con criterios técnicos y no formalistas por equipos de profesionales especializados en el ámbito de las ciencias no jurídicas, sin perjuicio desde luego de adecuar la aplicación de las medidas a principios garantistas generales tan indiscutibles como el principio acusatorio, el principio de defensa o el principio de presunción de inocencia» (cfr. Exposición de Motivos núm. 7)

(29) «La Ley establece un amplio catálogo de medidas aplicables, desde la referida perspectiva sancionadora-educativa, debiendo primar nuevamente el interés del menor en la flexible adopción judicial de la medida más idónea, dadas las características del caso concreto y de la evolución personal del sancionado durante la ejecución de la medida» (Cfr. Exposición de Motivos núm. 11)

o momento procesal en que se encuentre el procedimiento. Así, en el momento de decidir sobre la medida a imponer frente a un menor habrá que entender que el concepto de defensa del interés de dicho menor debe concretarse en exigir que la decisión del juez se dirija a fijar una medida que permita el desarrollo del menor dentro de la sociedad, una vez adquirida conciencia de los efectos perjudiciales y anti-sociales de su conducta delictiva.

Por tanto, el interés del menor es un criterio subjetivo que moldea la decisión del juez de menores encaminándola a conseguir una plena integración social del menor delincuente a través de la medida que se le establezca. En consecuencia, por la propia eficacia del principio de defensa del interés del menor habrá que desterrar la posibilidad de imponer alguna medida que pretenda exclusivamente sancionar o castigar al imputado. De donde se deduce que la dimensión educativa de la medida a imponer deberá identificarse necesariamente con el interés del menor, por lo que el juez de menores al elegir una determinada medida habrá de buscar en todo caso la resocialización y educación del infractor (30).

### 3. La edad del infractor

La referencia a la edad del presunto responsable de una conducta delictiva es de suma importancia para determinar la medida a imponer. La edad influye esencialmente de dos maneras para la elección de la medida por parte del juez. En primer lugar, la edad que tenga el infractor en el momento de ejecutar la acción u omisión delictiva permitirá que el juez delimite las posibles medidas a imponer de entre todas las contenidas en el catálogo legal. Por otra parte, en segundo lugar, la edad del menor en el momento de dictar la sentencia también deberá ser tomada en cuenta para la ejecución de la medida impuesta. Curiosamente ambas edades, la del momento de la infracción y la coetánea a la sentencia, se recogen respectivamente en los artículos 7.3 y 39.1 como elementos que el órgano de menores tendrá que tener en cuenta al decidir.

---

(30) En igual sentido ORNOSA FERNÁNDEZ afirma que «el principio básico para establecer la medida adecuada es el interés superior del menor, para lo cual es evidente que los criterios del apartado anterior, relativos a sus circunstancias personales, juegan un papel muy importante en cuanto a través de ellos se puede apreciar cuál es la actuación educativa más conveniente para el menor o, si no está precisado de una actuación educativa concreta, ya que los informes pueden determinar también que el menor se encuentra en una situación donde todas las variables están normalizadas y que, en consecuencia, no se precisa, desde el punto de vista educativo, que se imponga una medida al menor» (Cfr. *op. cit.*, p. 351).

Por lo que respecta a la edad del infractor en el momento de la comisión del delito o falta imputados (art. 7.3), éste es un criterio para delimitar las posibles medidas a adoptar. Pues de la lectura del artículo 9 se deduce que para los menores con una edad comprendida entre los catorce y los dieciséis años no será posible acordar el internamiento en régimen cerrado con una duración superior a los dos años, ni imponerles prestaciones en beneficio de la comunidad que superen las cien horas, ni tampoco fijarles una medida de permanencia de fin de semana superior a ocho fines de semana (art. 9.3).

Por el contrario, cuando el menor tenga dieciséis años cumplidos en el momento de la comisión del delito los plazos de duración de las medidas podrán ampliarse cuando concorra violencia o intimidación en las personas o riesgo grave para la vida o integridad física de las mismas (art. 9.4). En concreto, el internamiento en régimen cerrado podrá prolongarse hasta un máximo de cinco años; las prestaciones a la comunidad podrán alcanzar hasta las doscientas horas; y por último, la permanencia de fin de semana podrá extenderse hasta dieciséis fines de semana.

También para los mayores de dieciséis años se prevé la posibilidad excepcional de un aumento de las medidas a imponer (primero un internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años, seguido a continuación de libertad vigilada con asistencia educativa por un máximo de otros cinco años), cuando revista extrema gravedad el uso de la violencia, la intimidación o el riesgo para la vida o integridad física de las personas derivado de la conducta del menor (art. 9.5).

Desde otro punto de vista también resulta útil conocer la edad del menor en el momento de dictar la sentencia en el proceso de menores, y en concreto es a este dato al que se refiere el artículo 39.1 al enumerar los elementos que conforman la decisión jurisdiccional sobre todas las cuestiones en juego en el procedimiento. La edad del imputado al tiempo de la sentencia resulta relevante a efectos de determinar el régimen de cumplimiento de la medida impuesta, ya que según lo previsto en el artículo 15 LORPM cuando se imponga una medida de internamiento a un sujeto que haya cumplido ya los veintitrés años, o cuando el menor de edad no haya finalizado el cumplimiento de una medida de internamiento al cumplir los veintitrés años podrá el juez de menores, oído el fiscal, ordenar su cumplimiento en centro penitenciario conforme al régimen ordinario previsto en la Ley General Penitenciaria (31). Por tanto, la edad en el momento de la sentencia puede determinar eventualmente un cambio en el régimen de

---

(31) Por el contrario, cuando a un menor se le haya impuesto una de las medidas legalmente previstas y haya alcanzado la mayoría de edad, continuará el cumpli-

cumplimiento de las medidas impuestas por el juez de menores; razón por lo que es útil a los jueces conocer este dato a la hora de tomar su decisión.

#### IV. *Otros elementos no previstos en el artículo 39.1 LORPM*

Los elementos que el juez debe manejar para seleccionar la medida a adoptar no se agotan en lo previsto en el artículo 39 y 7 de la Ley, sino que se complementan con el respeto de dos principios esenciales recogidos en el artículo 8: el de proporcionalidad y el acusatorio.

El flexible sistema de adopción de medidas previsto en la LORPM no permite que el juez pueda escapar a los efectos que provoca la vigencia del principio acusatorio en el proceso penal de menores. De manera que el juzgador no podrá en modo alguno imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos, ni por un tiempo superior, a la medida que hubiese solicitado el fiscal o el acusador particular (art. 8.1). La consecuencia inmediata de no respetar este principio es la incongruencia de la sentencia en la que se imponga una medida que exceda los límites temporales o materiales de la petición formulada por las partes.

En segundo lugar, el juez se encuentra vinculado por el principio de proporcionalidad a la hora de elegir la medida a imponer al menor. Y ello supone que el juez de menores tampoco podrá adoptar una medida privativa de libertad con una duración que exceda del tiempo que hubiera durado una eventual pena privativa de libertad que se hubiese impuesto por el mismo hecho a un sujeto mayor de edad (art. 8.2). Ahora bien, dado que la literalidad del precepto no plantea dudas a la hora de adoptar medidas privativas de libertad hemos de preguntarnos qué ocurre en relación con las medidas no privativas de libertad. Al respecto, Ornosá Fernández, partiendo de que la STC 68/1998 ha reconocido el principio de proporcionalidad para el proceso de menores sin distinguir si la medida es privativa o no de la libertad, entiende que para los casos de medidas no privativas de la libertad deambulatoria el principio de proporcionalidad exigirá del juez «examinar la proporcionalidad de la medida no sólo referida a la pena que podría haber correspondido a una adulto en caso similar, sino también a la trascendencia que su conducta ha tenido desde el punto de vista social» (32).

---

miento de la misma conforme al régimen de la LORPM hasta alcanzar los objetivos marcados por la sentencia, siempre y cuando no sea una medida de internamiento y no haya alcanzado los veintitrés años (*Vid.* art. 15).

(32) *Ibidem.*, pp. 353-354.

## B) Contenido mínimo e indispensable de una sentencia dictada en un proceso de menores

Una vez analizado los elementos determinantes de la decisión judicial es necesario estudiar los extremos a los que necesariamente debe extenderse dicha decisión, o lo que es lo mismo, resulta preciso analizar el contenido mínimo y obligatorio que debe contener cada una de las sentencias dictadas en un proceso de menores. Al respecto, la inclusión en la LORPM de un contenido mínimo para la sentencia de menores constituye una novedad absoluta en relación con la LRTTM, y una novedad simplemente relativa frente a la LECrim, que en su artículo 742 fija el contenido mínimo de la sentencia dictada en un proceso penal.

Al igual que sucede con los elementos determinantes de la decisión el contenido mínimo de la sentencia viene establecido en dos sedes normativas distintas dentro de la LORPM: de una parte, en el artículo 39 al regular la sentencia, y de otra, en el artículo 7.3 dentro de la enumeración del catálogo de medidas posibles. De ahí que los jueces de menores deban acomodarse al dictar una sentencia a los requerimientos contenidos en ambos preceptos.

La finalidad perseguida al establecer un contenido mínimo a las sentencias de menores es lograr que con ellas los jueces desempeñen una verdadera función pedagógica frente a los menores imputados. Se trata, pues, de procurar que la sentencia sea fácilmente comprensible, incluso por destinatarios sin conocimientos jurídicos. Hay una voluntad en el legislador de procurar que la decisión judicial resolviendo el conflicto no se imponga al menor como un acto de autoridad no fundamentado, sino que, por el contrario, el sujeto menor de edad pueda comprender de manera inmediata y directa el reproche que merece su conducta y la sanción-educativa que tiene que cumplir para reintegrarse en la sociedad. En esta línea se encuentran también la exigencia de motivación de la sentencia, que posteriormente se analizará, y el empleo de un lenguaje comprensible para el menor (*Vid.* 39.2). En conclusión, resulta evidente que la sentencia en el proceso penal de menores constituye el instrumento o cauce a través del cual el juez puede manifestar adecuadamente al menor lo reprochable de su conducta y señalar la medida que le corresponde atendida su actuación y su persona.

El contenido mínimo de toda sentencia que ponga fin al proceso de menores se articulará sobre la base de dos elementos esenciales de la decisión: el relato de hechos probados y la imposición de la medida.

## I. *El relato de hechos probados*

El artículo 39.1 explícitamente exige que se consignen «expresamente los hechos que se declaren probados y los medios probatorios de los que resulte la convicción judicial»; de ahí que, por tanto, el relato de hechos probados sea parte imprescindible de toda sentencia de menores. Ciertamente esta exigencia integra también la obligación de motivación que grava al juez de menores, pues éste habrá de justificar adecuadamente las razones que le llevan a considerar probado un determinado hecho. Sin embargo, lo que ahora interesa es resaltar la importancia de fijar un relato fáctico en la sentencia como garantía del justificable, o más en concreto como garantía del menor imputado.

Al respecto, no se debe olvidar que el procedimiento de menores instaurado por la LORPM pretende como uno de sus objetivos generales otorgar al menor «todas las garantías derivadas de nuestro ordenamiento constitucional, en sintonía con lo establecido en la STC 36/1991 y lo dispuesto en el artículo 40 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989» (Exposición de Motivos núm. 2). La determinación de un relato fáctico en el que resulte probado la relación de causalidad entre la acción u omisión del menor y el daño causado (delitos de resultado), o entre la acción u omisión y la puesta en peligro de algún bien jurídicamente protegido (delitos de peligro), es una garantía para que el menor no pueda verse sometido a una medida sin que previamente se haya verificado su responsabilidad.

Al tiempo, no hay que perder de vista que la pretensión formulada en el proceso de menores es mixta, en cuanto que junto a la responsabilidad del menor se prevé la naturaleza sancionadora educativa de la medida, razón por la que hay que exigir del juez un adecuado relato de hechos probados que desvirtúe la presunción de inocencia (33). Sin embargo, no todo relato de hechos probados desvirtuará la presunción de inocencia y servirá de garantía del imputado, sino que sólo reunirá todos los requisitos el relato de hechos probados que presente las siguientes características: 1) Reaiga exclusivamente sobre hechos introducidos por el Ministerio Fiscal, acusador particular o el letrado del menor en sus escritos de alegación y defensa. 2) Los hechos alegados hayan sido probados por medios de prueba articula-

---

(33) La Exposición de Motivos de la LORPM expresamente afirma en su párrafo núm. 9 que «se instaura un sistema de garantías adecuado a la pretensión procesal, asegurando que la imposición de la medida se efectuará tras vencer la presunción de inocencia». En este sentido para vencer la presunción de inocencia del menor deberá apreciarse la existencia de una suficiente prueba de cargo, que permita la elaboración de un relato de hechos probados que demuestre la responsabilidad del menor por la conducta enjuiciada.

dos por las partes o de oficio por el juez de menores. 3) Respecto a cada hecho que se estime probado habrá de indicarse el medio o medios de prueba de los que se haya obtenido la convicción.

## II. *Descripción de la medida impuesta en la sentencia*

Dentro del contenido mínimo que la Ley marca para la sentencia de un proceso de menores se encuentra la adecuada delimitación de la medida impuesta al menor. La necesidad de describir adecuadamente la medida fijada es una contrapartida de la libertad que la LORPM concede al juez de menores en el momento de la elección de la medida, pues le permite atender no sólo a la aséptica realidad de los hechos, sino también a la personalidad y circunstancias del presunto delincuente. En consecuencia si el juez tiene cierta libertad para elegir y diseñar la medida, siempre dentro del respeto al principio de legalidad que protege el catálogo de medidas del artículo 7, es evidente que se le exija justificar y explicar la medida impuesta, su duración, objetivos y cómo tutela el interés del menor. Todas estas cuestiones integran el contenido mínimo de la sentencia por lo que se refiere a la medida impuesta tal como expresamente exigen los artículos 7.3 y 39.1 de la Ley. Hay pues, que exigir de toda sentencia dictada en un proceso de menores que incluya necesariamente las siguientes indicaciones:

### 1) *Justificación de la medida elegida entre todas las propuestas*

La sentencia ha de contener explícita justificación del criterio de elección utilizado para discriminar entre las diversas medidas propuestas. La importancia de esta indicación es capital, ya que de una parte, permitirá el control de los motivos del juez a la hora de decidir, y de otra parte, pondrá de manifiesto si se ha tutelado el interés del menor en la elección de la medida, pues no se olvide que el principal criterio para decidir esta cuestión ha de ser la defensa del interés del menor.

En concreto el artículo 39.1 exige que el juez al «dictar la sentencia, resolverá sobre la medida o medidas propuestas» lo que debe entenderse en el sentido de que el juzgador no sólo debe elegir la medida o medidas aplicables de entre todas las propuestas, sino que también ha de explicar las razones que le impulsan a elegir una en detrimento de las otras (34). En definitiva, lo que se debe exigir del juez

---

(34) En contra de esta idea la Resolución de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 4.<sup>a</sup>, de 21 de julio de 1999 ya señalaba que «el que la ley faculte al órgano judicial a la imposición de un amplio margen de medidas en función de la grave-

de menores es que explique de manera clara y comprensible las razones que le llevan a considerar más beneficiosa para el interés del menor una medida frente a las restantes. Y para ello, el juzgador no debe perder de vista nunca la dimensión educativa de las medidas, pues tras conocer la realidad personal y social del infractor habrá siempre de escoger aquella medida que más beneficie al menor por completar o rellenar un mayor número de sus carencias personales, educativas y sociales.

Por tanto, son dos las tareas que debe realizar el juez de menores: una primera, consistente en elegir la medida más apropiada al interés del menor; y una segunda, consistente en la justificación de la medida adoptada. Para la primera de sus labores el juez tiene varios límites que restringen su capacidad de elección y que se concretan en los siguientes: I) El juez sólo podrá elegir alguna medida propuesta por las partes, o que propuesta de oficio sea aceptada por las partes en la audiencia (art. 37.2). II) El juez no podrá imponer una medida no prevista en el catálogo del artículo 7. III) El juez sólo podrá elegir aquellas medidas que, cumpliendo las exigencias ya expuestas en los dos números anteriores, tutelen el interés del menor (art. 7.3).

La primera de las tareas del juez, es decir, el hecho de tomar una decisión sobre la medida a aplicar, forma parte del fuero interno del juzgador; mientras que, por el contrario, su labor de justificación va dirigida a terceras personas, en el sentido de que se motiva para explicar la decisión tomada a las partes, a otros órganos jurisdiccionales superiores y a la sociedad en su conjunto. De donde se desprende que el contenido mínimo de la sentencia vendrá dado por la motivación de la decisión adoptada respecto a la medida a imponer.

A mayor abundamiento sobre esta idea no puede olvidarse que la propia LORPM en su artículo 7.3 exige que el juez de menores exprese con detalle las razones por las que aplica una determinada me-

---

dad de los hechos y el interés del menor, no implica como pretende la defensa que en la resolución tenga que fundamentar la adopción de una de ellas y la exclusión de todas las demás, pues en sí mismo la imposición de una determinada medida conlleva el descarte de las demás, cumpliendo suficientemente la exigencia de motivación mediante la expresión de la razón por la que se impone aquella». Sin embargo, este criterio judicial no se puede compartir, ya que es evidente que la simple elección de una medida no justifica por sí mismo que la elegida sea la que mejor tutele el superior interior del menor. De ahí que, en todo caso, se deba exigir del juez que justifique cumplidamente por qué la medida seleccionada es la que mejor tutela el interés del menor de entre todas las propuestas, lo que supone que, por tanto, que la labor de motivación en este aspecto habrá de hacerse por comparación entre todas las medidas que se hayan solicitado o introducido de oficio en el procedimiento.

didia; de ahí que la justificación de los motivos que llevan a adoptar una concreta medida será un contenido imprescindible de toda sentencia dictada en un proceso de menores y paralelamente de una adecuada motivación de la misma.

## 2) *Explicación de la medida impuesta*

El juez no sólo debe indicar las razones por las que ha elegido una concreta medida entre todas las propuestas, sino que también ha de explicar el contenido de la misma. En concreto la Ley exige del juzgador que indique cuáles son los objetivos perseguidos con su imposición; cuál es la duración de la misma; y por último, qué restricción de derechos lleva aparejada su imposición (art. 39.1). Este deber de explicación del juez queda justificado esencialmente por dos razones: en primer lugar, por la necesidad de que la sentencia sea comprensible para el menor tal como exige el artículo 39.2. En segundo lugar, por la propia esencia del mecanismo de selección de la medida empleado por el juzgador (35). En este sentido, el hecho de que el juez elija la medida y diseñe su contenido atendiendo a la realidad de los hechos, pero sobre todo a la personalidad y circunstancias personales del menor, son razones más que suficientes para que se imponga al órgano judicial la obligación de explicar la medida fijada y el alcance de la misma. Si a lo anterior se une el hecho de que la medida debe, en todo caso, establecerse en defensa del interés del menor, no hay duda que el juez tendrá que explicar cómo la restricción de derechos del menor durante un período de tiempo limitado puede repercutir en su beneficio. En consecuencia la explicación del juez de menores habrá de extenderse como mínimo a indicar: objetivos, duración y contenido de la medida establecida.

### 2.A. *Objetivo pretendido*

De entre todas las indicaciones que integran el contenido mínimo y obligatorio de una sentencia de menores la explicación de los objetivos de la medida se encuentra íntimamente unida a la justificación de la elección de la misma. Ciertamente indicar la finalidad perseguida con el establecimiento de una medida supone, en la mayoría de los casos, indicar las razones que justifican la elección de la misma de entre la panoplia propuesta por las partes. La dimensión final que tiene toda imposición de una medida a un menor es la causa de que los

---

(35) Al respecto, no hay que perder de vista que el propio artículo 7.3 exige la indicación del plazo de duración de la medida (a lo que podemos añadir por vía de interpretación la explicación de los objetivos y de la restricción de derechos que acarrea), que junto a la expresión de las razones por las que se aplica dicha medida servirán «a los efectos de la valoración del mencionado interés del menor».

objetivos perseguidos, en muchas ocasiones, sean al tiempo razones que justifican la elección de la misma; pues no hay que olvidar que el interés del menor es al tiempo el principal objetivo de la medida, así como el fundamental criterio de elección de la misma. De donde se debe deducir que una adecuada indicación de los objetivos perseguidos con la medida será el primer paso para lograr una adecuada justificación de la elección realizada al tomar la medida.

Con carácter general el principal objetivo que se debe perseguir con la imposición de una medida es la protección del interés del menor. De ahí que toda explicación de un juez de menores sobre las finalidades perseguidas al señalar una medida debiere iniciarse con la justificación de cómo se tutela el interés del menor infractor con dicha medida. Tras esa inicial explicación el juzgador deberá concretar esa defensa del interés del menor para el caso enjuiciado, para lo cual habrá de indicar cuál sea la carencia personal, social, psicológica o educativa del menor y al tiempo indicar cómo la medida elegida subsana dichas carencias. En definitiva, la expresión de los objetivos a conseguir con la medida, no supone más que indicar las posibles carencias del menor determinantes de su conducta delictiva y paralelamente manifestar cómo se espera que la concreta medida subsane o corrija el problema observado.

De esta forma la indicación de los objetivos de la medida se convierte en una garantía del derecho del menor, pues sólo será posible la imposición de medidas que respondan al siguiente esquema: un primer paso consistente en la detección de las carencias o problemas en el menor, o en su ambiente, que sean determinantes o coadyuvantes para la comisión del delito o falta; un segundo paso, consistente en la imposición de una medida específicamente dirigida a corregir los problemas o carencias apreciados. En consecuencia, sólo cuando la imposición de medidas responda al esquema antes mencionado se podrá garantizar que se defiende el interés del menor, y que, por tanto, no se persigue ningún objetivo propio de las sanciones del Derecho penal de adultos (prevención general y especial).

## 2.B. Duración de la medida

El segundo de los contenidos que obligatoriamente se ha de encontrar en la sentencia en relación con la medida elegida es la indicación de la duración fijada a la misma por el juez de menores. La explicación de esta obligación de indicar la duración de la medida se encuentra en el sistema de imposición de medidas previsto en el artículo 7 y 9 de la Ley. Al respecto, no debe perderse de vista que las reglas para la aplicación de las diversas medidas contenidas en el artículo 9 señalan la duración máxima de cada una de ellas (*Vid.* núms. 1

y 2), así como las eventuales circunstancias cuya concurrencia pueda originar una ampliación de esos márgenes temporales (*Vid.* núms. 4 y 5), de manera que, por tanto, la determinación de la concreta duración corresponderá al propio juzgador en la sentencia en la que acuerde la medida.

La ausencia de indicación sobre la duración de la medida es un vicio de la sentencia que genera perjuicio al menor que podrá ser alegado y corregido en la segunda instancia. No hay duda pues, dado el tenor literal de la Ley, que la duración de la medida impuesta es un contenido esencial de la sentencia del proceso de menores, y que, por tanto, su falta provocará un perjuicio revisable en vía de recurso.

## 2.C. Contenido de la medida

El tercero de los elementos que expresamente han de formar parte de la sentencia de menores es la indicación y delimitación del contenido de la medida impuesta. Al respecto, teniendo en cuenta que la esencia del contenido de cada una de las posibles medidas a imponer se encuentra en los artículos 7 y 9 de la Ley, parece que una mínima indicación del contenido se realizaría con indicar el precepto legal donde se recoja la medida seleccionada. Sin embargo, no es posible limitar la exigencia de determinación del contenido a una mera remisión rutinaria al precepto en que se prevea la medida, sino que, a mi juicio, el interés del menor exige que en la resolución se concrete de manera efectiva la restricción de derechos que la medida elegida acarreará para el menor, así como las eventuales obligaciones de naturaleza educativa que se impongan al menor durante el cumplimiento de la medida. Sólo cuando la indicación del contenido de la medida se realice en la forma antes indicada se podrá garantizar el derecho del menor a conocer el contenido íntegro de la actuación o medida que el juez de menores haya previsto para suplir las carencias sociales, personales, psicológicas y educativas puestas de manifiesto durante el procedimiento y recogidas en la sentencia. Por tanto, la necesaria indicación del contenido de la medida sólo tiene como fundamento la protección del menor, al exigir del juez que detalle la concreta actuación que llevará aparejada la elección de una medida atendidas las circunstancias y necesidades del menor infractor.

Un ejemplo de este modo de determinación del contenido que se propugna sería el siguiente: imaginemos que un juez quiere imponer la medida de permanencia de fin de semana a un menor, para lo cual no bastará con que se remita genéricamente para determinar su contenido a lo dispuesto en el artículo 7.1 g), sino que deberá indicar la concreta restricción de derechos que establece para el menor y las tareas socio-educativas que le pueda imponer, lo que exigirá que el juez

expresamente señale el concreto número de horas que impone de permanencia al menor; fije la concreta franja horaria en la que se desarrollará la permanencia; indique si la permanencia se habrá de realizar en casa del menor o en un centro; y enumere las tareas socio-educativas que permitirán su salida.

Para el caso de que la sentencia no contuviere adecuada indicación del contenido de la medida, el letrado del menor podrá plantear recurso de apelación por el perjuicio causado por la deficiente definición de la medida acordada frente al menor a consecuencia de su actuación delictiva y atendidas sus circunstancias personales.

#### IV. MOTIVACIÓN EXIGIBLE A LA SENTENCIA DE MENORES

Es necesario centrar la atención en el estudio de las peculiaridades que la genérica obligación de motivar las sentencias del artículo 120 de la Constitución presenta en un proceso de menores. Partiendo de la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional conforme a la cual la exigencia de motivación del artículo 120 forma parte también del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 (36), en concreto del derecho a obtener una sentencia de fondo fundada en Derecho que ponga fin al conflicto entre las partes (37), no hay duda que la necesidad de motivar la sentencia en el procedimiento de la LORPM forma parte del derecho fundamental del menor a la tutela judicial efectiva. Razón por la que la sentencia que ponga fin al proceso de menores habrá de ser extremadamente cuidadosa con el cumplimiento de la obligación de motivación impuesta por la LORPM.

En concreto la Ley establece algunas exigencias suplementarias al deber de motivación, en especial relativas al uso y finalidad del len-

---

(36) El ATC 145/1999 expresamente señala que «la motivación de las resoluciones judiciales es una exigencia derivada del artículo 24.1 CE que permite conocer las razones de la decisión que las mismas contienen y posibilitan su control mediante el sistema de recursos (SSTC 159/1992 y 55/1993, entre otras)» (FJ 4.º).

(37) El ATC 102/2000 reconoce que «en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva se integra el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, garantía dada la esencia de la función jurisdiccional frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos. Ello implica la necesidad de que la resolución judicial esté motivada, exigencia ésta que se conecta no sólo con el artículo 24.1 CE, sino además con el artículo 120.3 de la misma Constitución y, más genéricamente, con el Estado democrático de Derecho, caracterizado por legitimar la función jurisdiccional en su vinculación y sometimiento a la Ley, de conformidad con el artículo 117.1 CE» (FJ 1.º).

guaje, que se explican por las peculiaridades del principal destinatario de la sentencia: el menor de edad. Junto al especial destinatario, una segunda circunstancia que afecta directamente a la configuración de la obligación de motivación proviene del especial régimen de decisión concedido por la Ley al juez de menores. La amplia libertad decisoria que la LORPM reconoce al juez, especialmente para la determinación de la medida a imponer atendidas las circunstancias personales del imputado, ha de tener como contrapartida para una adecuada utilización judicial de la misma un incremento de la intensidad exigida a la obligación de motivación. Por tanto, las especialidades de la motivación en el proceso de menores vienen impuestas esencialmente por el mayor ámbito de libertad concedido al juez a la hora de decidir, circunstancia ésta que necesariamente ha de traducirse en un incremento de la necesidad de justificación como garantía de la decisión judicial y, por ende del justiciable.

Si aceptamos desde un principio que la obligación de motivación en la sentencia de menores ha de ser más completa e intensa por la mayor libertad del juez en el momento de decidir, no hay problema para aceptar las especialidades que la LORPM impone a la justificación de las decisiones del juez de menores. De ahí que resulte útil analizar separadamente las exigencias impuestas por Ley al discurso de justificación que debe realizar el juez en la sentencia de menores.

### **A) Motivación del juicio de hecho**

No hay duda que la justificación de la decisión adoptada por el juez en relación con el juicio de hecho y el juicio de derecho no es ninguna novedad introducida por la LORPM en nuestro panorama legislativo, ya que toda motivación de una sentencia para ser adecuada y suficiente debe, como mínimo, poder justificar en abstracto la decisión sobre ambas cuestiones. La especialidad de la LORPM en esta materia se concreta en el grado de exigencia que impone a esa obligación de justificación, y muy especialmente a la justificación de la cuestión fáctica, pues, no hay que perder de vista que el artículo 39.1 incluye únicamente como contenido expreso de la motivación la consignación expresa de «los hechos que se declaren probados y los medios probatorios de los que resulte la convicción judicial». Parece, en consecuencia, que la Ley está especialmente interesada en garantizar la motivación del juicio de hecho, lo que en modo alguno podrá inducir a sostener la intrascendencia de la justificación del juicio de derecho, ya que ambas dimensiones son esenciales para lograr una suficiente motivación de la sentencia.

La mayor exigencia de justificación de la decisión relativa a la *quaestio facti* se explica si atendemos al sistema de decisión que la LORPM dibuja. Al respecto, si analizamos lo previsto en los artículos 39.1 y 7.3 se aprecia que lo verdaderamente importante para la Ley es procurar que la imposición de la medida se realice teniendo en cuenta las características personales del menor y las circunstancias y gravedad de los hechos cometidos por el infractor (38). Por tanto, el juez al decidir la medida a establecer atenderá a las circunstancias personales del delincuente y a la concurrencia de aquellos hechos que, según la Ley (*vid.* art. 9), le permitan optar por una u otra medida, así como determinar el contenido de la que elija. De modo que, si éste es el mecanismo previsto por la Ley para decidir la consecuencia jurídica (medida) que se va a imponer frente a una actuación delictiva, es lógico que expresamente se exija que la motivación contenga indicación de los hechos probados y de los medios probatorios de los que resulte la convicción judicial. Pues una sentencia sin hechos probados hará imposible establecer la responsabilidad del menor, y sobre todo impedirá la imposición de cualquier medida debido a la ignorancia de los elementos fácticos, parte integrante indispensable del binomio decisorio del juzgador junto a la personalidad y carencias sociales, psicológicas y educativas del delincuente.

Tras analizar las razones que impulsan a la Ley a exigir expresamente la motivación de la cuestión fáctica es necesario determinar cómo habrá de realizarse dicha justificación. Para lo cual, es imprescindible tener en cuenta que el juez de menores habrá de cumplir diversas exigencias para lograr una explicación racional de la *quaestio facti*: 1. Deberá emplear solamente en el relato de hechos probados elementos conceptuales que tengan la condición de racionales, lo que significa que hayan sido adquiridos e introducidos en la causa conforme a las reglas que delimitan el juicio de hecho (39). 2. Dichos

---

(38) Véase cómo el artículo 39.1 para decidir sobre la medida reclama tener en cuenta «las circunstancias y gravedad de los hechos» junto a las circunstancias personales del menor; y cómo el artículo 7.3 se remite a la «prueba y valoración jurídica de los hechos» como elementos determinantes de la medida junto con la personalidad del infractor. Por tanto, para la LORPM lo trascendente a efectos de establecer la medida, aparte de los rasgos personales del menor, serán los hechos acaecidos y no su calificación jurídica. De ahí que no sea extraño que la Ley exija expresamente la declaración de hechos probados y la justificación de su prueba, ya que esos hechos serán el material que el juez habrá de utilizar para determinar la correspondiente medida conforme a las reglas del artículo 9.

(39) La racionalidad de cada uno de los hechos que se estimen probados dependerá de si dicho elemento fáctico ha sido introducido en el proceso, y utilizado posteriormente en la sentencia, respetando la reglas que delimitan el juicio de hecho

elementos deberán ser coherentes entre sí, de modo que no será racional un relato de hechos probados en el que los hechos incluidos en el mismo sean contradictorios. Esta falta de coherencia podrá tener su causa en una incompatibilidad radical *ex natura* de los elementos de argumentación usados, o bien, en una incompatibilidad *ex funcione*.

3. Los nexos de unión entre tales elementos deberán ser racionales.
4. Las conclusiones alcanzadas deberán a su vez ser racionales, es decir, habrán de derivarse lógicamente de las premisas y nexos utilizados en la justificación.

La motivación del juicio de hecho, en cuanto justificación de la decisión sobre el elemento fáctico, habrá de adecuarse como mínimo a las cuatro reglas mencionadas para que pueda considerarse racional el relato de hechos probados contenido en la sentencia.

Por tanto, una suficiente justificación del juicio de hecho deberá contener, tal como exige el artículo 39.1, como mínimo las siguientes menciones:

a) Relato de hechos probados. En la determinación de los hechos probados el juez de menores habrá de someterse a diversas limitaciones como son: 1) El juez sólo podrá considerar probados aquellos hechos que hayan sido alegados e introducidos por las partes en sus escritos, por lo que en ningún caso podrá incluir en el relato de hechos probados elementos fácticos de conocimiento privado. 2) Los hechos que compongan el relato fáctico contenido en la motivación deberán ser coherentes entre sí (40).

b) Indicación de los medios probatorios de los que deriva la convicción judicial sobre la realidad de los hechos que se estimen probados. El artículo 39.1 exige expresamente que el órgano judicial indique de forma expresa cuál o cuáles son los medios probatorios de los que ha obtenido su convicción sobre la realidad de los hechos alegados por la parte. Esta indicación de los medios probatorios ha de adecuarse a los siguientes requisitos: 1) La valoración de la prueba debe realizarse utilizando máximas de la experiencia que sean racionales. 2) La motivación ha de contener indicación de la máxima de la experiencia empleada para considerar un hecho como probado. 3) La

---

en el proceso de menores. Así, por ejemplo, no será racional considerar probado un hecho que no haya sido introducido por las partes en sus respectivos escritos de alegación y defensa, sino que pertenezca al conocimiento privado del juez de menores.

(40) Es lo que podemos denominar como coherencia interna de la motivación, y que desenvuelve su eficacia en exigir que no exista contradicción entre los argumentos y las premisas fácticas del discurso de justificación de la decisión tomada en relación con la *quaestio facti*. Para un análisis más detenido sobre esta cuestión *vid.* COLOMER HERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 291-300.

notoriedad absoluta y general de alguno de los hechos alegados deberá indicarse en la motivación para justificar la no necesidad de prueba sobre los mismos.

## B) Motivación del juicio de derecho

Aunque la LORPM en su artículo 39.1 no recoja explícitamente como parte del contenido de la motivación la justificación del juicio de derecho, no hay duda de la obligación que al respecto grava al juez de menores (41). El juzgador, por tanto, está obligado a motivar su decisión jurídica sobre el objeto del proceso de menores, es decir, viene compelido a justificar razonadamente la decisión que toma con relación a la calificación jurídica y a las consecuencias que acarrearán los hechos que estime probados. En este sentido, no debe olvidarse que el proceso de menores se encuentra regido por el principio de legalidad en cuanto a la tipicidad de las conductas; de manera que sólo y exclusivamente cuando la actuación del menor pueda ser encuadrada en una norma penal, bien sea el Código penal o las leyes especiales, podrá imponérsele una medida de naturaleza educativa. Por tanto, la justificación de la decisión adoptada para solventar el juicio de derecho debe contener puntual explicación sobre los siguientes extremos: 1) Acreditar la legalidad y legitimidad de la norma penal que se aplica a los hechos probados. 2) Justificar que en el caso concreto se han respetado las normas de aplicación e interpretación de las normas jurídicas. 3) Justificar cómo la responsabilidad del menor se deduce de manera racional de la aplicación de las normas penales elegidas a los hechos probados.

En esencia, la motivación de la *quaestio iuris* exige del juez de menores una puntual y cumplida justificación de su decisión relativa a la apreciación de tipicidad y antijuridicidad de la conducta del menor, así como de la participación del menor en la misma. En este sentido especial intensidad deberá reunir la motivación para los casos en los que el juez de menores al amparo de lo previsto en el artículo 37.1 LORPM sostenga una calificación jurídica distinta de la propuesta por las partes, pues en estos supuestos el juzgador en el momento de

---

(41) Al respecto, la STC 147/1999 expresamente señala que toda motivación «debe contener una fundamentación en Derecho, esto es, que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia» (FJ 3.º).

aplicar la calificación propuesta de oficio habrá de justificar que se reúnen todos los requisitos para que sea admisible la misma. En concreto los requisitos para aplicar una calificación jurídica introducida de oficio son los siguientes: 1) La nueva calificación debe alcanzar únicamente a delitos homogéneos con el inicialmente introducido por las partes. 2) Las partes deben aceptar la nueva calificación propuesta por el juez de menores (art. 37.2).

### **C) Motivación de la decisión sobre la medida adoptada frente al menor**

La principal especialidad de la motivación de la sentencia en el proceso de menores se encuentra en la necesidad de una adecuada y suficiente justificación de la medida impuesta a consecuencia de la conducta del menor. La flexibilidad del sistema de determinación de las medidas previsto en la LORPM hace necesaria una mayor intensidad en la motivación de la consecuencia que el juez de menores asigne a la actuación delictiva del imputado. Esta exigencia de mayor intensidad en la motivación deriva del hecho de que la LORPM simplemente establece en sus artículos 7 y 9 una lista de posibles medidas y un conjunto de reglas para su aplicación. De manera que la libertad del juzgador para la concreción de la medida es mayor que la que ostenta el tribunal que decide en un proceso penal de adultos para la fijación de la pena correspondiente. Y por esta razón el deber de justificar su decisión sobre la medida elegida es más acentuado y debe como mínimo extenderse a las siguientes cuestiones:

#### **1. Justificar que la medida adoptada defiende el interés del menor**

En efecto, el juez debe motivar que su decisión eligiendo una concreta medida se toma en defensa del interés del menor imputado. Para ello, deberá justificar la concurrencia de dos circunstancias: de una parte, que la medida elegida es la que mejor tutela el interés del menor entre todas las propuestas en el procedimiento, y de otra parte, indicará cuáles son las circunstancias sociales, educativas, familiares o personales del menor que hayan causado o coadyuvado a la comisión del delito, y que se verán corregidos por la medida adoptada.

#### **2. Justificar la duración, contenido y restricción de derechos que lleva aparejada la medida escogida**

El juez no sólo debe indicar cuál es el contenido concreto y específico de la medida, con especial hincapié en cuál sea la limitación de

derechos que lleve aparejada para el menor, sino que además deberá justificar o explicar las razones que le permiten pensar que esas limitaciones de derechos que implica la medida puedan lograr su finalidad educativa en relación con la concreta situación del menor delincuente.

# La insuficiencia del sistema de indicaciones en el delito de aborto

JULIA ROPERO CARRASCO

Profesora Titular de Escuela Universitaria de Derecho Penal.  
Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO: I. Introducción: la quiebra del sistema de indicaciones. Planteamiento de problemas.–II. Las dificultades para fundamentar la «licitud» del aborto indicado.–III. La naturaleza de las indicaciones: causas de atipicidad. IV. Conclusiones: a favor de la solución del plazo.

## I. INTRODUCCIÓN: LA QUIEBRA DEL SISTEMA DE INDICACIONES. PLANTEAMIENTO DE PROBLEMAS

Ya casi son veinte años los transcurridos desde que entrara en vigor el artículo 417 bis del Código penal. Precepto que ha resistido la llegada de un nuevo Código penal, el de 1995, después de que el debate sobre el aborto fuese relegado precisamente para garantizar la aprobación del nuevo Código. El artículo 417 bis representó la introducción en el Derecho positivo español del sistema limitado de indicaciones, según el cual, el aborto es delito salvo en situaciones totalmente excepcionales: cuando es necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada, cuando el embarazo resulta de un delito de violación, o cuando se presume que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas. Recientemente se han anunciado medidas políticas tendentes a sustituir el sistema de indicaciones por la solución del plazo, que permite, en su concepción más extendida, la interrupción del embarazo por la libre decisión de la mujer en el momento inicial de la gestación, lo cual no resulta incompatible con la posibilidad de apreciar las indicaciones, bajo ciertos límites, en un momento posterior.

Como pretendo demostrar a continuación, más que esta coyuntural decisión política, es la propia incapacidad del sistema de indicaciones para responder a la realidad social del aborto la que justifica que todavía hoy, cuando sobre el aborto parece todo dicho, resulte necesario o al menos apropiado mantener abierta la discusión.

## 1. La realidad del aborto antes de la introducción del sistema de indicaciones

Habida cuenta que hasta 1985 la regulación penal del aborto en España estaba dominada por una tendencia político criminal totalmente represora (1), es imposible negar que el sistema de las indicaciones introdujo un cierto avance en la valoración jurídico penal de algunos casos de aborto, aunque éstos representen supuestos excepcionales. No conviene olvidar que en la etapa preconstitucional, la realidad social que se vislumbra en las resoluciones judiciales sobre este delito es la de un aborto clandestino llevado a cabo sin asistencia sanitaria, en condiciones de grave riesgo para la salud y, en ocasiones, para la vida de la mujer (2). Por otra parte, la despenalización parcial del aborto en algunos de los países de nuestro entorno propició que de manera progresiva, y con mayor frecuencia conforme se elevaba el nivel de vida de un sector de la sociedad española, se generara la práctica del llamado «turismo abortivo», que permitió el aborto en el extranjero en condiciones sanitarias a aquellas mujeres que económicamente pudieron permitírselo. Esta realidad también se refleja en algunas decisiones jurisprudenciales que a finales de la década de los setenta e inicios de los ochenta se pronunciaron sobre la posibi-

---

(1) Antes de la incorporación del artículo 417 bis, el Código penal castigaba todas las modalidades de aborto sin excepción, con la única posibilidad de exención a través de la aplicación del estado de necesidad genérico en los casos de riesgo vital para la mujer.

(2) Precisamente, los casos de aborto «oficiales» llegan a los Tribunales desde los hospitales en los que se atiende a mujeres que, tras una práctica abortiva en condiciones no sanitarias, han sufrido serias complicaciones (hemorragias, infecciones, etc.), con un grave riesgo para su vida o salud, que es el que ha requerido la intervención médica. En este sentido, véase el riguroso análisis que sobre la jurisprudencia española sobre el aborto realiza MARÍN GÁMEZ, *Aborto y Constitución*, Jaén, 1996, Universidad de Jaén, pp. 227 y ss. Entre los múltiples estudios sociológicos sobre el aborto, resulta especialmente completo el de IBÁÑEZ y GARCÍA-VELASCO, *La despenalización del aborto voluntario en el ocaso del siglo XX*, Madrid, 1992, Siglo XXI de España Editores, 313 pp. En esta obra, véanse los datos sociales sobre el aborto clandestino y el fenómeno del turismo abortivo en las pp. 80 y ss.

lidad de que los tribunales españoles juzgaran los abortos cometidos por españolas en el extranjero (3). Como han destacado algunos auto-

(3) En este sentido, véanse las SSTs de 20 de diciembre de 1980 (A. 4980) y 15 de octubre de 1983 (A. 4749), que resuelven a favor de la competencia de los tribunales españoles invocando el principio de personalidad pasiva, con el argumento de que el *nasciturus* representa «un bien jurídicamente protegido por la legislación española», como «presupuesto biológico indispensable para la personalidad y consiguiente nacionalidad española», siendo por tanto una «vida española», «especialmente protegido por el total ordenamiento español» (expresamente en los «considerandos» de la STS de 15 de octubre de 1983). Esta interpretación jurisprudencial, que recibió importantes críticas desde la doctrina (en este sentido, cfr. CUERDA RIEZU, «El delito de aborto ante la Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código penal», *Documentación jurídica*, 1983, pp. 365 y ss.; VIVES ANTÓN, «Valoraciones ético sociales y jurisprudencia constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1985, pp. 123-127) fue corregida por el Tribunal Constitucional, que en su Sentencia de 27 de junio de 1984 niega la posibilidad de juzgar en España los abortos cometidos en el extranjero al amparo de la ley territorial correspondiente. Esta Sentencia se basa esencialmente en el rechazo del «fraude de ley», que precisamente habían invocado las decisiones judiciales que apoyaban la competencia de los tribunales españoles. En primer lugar, el Tribunal Constitucional descarta la aplicabilidad del «fraude de ley» al ámbito del Derecho penal, en el que las exigencias del principio de legalidad y la prohibición de la analogía contraria al reo impiden considerar prohibido, por «fraudulento», un hecho que, cometido en territorio que no es delito, resulta autorizado. En segundo lugar, el Tribunal Constitucional pone de relieve que el «fraude de ley» exige que se lleven a cabo actos al amparo de una norma, persiguiendo un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él. En los casos de aborto cometido por españolas en un territorio en el que la conducta no es delito, no se pretende defraudar la norma española, porque ésta ya no es aplicable, sino que precisamente lo que se persigue es la aplicación de la norma territorial. Sin embargo, la sentencia evitó pronunciarse expresamente sobre el tema que subyacía en la base de esta polémica: el de si el *nasciturus* representa una «persona» con capacidad para ostentar la titularidad de derechos fundamentales o civiles. El voto particular de Tomás y Valiente afronta esta cuestión, poniendo de relieve que la nacionalidad es un derecho que se adquiere con el nacimiento y que el artículo 15 de la Constitución reconoce derechos fundamentales a «las personas», por lo que sólo en sentido metafórico y no jurídico podría hablarse de un embrión como «vida española». La LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, acabó definitivamente con esta cuestión, al exigir el requisito de la «doble incriminación» para admitir la competencia de los tribunales españoles por delitos cometidos en el extranjero en virtud del principio de personalidad. Esto significa que si el aborto se realiza en un territorio en el que no es considerado delito, por mucho que los autores del hecho tengan la nacionalidad española, los tribunales españoles no pueden intervenir. No obstante, creo útil aclarar que, aunque una hipotética ley que redefiniera el principio de personalidad admitiese la personalidad pasiva como fundamento de la competencia de los tribunales españoles, sin requerir la doble incriminación, sería imposible forzar dicho criterio de la personalidad pasiva, si se tienen en cuenta las normas de Derecho internacional que lo regulan, hasta el punto de admitir que el embrión es un sujeto titular del derecho a la nacionalidad. La reciente decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 8-7-04, en el asunto «Vo contra Francia», ha declarado que el artículo 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que regula el «derecho de toda persona a la vida», no puede ser invocado para la protección del «nasciturus».

res (4), el sistema legal previo a las indicaciones no sólo era absolutamente ineficaz en la represión del delito de aborto y en la protección del *nasciturus*, sino que favorecía la lesión de otros intereses de igual o mayor importancia para el Ordenamiento, como la vida o la integridad física de la mujer, y justificaba y promovía la desigualdad y, por tanto, la injusticia, al sostener dos resultados indeseables para el Derecho y su pretensión de equidad: por un lado, que entre los supuestos de aborto clandestino en España recibieran sanción penal sólo aquellos en los que las mujeres habían sufrido, además de la práctica abortiva, un resultado de lesiones con riesgo para la propia vida (y entre éstos, no todos), y, por otro lado, que dependiera de la capacidad económica de los afectados la posibilidad de eludir la sanción, cuando se podían permitir viajar a otros países europeos para interrumpir el embarazo (5).

## 2. La «constitucionalidad» del sistema de indicaciones

La LO 9/1985 de 5 de julio introdujo el sistema de las indicaciones, adaptando a su texto las exigencias del Tribunal Constitucional, que había declarado inconstitucional el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del artículo 417 bis del Código penal, de 1983. Como es sabido, la STC de 11 de abril de 1985 declaró inconstitucional el Proyecto, pero no porque considerara contraria a la Constitución la despenalización del aborto en los supuestos de conflicto recogidos en las indicaciones, sino porque entendió que dicho Proyecto no había recogido todas las medidas necesarias para evitar la desprotección del *nasciturus* en esos casos, indicándole al legislador expresamente cuáles eran las cautelas a adoptar, como los dictámenes de especialistas, o que los abortos se practicaran en centros sanitarios públicos o priva-

---

(4) Cfr., en este sentido, IBÁÑEZ y GARCÍA VELASCO, *La despenalización*, pp. 260-261; GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho penal*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1990, ed. Tecnos, pp. 59 y ss.

(5) En mi opinión, hay que tener en cuenta que, mientras que las intervenciones dolosas o imprudentes de los terceros que realizan abortos con especial desatención de las normas de cuidado (lo que repercute en un resultado más grave para la mujer) exigen claramente mayor reprensión con relación a aquellas en los que se han seguido mayores cautelas y se han evitado resultados más graves, la conducta de la mujer, sin embargo, no es más antijurídica por ello. Por otra parte, en estos supuestos de mayor riesgo, además de la intervención abortiva (situación en sí misma traumática y agresiva para con la mujer, tanto desde un punto de vista físico como psíquico, por mucho que se desee la interrupción del embarazo), la mujer ha de sufrir también las graves secuelas que ponen en peligro su vida. Que después de ello siga un proceso en el que se valore públicamente un acontecimiento tan directamente relacionado con su intimidad y dignidad, y una posible estancia en la cárcel, resulta especialmente perturbador, si se tiene en cuenta que en otros muchos casos, mujeres más «afortunadas» han interrumpido su embarazo sin toda esa cadena de secuelas humillantes.

dos (6). Esta decisión no fue compartida por algunos de los magistrados del Tribunal Constitucional quienes, admitiendo la constitucionalidad de las indicaciones en si (7), mostraron su desacuerdo con el hecho de que el Tribunal se hubiese arrogado funciones propias del legislador, introduciendo, «enmiendas en los proyectos de Ley» (8). En sentido similar, algunos autores señalaron la incongruencia que representa hacer depender la constitucionalidad de la norma de la exigencia de una serie de requisitos de carácter formal, después de haber admitido, como hace la sentencia, el conflicto entre el *nasciturus*, valor de protección constitucional (aunque no titular del derecho fundamental a la vida), y los derechos de la mujer (9).

En cualquier caso, tras la emisión de la sentencia, el Gobierno se apresuró a introducir en el Proyecto de Ley las «exigencias» de constitucionalidad establecidas por el Tribunal Constitucional, y, como se ha apuntado, la LO 9/1985 de 5 de julio puso en marcha el sistema limitado de indicaciones. Las resistencias planteadas por los sectores políticos conservadores, la Iglesia católica y algunos grupos de opinión especialmente ruidosos determinaron que, ante la posibilidad de que ni siquiera esta tímida despenalización saliera adelante, la introducción de las indicaciones fuera aceptada como un mal menor por aquellos que previamente habían mostrado sus objeciones a este sistema destacando, entre otros aspectos, su insuficiencia para responder a la realidad social o la arbitrariedad que puede esconder, por sus deficiencias en la fundamentación, la exención limitada a los supuestos reconocidos en la Ley (10).

---

(6) Fundamento Jurídico número 12 de la Sentencia.

(7) Y en los casos de Tomás y Valiente, Latorre Segura y Díez de Velasco Vallejo, resaltando la convicción de que el *nasciturus* no es titular de un derecho fundamental a la vida y sí un «bien» o «valor» susceptible de protección constitucional.

(8) Expresamente, en el voto particular de LATORRE SEGURA Y Díez DE VELASCO VALLEJO. Con argumentos similares destacaron la improcedencia de indicar positivamente al legislador como debía ser la norma, Arozamena Sierra, Tomás y Valiente, Rubio Llorente y Díez Picazo.

(9) En este sentido, critican la exigencia constitucional de los denominados «requisitos formales» en las indicaciones, VIVES ANTÓN, «Valoraciones ético-sociales...», pp. 135 y ss.; CUERDA RIEZU, «Comentario a la sentencia 53/1985, de 11 de abril, sobre el recurso de inconstitucionalidad del Proyecto de Ley Orgánica que introduce en el Código penal un artículo 417 bis (Despenalización parcial del aborto)», *Cuadernos de Política Criminal*, 1986, pp. 247 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 1990, pp. 73-75.

(10) De este modo, Gimbernat Ordeig, firme defensor de la «solución del plazo» (que como es sabido permite la interrupción del embarazo por libre decisión de la mujer durante un plazo que suele oscilar entre las doce y catorce primeras semanas de gestación), defendió, aunque sin renunciar a su convicción de la mayor idoneidad del sistema del plazo, la constitucionalidad de las indicaciones, sobre la base de dos argumentos: el de que el artículo 417 bis no representa una desprotección del *nasci-*

### 3. La realidad social del aborto tras la LO 9/1985 que incorpora el sistema de indicaciones

Poco después de la entrada en vigor de esta Ley, según datos del Instituto de la Mujer, basados en distintos estudios sociológicos (11), se calculaban en torno a 105.000 abortos realizados por españolas en el año 1986, sumando los practicados en el extranjero y los llevados a cabo en España. De ellos, unos 32.000 tuvieron lugar entre Gran Bretaña, Holanda y Francia, en condiciones sanitarias y «legales». El resto se realizó en España, pero sólo 203 fueron «legales» en sentido estricto, de acuerdo con alguna de las indicaciones contenidas en la Ley. La mayoría de las interrupciones del embarazo en España, por tanto, seguía representando una importante cifra negra de abortos realizados en la «clandestinidad». También los estudios sociológicos destacan que en 1990 se calculan un total de 100.000 abortos realizados por españolas, estimándose ya como «legales» unos 25.000, mientras que todavía 75.000 se llevaron a cabo fuera del sistema, bien en España en condiciones no sanitarias, bien en el extranjero (12). En el año 2002, según estadísticas facilitadas por el Ministerio de Sanidad, los abortos practicados al amparo de la Ley, en territorio español, representan ya un total de 77.125, cantidad obtenida de los datos que obligatoriamente deben facilitar los Centros sanitarios públicos o privados que practican interrupciones voluntarias del embarazo. Si tomamos como cifra tipo la cantidad estimada de unos 100.000 abortos anuales, la progresión realizada desde 1986 hasta el 2002, con relación a la «legalización» y sometimiento a las condiciones sanitarias del aborto en España, el resultado es espectacular: de un 0,2 por 100 en 1986 a un 77 por 100 en 2002. Es decir, las cifras sumadas del aborto clandestino en España y del turismo abortivo se han reducido hasta sólo un 20 por 100 del total.

Una estimación superficial de las cifras podría hacer pensar que la Ley de las indicaciones ha funcionado, en el sentido de ofrecer cobertura a la mayoría de los abortos realizados por españolas, asegurando tanto la protección del *nasciturus* como el ejercicio de los dere-

---

*turus* y el de que el artículo 15 de la Constitución española, teniendo en cuenta razones sistemáticas y teleológicas (que toman como punto de partida el fin perseguido en los preceptos constitucionales y en los Tratados internacionales) no reconoce al *nasciturus* la titularidad del derecho a la vida.

(11) Véanse las fuentes de información citadas y analizadas por IBÁÑEZ y GARCÍA VELASCO, *La despenalización del aborto voluntario*, 1992, pp. 80 y ss. y pp. 95 y ss.

(12) Nuevamente, véanse la recopilación y conclusiones de IBÁÑEZ y GARCÍA VELASCO, *La despenalización del aborto voluntario*, 1992, p. 270.

chos fundamentales de la mujer al libre desarrollo de la personalidad, a la intimidación, la integridad física, el honor y la dignidad, que reclamaba el Tribunal Constitucional. Sin embargo, el análisis riguroso de los datos y de la realidad judicial en torno al aborto, pone de manifiesto que dicha cobertura no es tal. En efecto, por utilizar un año como ejemplo de «tipo» que se repite, de los 69.857 abortos reconocidos legalmente en España en 2001, el 97 por 100 se llevaron a cabo al amparo de la indicación terapéutica (13), de ellos sólo el 2,43 por 100 en Centros públicos y el 97,57 por 100 en Centros privados. Estos datos evidencian una realidad por todos conocida: que el riesgo para la salud psíquica contenido en la indicación terapéutica se ha interpretado en la práctica como un riesgo para el «bienestar» general de la mujer, en el sentido reconocido al término «salud» por la Organización Mundial de la Salud, en contra de lo apuntado por algunos autores (14). En definitiva, esta cláusula está operando como una indicación socioeconómica encubierta.

Esta situación es tolerada no sólo por los partidarios de este sistema, sino también por aquellos que incluso en su momento lo quisieron declarar inconstitucional, cuando, sin embargo, con ella se evidencia que la aplicabilidad de la ley es prácticamente nula, y que como todo el mundo sabe, en España está funcionando en la realidad una indicación adicional, por no decir que directamente se está aplicando el sistema del plazo. Parece por tanto existir un sector de la sociedad que formalmente se pronuncia en contra del aborto, pero que «en la intimidad de su conciencia» acepta una situación de despenalización más amplia que la que la Ley recoge. En mi opinión, esta doble moral podría quedarse ahí, en el terreno de lo privado y no suscitar críticas más allá de la discusión moral o ética, sino fuera porque sostiene un sistema jurídico que viola el mandato constitucional de respeto a los derechos de la mujer en condiciones de igualdad y, por tanto, de justicia.

---

(13) Mientras que sólo un 2,53 por 100 obedecían al supuesto de la indicación eugenésica y los casos derivados de violación representaron un insignificante 0,09 por 100.

(14) Rechazan expresamente que la «salud física o psíquica» a la que se refiere el artículo 417 bis pueda ser entendida en el sentido más amplio de «bienestar», que acoge el concepto de salud de la Organización Mundial de la Salud, DIEZ RIPOLLÉS, «Análisis de los elementos de la causa de justificación del artículo 417 bis», *Comentarios a la legislación penal*, t. IX, Madrid, 1989, pp. 152 y ss.; ROMEO CASABONA, *El Derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid, 1994, edit. Centro de Estudios Ramón Areces, pp. 340 y ss. Sin embargo, CUERDA RIEZU cree que los casos en los que el embarazo pone en peligro los derechos de la mujer al «bienestar», en conexión con el libre desarrollo de la personalidad, podrían encajar en la indicación terapéutica, utilizando el concepto amplio de salud que maneja la Organización Mundial de la Salud (cfr. «El delito de aborto...», pp. 381 y ss.).

#### 4. La realidad judicial: el menoscabo de los derechos de la mujer derivado de la arbitrariedad en la aplicación de la ley

Como señala Ibáñez y García Velasco (15), el procesamiento de los abortos ilegales en España aparece como una especie de «lotería al revés», en la medida en que los casos que llegan a los Tribunales representan una cantidad desproporcionadamente pequeña con relación a los abortos que supuestamente se cometen en condiciones de ilegalidad (16). Cabe por tanto afirmar que, con relación a la etapa preconstitucional en la que esta misma situación era evidenciada por injusta, la única diferencia que presenta una etapa supuestamente constitucional y guiada por el respeto a la libertad, igualdad y dignidad, reside en que al menos ahora los abortos ilegales se realizan con el respeto a las medidas sanitarias. Sin embargo, el menoscabo de los derechos de la mujer persiste, pues subsiste la posibilidad, que depende de circunstancias arbitrarias, de que tras el aborto se desencadene un proceso penal que afecte a la intimidad y a la dignidad de la mujer. El hecho de que la sociedad tolere las prácticas abortivas en la mayoría de los casos y que, sin embargo, a unas pocas mujeres y a unos cuantos médicos les imponga la obligación de soportar las consecuencias de un proceso penal y la privación de la libertad no puede por menos que evidenciar que los valores constitucionales de igualdad y libertad no se están respetando adecuadamente.

Pero la desigualdad y supuesta arbitrariedad también se reproduce entre los casos que llegan a los Tribunales, situación que se deriva, como me propongo demostrar, no sólo de las deficiencias formales del sistema de indicaciones, sino, sobre todo, de las dificultades para fundamentar adecuadamente el mismo. Algunos ejemplos prácticos tomados de la jurisprudencia pueden servirnos para ilustrar estos problemas.

En el sentido apuntado, resulta de especial utilidad el examen comparativo de algunos casos en los que se plantea la aplicación del artículo 417 bis por riesgo para la salud psíquica de la mujer:

– En dos sentencias (la STS de 26 de octubre de 2000 y la STS de 19 de septiembre de 2001), el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre dos abortos practicados en una clínica de Granada, supuestamente por grave riesgo para la salud psíquica de la mujer, en los que se contaba con un informe emitido por un psicólogo en el que se dictaminaba, en los dos casos en los mismos términos,

(15) Cfr. en *La despenalización del aborto voluntario*, p. 262.

(16) Según este autor, es posible estimar que son menos de un 1 por 100 de los abortos ilegales los que resultan procesados. Véanse sus análisis en *La despenalización del aborto voluntario*, pp. 107 y ss.

que la mujer padecía «una grave reacción depresiva que trastorna el curso normal del embarazo no deseado», lo que representaba un «grave riesgo para la salud» y la oportunidad de la interrupción del embarazo. Tras las sentencias de la Audiencia Provincial de Granada, que castigaron tanto a los médicos que intervinieron en el embarazo como al profesional que elaboró el dictamen por un delito de aborto consentido y no indicado, el Tribunal Supremo admitió en ambos casos el recurso de los acusados con la misma solución. Por un lado, sin entrar a valorar la existencia de un auténtico riesgo para la salud psíquica de la mujer, el Tribunal consideró improcedente la aplicación del artículo 417 bis del Código penal, sobre la base de que no se cumplía el requisito del dictamen emitido por un «médico», ya que el psicólogo no podía ser considerado como tal. Sin embargo, atendiendo a que los médicos que practicaron los abortos habían previamente realizado una consulta al Ministerio de Justicia, de la que no habían obtenido respuesta, sobre si el dictamen debía hacerlo un psiquiatra o bastaba un psicólogo, el Tribunal resolvió aplicar una atenuante por apreciar un error de prohibición vencible. Al mismo tiempo, en ambas decisiones se absuelve al psicólogo que elabora los dictámenes, argumentando que su intervención se limitaba a la emisión del informe, sin participación en la conducta típica consistente en practicar el aborto.

– En una resolución previa de 1 de abril de 1998, el Tribunal Supremo también analiza la aplicabilidad del artículo 417 bis a un caso de supuesto riesgo para la salud psíquica de la mujer. En este supuesto sí que se contaba con el dictamen de un psiquiatra que había informado que la embarazada tenía «síntomas de ahogos equiparables a crisis de angustia, ansiedad importante habitual», concluyendo que «la continuación de su embarazo en las circunstancias actuales» implicaba «un grave riesgo para su salud psíquica». La Audiencia Provincial de Oviedo, en sentencia de 1-2-1997 consideró insuficiente dicho informe para estimar probada la situación de conflicto recogida en la indicación, condenando por un delito de aborto al médico que lo practicó y al psiquiatra que realizó el informe. El Tribunal Supremo, que en este caso sí que entró a valorar la situación de conflicto, no concedió ningún tipo de relevancia al posible error del médico que adoptó como punto de partida el informe del psiquiatra y confirmó, además, la condena de este último, quien, como en los casos anteriores, se había limitado a emitir el dictamen sin intervenir directamente en la práctica del aborto.

En mi opinión, resulta difícil de justificar el distinto tratamiento que reciben estos casos. Mientras que en el caso de Oviedo el Tribunal Supremo considera insuficiente, para estimar probada la concurrencia de la situación material de conflicto reflejada en la indicación, el informe elaborado por un médico psiquiatra y en el que se refiere un estado de crisis de angustia y ansiedad importante habitual, en las sentencias sobre los casos de Granada, en las que el informe del especialista alude a una «grave reacción depresiva», sí que parece admitir la situación de conflicto material de grave riesgo para la salud psíquica, ya que no entra a analizar su concurrencia, basando su decisión en el hecho de que el dictamen, requisito de carácter formal, fuese emitido por un psicólogo y no por un médico psiquia-

tra. No obstante, a pesar de ello, el Tribunal admite una atenuación por error vencible. Abundando en esa desigualdad de trato, en los casos de Granada el Tribunal Supremo absuelve al psicólogo, por entender que se limita a emitir el dictamen, mientras que en el de Oviedo castiga al psiquiatra con la misma intensidad que al médico que practica el aborto.

La STS de 10 de febrero de 1990, puesta en relación con las anteriores, corrobora, a mi modo de ver, que la actual regulación del aborto no contribuye a la protección de los derechos y valores constitucionales, sino que abunda en la desigualdad por falta de equidad y en la injusticia por la arbitrariedad:

A mediados de abril de 1986, estando ya vigente el artículo 417 bis del Código penal, una mujer perteneciente a la comunidad gitana, M. I., tras quedarse embarazada, ante el temor que le producía comunicar el embarazo a sus padres, ya que en el seno de la comunidad gitana se considera una grave afrenta sobre los familiares de la mujer que ésta mantenga relaciones sexuales con un varón que no pertenece a la comunidad, estando soltera, como temía incluso que sus padres «pudieran matarla de una paliza», decidió interrumpir su embarazo, para lo cual, acudió a una curandera, quien le introdujo una sonda jabonosa en la vagina en dos ocasiones, hasta que M. I., que debía caminar con la sonda puesta, comenzó a sangrar por la vagina, debiendo ser trasladada al hospital, en el que se le practicó un legrado al dictaminarse un aborto provocado. Los hechos, conocidos por esta razón, fueron denunciados, y en la causa que se siguió la Audiencia condenó a la curandera que practicó el aborto a un año de prisión y M. I. a tres meses de arresto mayor. El Tribunal Supremo, en sentencia de 20 de febrero de 1990 confirmó esta decisión.

No es fácil imaginar que si M. I. contara no sólo con los recursos económicos adecuados, sino con la formación, y sobre todo con la información pertinentes, habría acudido a un Centro acreditado para la práctica del embarazo, en el que probablemente no hubiera sido difícil dictaminar un grave estado de angustia y una importante depresión, pues tenía serios motivos para temer incluso por su integridad física si su embarazo era conocido. Si hubiese sido así, tal vez la lotería le beneficiara y su caso nunca hubiera llegado a los Tribunales. Pero en el caso de que tuviera la mala fortuna de que así fuera, tal vez no pesara sobre ella una sentencia condenatoria. Pues hay que advertir que, tanto en los casos de Granada como en el de Oviedo, la mujer que se sometió a la intervención no fue condenada, sino que sólo lo fueron los médicos. Y ello, a pesar de que si bien en los casos de Granada su conducta sería impune por aplicación del artículo 417 bis 2 (17),

---

(17) Este precepto dispone que «en los casos previstos en el número anterior», (es decir, en los supuestos contenidos en las indicaciones), «no será punible la conducta de la embarazada aun cuando la práctica del aborto no se realice en un centro o

en el caso de Oviedo, en el que el Tribunal considera que la situación de conflicto no está suficientemente fundamentada, no existe en principio obstáculo legal para castigar a la mujer, lo que evidencia que en los supuestos en los que el aborto se reviste de cierta legalidad formal, los jueces parecen más reticentes a condenar a las mujeres. En el caso de M.I., tras pasear con la sonda jabonosa insertada en la vagina, sufrir dolores y metrorragias que finalizan con una intervención quirúrgica, fue condenada a pena privativa de libertad, si bien el hecho de que quisiera ocultar la deshonra le sirviera para recibir una pena menor (18). En definitiva, todavía en la década de los noventa en España resultaba más relevante para nuestro sistema jurídico y judicial que la mujer pretendiera ocultar su deshonra que el posible conflicto entre los derechos a la libertad, la intimidad y la dignidad con la continuación del embarazo.

Si en las anteriores sentencias se evidencia que la inapropiada mezcla de requisitos materiales y formales en el sistema de indicaciones es capaz de producir, en su aplicación, resultados injustos por arbitrarios, las escasas sentencias que recogen supuestos de indicación criminológica ponen de manifiesto un dato que no resulta de fácil acomodo cuando se trata de explicar el fundamento de la exención: la consideración de la «culpa» en la causación del conflicto, que se encuentra tras la indicación criminológica, parece apuntar a la creencia de que los intereses de la mujer serán tenidos en cuenta muy especialmente cuando no haya tenido «culpa» en la responsabilidad del embarazo, por cuanto el acto sexual le ha sido impuesto, frente a aquellas situaciones en las que ha disfrutado de una relación sexual libremente consentida (19).

---

establecimiento público o privado acreditado o no se hayan emitido los dictámenes médicos exigidos».

(18) El Tribunal consideró aplicable el artículo 414 del Código penal de 1973, que señalaba en su primer párrafo: «Cuando la mujer produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause para ocultar su deshonra, incurrirá en la pena de arresto mayor».

(19) La STS de 30 de enero de 1991 negó la aplicación retroactiva del artículo 417 bis a un supuesto de aborto practicado a una menor que había resultado embarazada tras ser víctima de un delito continuado de estupro. La STC de 15 de febrero de 1994 confirmó la inaplicación de la retroactividad favorable, sobre la base de que la apreciación de la indicación criminológica exige que el embarazo sea consecuencia de un delito de «violación», sin que baste con que la gestación sea producto, como era el caso, de una situación continuada de estupro por prevalimiento.

## 5. **Recapitulación: el sistema de indicaciones no protege de manera adecuada los derechos de la mujer**

En mi opinión, la experiencia práctica que se evidencia tras la revisión de todos estos casos pone de manifiesto lo siguiente: que el sistema de indicaciones, por cuanto recoge supuestos excepcionales de aborto consentido, sigue condenando a la clandestinidad, aunque disimulada, a casi la totalidad de las intervenciones abortivas practicadas en España; que la hipocresía social en torno a este sistema ampara que la mayoría de los abortos ilegales sean tolerados mientras que, en sentido muy diverso, algunas mujeres y otros tantos médicos tienen que pasar por «chivos expiatorios», lo que significa que en España los derechos fundamentales de las mujeres no se están protegiendo en condiciones de igualdad y justicia; que los procesos por aborto obtienen un tratamiento absolutamente desigual por parte de la Justicia, como se ha evidenciado en las sentencias, lo cual representa esencialmente una arbitrariedad a la vez que contribuye a la inseguridad jurídica.

Probablemente, esta inseguridad jurídica se ve agravada por el hecho de que el legislador haya mezclado en las indicaciones requisitos sustantivos con otros de carácter formal sin prever que ese sistema puede amparar soluciones prácticas radicalmente diversas para supuestos materialmente similares.

Por último, la posibilidad de que la «responsabilidad» o «culpa» por el conflicto de intereses, que parece ser tenida en cuenta como elemento valorativo negativo en la indicación criminológica, represente un interés a ponderar en la concesión de la exención, requiere una indagación sobre si el sistema de indicaciones puede fundamentarse adecuadamente en el respeto riguroso de todos los valores y derechos constitucionales afectados, para que en el caso que no sea así proceda su sustitución.

Todo ello exige plantearse las difíciles cuestiones del fundamento y naturaleza jurídica de las indicaciones.

## II. LAS DIFICULTADES PARA FUNDAMENTAR LA «LICITUD» DEL ABORTO INDICADO

### 1. **Las dificultades de la justificación del aborto: ¿es el aborto una conducta lícita?**

La mayoría de la doctrina en nuestro país considera que las indicaciones contenidas en el artículo 417 bis del Código penal represen-

tan causas de justificación específicamente reguladas, que se basan en criterios similares a los recogidos en la eximente genérica de estado de necesidad (20).

El primer presupuesto sobre el que parece asentarse esta postura es el de que sólo mediante la justificación se pueden conseguir los intereses perseguidos por el legislador, que se concretarían en la necesidad de garantizar la práctica de los abortos autorizados en condiciones sanitarias, lo que a su vez requiere la impunidad de los médicos y la prohibición de hipotéticas actuaciones en legítima defensa del *nasciturus* (21). Para ello, siguiendo este razonamiento, resultaría necesario declarar la conformidad a Derecho de las prácticas abortivas, pues sólo de ese modo se consigue la impunidad de los partícipes y se impide una reacción defensiva (ya que no cabe legítima defensa frente a acciones lícitas).

Otra de las razones que se encuentran en la base de la justificación, es el reconocimiento, en los supuestos de aborto permitido, de un conflicto de intereses. Con independencia de las distintas valoraciones que dicho conflicto suscita, existe más o menos acuerdo en aceptar, al menos como punto de partida, que los intereses involu-

---

(20) En este sentido, cfr. MIR PUIG, «Aborto, estado de necesidad y Constitución. Comentario a la Sentencia de la Audiencia de Bilbao de 24 de marzo de 1982», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1982, p. 248, quien señala que el conflicto de intereses se encuentra en la base tanto del sistema de las indicaciones como del plazo (convicción que, por otra parte, comparto); ARROYO ZAPATERO, «Prohibición del aborto y Constitución», en *La despenalización del aborto*, Barcelona, 1983, edit. Bellaterra, pp. 55 y ss.; HUERTA TOCILDO, «Criterios para la reforma del delito de aborto», en *La despenalización del aborto*, 1983, p. 10; LUZÓN PEÑA, «Indicaciones y causas de justificación en el aborto», *Cuadernos de Política Criminal*, 1988, pp. 632 y ss.; DíEZ RIPOLLÉS, «La reforma del delito de aborto», *Comentarios a la legislación penal*, 1989, pp. 69 y ss.; LAURENZO COPELLO, *El aborto no punible*, Barcelona, 1990, edit. Bosch, pp. 199 y ss. (aunque es preciso matizar que LAURENZO considera las indicaciones como «causas de exclusión de la responsabilidad por el hecho»); BAJO FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, 2.ª ed., Madrid, 1991, edit. Centro de Estudios Ramón Areces, pp. 118 y ss.; CARBONELL MATEU, «Libre desarrollo de la personalidad y delitos contra la vida», *Cuadernos de Política Criminal*, 1991, pp. 668 y ss.; CUERDA ARNAU, «Aborto y estado de necesidad. Reflexiones a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de diciembre de 1990», *Poder Judicial*, 1991, pp. 220 y ss.; ROMEO CASABONA, *El Derecho y la bioética*, 1994, pp. 312 y ss.; VALLE MUÑIZ, en QUINTERO OLIVARES (dtor.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, Pamplona, 1999, edit. Aranzadi, p. 76; GONZÁLEZ RUS, en COBO DEL ROSAL (dtor.), *Compendio de Derecho penal español PE*, Barcelona, 2000, edit. Bosch, pp. 82 y ss.

(21) La necesidad de tomar en consideración los «fines» perseguidos por el legislador es resaltada por LAURENZO COPELLO, *El aborto no punible*, 1990, pp. 143 y ss. En sentido similar, cfr. MOLINA BLÁZQUEZ/SIEIRA MUCIENTES, *El delito de aborto. Dimensión constitucional y penal*, Barcelona, 2000, edit. Bosch, pp. 86 y ss.

crados en el conflicto son los apuntados en la STC 53/1985, de 11 de abril, que se concretan, por un lado, en el bien jurídico «vida del *nasciturus*», como sustrato de la valoración jurídica que preexiste a la adquisición de la titularidad del derecho a la vida y como «momento de desarrollo de la vida misma», y, por otro lado, en los derechos de la mujer al libre desarrollo de la personalidad, a la integridad física y moral, a la libertad de ideas y de creencias, al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este punto de partida, insisto, no significa unanimidad en la aceptación de la tesis del Tribunal Constitucional, según la cual preexiste al Ordenamiento jurídico un valor superior «vida» como sustrato, ni mucho menos acuerdo sobre la jerarquía entre derechos fundamentales y «valores» superiores sin reconocimiento explícito en el texto constitucional. Sin embargo, al menos tiene la cualidad, que debe ser también reconocida, de evitar disfunciones como las que se derivan de considerar al *nasciturus* persona o de minusvalorar los derechos de la mujer (22).

Ahora bien, tras la aceptación de estas dos premisas, a saber, la de que sólo con la declaración de legitimidad de las prácticas abortivas a través de la exención se puede cumplir con los fines perseguidos por

---

(22) En los fundamentos 5.º, 6.º, 7.º y 8.º de la STC 53/1985 se recoge la argumentación referida en el texto, según la cual queda zanjada la polémica en torno a si el *nasciturus* es o no una persona, al declarar que no puede ser titular del derecho a la vida. Sin embargo, admitido ese planteamiento, todavía queda por determinar cuál es el fundamento de la protección constitucional de la vida en formación. El Tribunal Constitucional entendió que éste se encuentra en el propio artículo 15 de la Constitución, presuponiendo que la «vida», como un proceso en el que se incluye tanto la vida independiente como la dependiente, representa un valor con protección constitucional en sí mismo, por cuanto es el sustrato que preexiste a la adquisición del derecho fundamental en el momento del nacimiento. El razonamiento fundamental parece hallarse en la consideración de que la protección efectiva del derecho a la vida reconocido en el artículo 15 es incompatible con la desprotección del «valor vida» que tiene entidad propia y previa al reconocimiento del Derecho. Esta solución no está exenta de críticas. Entre otras objeciones, Vives Antón ha incidido en que la decisión del Tribunal Constitucional se basa en la introducción, de forma no suficientemente justificada, de un orden implícito de valores y objetos de protección, junto al sistema de derechos y bienes explícitamente articulado en el texto de la Constitución. Por esa razón, este autor sostiene que el *nasciturus* no es «por sí mismo y de modo directo» un bien jurídico constitucional, y que sólo si se admite que su desprotección afecta al derecho a la vida de las personas, habría que admitir que su desprotección fuera inconstitucional (cfr. «Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional...», pp. 140 y ss.). También CUERDA RIEZU se opone al razonamiento del Tribunal Constitucional, al entender contradictoria la afirmación de que el *nasciturus* no es titular del derecho a la vida y que, sin embargo, el sentido histórico otorgado por el legislador a este precepto es el de defenderle (cfr. en «Comentario a la sentencia 53/1985...», p. 247).

el legislador y la de que en la base de las indicaciones se encuentra un conflicto de intereses, se suscita la paradoja de que la declaración de licitud del aborto no parece ser conforme a la consideración de la vida del *nasciturus* como un valor en todo caso superior, o como mucho equivalente, a los derechos de la mujer, tal y como entienden algunos autores (23). En consecuencia, la necesaria justificación de las conductas, en atención a supuestos intereses del legislador, se ve entorpecida por cuanto el aborto no puede ser entendido como una conducta lícita.

De este modo, se reproduce en el ámbito de lo jurídico, en mi opinión, un fenómeno que tiene lugar en el debate social y moral sobre el aborto: casi nadie parece creer que una mujer que aborta deba ingresar en prisión (lo que significa que, de algún modo se estima que su conducta no merece sanción penal), pero al mismo tiempo casi nadie parece querer expresar que se encuentra «a favor» del aborto, o, incluso y bajo la confusión que envuelve esta cuestión, que el aborto deba ser considerado «lícito» (24).

Es posible hallar un cierto paralelismo entre este fenómeno y lo que ocurre en los casos de estado de necesidad entre intereses equivalentes, cuando el conflicto se plantea entre dos vidas (independientes). Asimismo, también se encuentran problemas similares a la hora de justificar los supuestos eutanásicos, en los que el interés de protec-

---

(23) En este sentido, cfr. PORTERO GARCÍA, «¿Es inconstitucional el aborto?», *Revista del Poder Judicial*, 1982, p. 86; DÍEZ MORENO, «El Proyecto de Ley del Aborto desde la perspectiva constitucional», en *En defensa de la vida*, Madrid, 1983, Edilibro, pp. 154 y ss.; SERRANO BUTRAGUEÑO, «El cuarto motivo: la despenalización del aborto por razones socio-económicas», *La Ley*, 1991, pp. 1223 y ss.; MOLINA BLÁZQUEZ/SIEIRA MUCIENTES, *El delito de aborto*, 2000, pp. 86 y ss. También DÍEZ RIPOLLÉS parece aceptar que en una estricta ponderación de «males», difícilmente podría considerarse un «mal menor» la destrucción del *nasciturus*. Por esa razón, este autor rehúsa la utilidad de una ponderación genérica *a priori*, defendiendo una ponderación global de los distintos intereses que confluyen en el caso concreto: «la ponderación material de los intereses debe realizarse en cada caso aisladamente, en función de las circunstancias del caso concreto, y sin que baste una contraposición mecánica y superficial de los bienes en juego» (cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, «Análisis de los elementos de la causa de justificación...», p. 194). En esta ponderación, señala DÍEZ RIPOLLÉS, hay que tener en cuenta que en el artículo 417 bis se superan los límites de la proporcionalidad de males, en la medida en que expresamente se incorporan determinados intereses sociales instrumentales (cfr. «Análisis...», pp. 149 y ss.). Tanto LUZÓN PEÑA (cfr. «Indicaciones y causas de justificación en el aborto...», pp. 632 y ss.) como LAURENZO COPELLO (cfr. *El aborto no punible*, 1990, p. 207), admiten «como mínimo» la equivalencia entre los intereses a ponderar.

(24) Expone con claridad las contradicciones sociales en torno al debate del aborto, DWORKIN, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, Barcelona, 1994, edit. Ariel, pp. 16 y ss.

ción de la vida humana colisiona con los derechos a la libertad y a la dignidad del sujeto que concretamente ostenta el derecho a la vida. En definitiva, se trata de la discusión sobre el valor absoluto del «derecho a la vida» y la supuesta primacía en todo caso del interés del Ordenamiento jurídico en proteger este valor por encima de los derechos y libertades. No resulta útil, procedente y ni siquiera posible acometer en este trabajo una exposición y análisis de las interpretaciones de la doctrina sobre estos problemas (25). Por ello, intentaré concretar mi punto de vista al respecto, sobre la consideración de los argumentos ofrecidos por la doctrina.

## 2. La vida prenatal como interés graduable y sometido a límites

A mi modo de ver, para ofrecer una explicación del por qué de la exención en los supuestos recogidos en las indicaciones, y así poder superar las contradicciones que se han apuntado, es necesario adoptar una posición clara con relación a dos cuestiones que afectan a la consideración del valor «vida humana»: por un lado, la de si el interés en proteger la vida humana, también en la fase prenatal, tiene un valor absoluto no sometido a límites, lo que representaría su prevalencia en cualquier caso; por otro, la de si la vida humana, ya sea entendida como un valor absoluto, o como un interés sujeto a límites, tiene un valor graduable (con lo que habría que determinar, en caso afirmativo, cómo repercute la diferencia de valor en la resolución del conflicto).

La Sentencia 53/1985 del Tribunal Constitucional no ha contribuido especialmente a aclarar esta decisión. Aunque reconoce que ninguno de los intereses en conflicto tiene valor absoluto y admite

---

(25) Ni siquiera creo que sea útil la revisión de las distintas teorías elaboradas por la doctrina para explicar el fundamento de la exención otorgada a las conductas que resuelven los conflictos de intereses. En el ámbito de la naturaleza de las indicaciones, véase la exposición de las corrientes doctrinales por LAURENZO COPELLO, *El aborto no punible*, pp. 143 y ss. Con relación a la naturaleza del estado de necesidad entre vidas humanas, Cuerda Riezu analiza extensamente la discusión en Alemania sobre el tratamiento de los supuestos eutanásicos en los campos de concentración durante el período nacionalsocialista (véase *La colisión de deberes en Derecho penal*, Madrid, 1984, edit. Tecnos, pp. 85 y ss.). También el problema de la colisión entre vidas humanas y su tratamiento, en mi monografía *La provocación en el estado de necesidad*, Granada, 2002, edit. Comares, pp. 11 y ss. (con citas de los autores españoles y alemanes que han tratado este tema de manera más amplia).

que en determinadas condiciones uno puede prevalecer sobre otro, sin embargo afirma, al mismo tiempo, que ni la vida del *nasciturus* puede prevalecer incondicionalmente frente a los derechos de la mujer, ni «los derechos de la mujer pueden tener primacía absoluta sobre la vida del *nasciturus*, dado que dicha prevalencia supone la desaparición, en todo caso, de un bien, no sólo constitucionalmente protegido, sino que encarna un valor central del ordenamiento constitucional». En mi opinión, este fragmento de la sentencia, que se ha utilizado para defender la supuesta inconstitucionalidad de la solución del plazo frente al sistema de las indicaciones (26), encierra una contradicción: pues si «en determinadas condiciones» se admite la prevalencia de uno de los intereses, entonces es que se parte de la posibilidad de que uno de ellos quede «desprotegido» en esas circunstancias (27).

En mi opinión, la interpretación más adecuada pasa por admitir las siguientes premisas. En primer lugar, que la idea de conflicto pre-

---

(26) Según ROMEO CASABONA, con el sistema del plazo se produce una desprotección real del embrión durante los tres primeros meses de embarazo, lo que en su opinión sería incompatible con la Constitución: el sistema del plazo podría llevar a que el aborto se convirtiera en un método habitual de control de la natalidad, a una ruptura del equilibrio demográfico, o a que se permitiera el aborto por «razones egoístas, livianas o no suficientemente ponderadas» (cfr. *El Derecho y la bioética*, 1994, p. 297). También se oponen a la constitucionalidad del plazo RODRÍGUEZ MOURULLO, «Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte», *Comentarios a la legislación penal*, t. I, 1982, pp. 71 y ss.; SERRANO BUTRAGUENO, «El cuarto motivo...», p. 1228; CEREZO MIR, «La regulación del aborto en el Proyecto de Nuevo Código penal», en *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, Madrid, 1993, Tecnos, pp. 62 y ss. A favor de la constitucionalidad del plazo, cfr. MIR PUIG, «Aborto, estado de necesidad y Constitución. Comentario a la sentencia de la Audiencia de Bilbao de 24 de marzo de 1982», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1982, p. 253; ARROYO ZAPATERO, «Prohibición del aborto y Constitución...», p. 221; CUERDA RIEZU, «El delito de aborto...», p. 354; VIVES ANTÓN, «Valoraciones éticosociales...», pp. 152 y ss.; CUERDA ARNAU, «Aborto y estado de necesidad...», pp. 233-234; RUIZ MIGUEL, *El aborto: Problemas constitucionales*, Madrid, 1990, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 94 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual*, PE, 2.ª ed., 1991, pp. 112 y 127; IBÁÑEZ Y GARCÍA DE VELASCO, *La despenalización del aborto voluntario*, 1992, pp. 268 y ss.; JORGE BARREIRO, «El aborto en la reforma penal española», *Estudios penales y criminológicos*, t. XVII, 1993, pp. 230 y ss. LAURENZO COPELLO considera que la solución del plazo cumpliría las exigencias de constitucionalidad si se utilizara con un debido sistema de asesoramiento (cfr. «Reflexiones sobre la reforma del aborto», *Actualidad Penal*, 1994, pp. 144 y ss.).

(27) Con razón apunta CUERDA RIEZU que también en los supuestos concretos de las indicaciones se produce esa desprotección: si prima el interés de los derechos de la mujer, el interés despreciado, la vida del *nasciturus*, queda concretamente desprotegido, lo que no significa que no haya sido tenido en cuenta en la valoración que sustenta la decisión legislativa (cfr. «El delito de aborto...», p. 354).

cisamente supone que unos intereses ceden ante otros. En segundo lugar, que si el Ordenamiento jurídico está interesado en regular el conflicto tiene que admitir que algunos intereses en esa concreta situación deben quedar excepcional y provisionalmente desprotegidos, bien porque con ello se salve un interés superior, bien porque de ese modo, a pesar de la equivalencia de los intereses en colisión, se eviten males mayores no deseados por el Derecho. Por último, que esa concreta «claudicación» de ciertos intereses, no implica estrictamente desatención por parte del Ordenamiento jurídico, ya que éste los ha tenido en cuenta en la ponderación y en la vigilancia de la resolución del conflicto con la menor lesividad posible.

En definitiva, la despenalización parcial del aborto, ya sea a través de un sistema de indicaciones o a través de la solución del plazo, sólo puede responder al deseo del Ordenamiento de resolver una situación de conflicto de intereses jurídicamente protegidos con la salvación de los que considere prevalentes, o al menos, con la creación del menor perjuicio posible (28). Con ello, creo poder adoptar como primera decisión, que la vida humana en la fase prenatal no tiene un valor absoluto y que su destrucción resulta lícita cuando obedece bien a la afirmación de otros intereses más valiosos para el Derecho, bien a la voluntad de resolver un conflicto entre intereses equivalentes, pero a través de una conducta lícita por cuanto respeta los mandatos del legislador para mantener el conflicto dentro de unos límites que garantizan la menor lesividad posible.

La segunda decisión se refiere a la posible influencia de la «graduabilidad» de la vida humana, reconocida en la STC 53/1985, en la ponderación de intereses y resolución del conflicto, de tal modo que nos permita sostener la posible prevalencia en algún caso de los dere-

---

(28) La exigente genérica de estado de necesidad recogida en el artículo 20. 5.º del Código penal es un modelo de regulación legal de las situaciones de conflicto. A mi modo de ver, su previsión responde precisamente al interés del Derecho en someter a determinados límites aquellas situaciones en las que resulta imposible ofrecer la protección deseada a todos los bienes en colisión. El menoscabo de algunos de estos bienes para evitar males mayores representa un déficit en el cumplimiento de la función de protección de bienes que corresponde al Ordenamiento jurídico, déficit que es asumido a cambio de la regulación de un estado de colisión que podría ser resuelto, si el Derecho no interviene, de una forma todavía más lesiva: causando males mayores o sin respetar la regla de la subsidiariedad que exige que la acción necesaria sea prácticamente el único medio que le queda al sujeto para salvar sus intereses. En mi opinión, este principio de salvación de intereses jurídicos con el menor coste posible es también el fundamento de la exención en las circunstancias que recogen las indicaciones (de manera más amplia, con relación al fundamento de las distintas clases de estado de necesidad, véase mi monografía *La provocación del estado de necesidad*, 2002, pp. 56 y ss.).

chos de la mujer sobre la vida prenatal, o a lo sumo declarar una equivalencia. Como sostiene un importante sector de la doctrina, es posible establecer una diferencia de valor de la vida humana entre las distintas fases de la gestación (29). Esto es incluso aceptado por aquellos que, admitiendo las indicaciones, se oponen al sistema del plazo, ya que también para estos supuestos excepcionales se suele exigir, como hace el artículo 417 bis, la realización de la práctica abortiva dentro de la primera fase de la gestación (30). Tampoco comparto la opinión de que el establecimiento de un plazo sea arbitrario. Aunque en realidad toda graduación exige la introducción de valoraciones, éstas encuentran asiento en distintas consideraciones biológicas y sociales. De la misma manera que es posible establecer diferencias de valor entre un óvulo fecundado sin anidar y otro que, tras la anidación, se inicia en el proceso de la gestación (31), también cabe apreciar esa diferencia entre un embrión que no ha desarrollado actividad cerebral y un feto con el sistema cortical conformado. En definitiva, la segunda decisión que creo estar en condiciones de adoptar es la de que efectivamente el distinto valor de la vida prenatal en la fase embrionaria y en la fetal tiene necesariamente que afectar a la resolución del conflicto que se plantea en el aborto.

Por otra parte, creo oportuno apuntar que esta consideración no es un presupuesto exclusivo de la solución del plazo, como tradicionalmente se ha entendido, sino que subyace en cualquier modelo de despenalización parcial del aborto, también en el sistema limitado de indicaciones recogido en nuestro Código penal (32). El hecho de que

---

(29) En este sentido, cfr. ARROYO ZAPATERO, «Prohibición del aborto...», p. 221; MIR PUIG, «Aborto, estado de necesidad y Constitución...», p. 253; CUERDA RIEZU, «El delito de aborto...», pp. 352 y ss.; DíEZ RIPOLLÉS, «Análisis de los elementos de la causa de justificación...», pp. 189 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, 1990, p. 62; CUERDA ARNAU, «Aborto y estado de necesidad...», pp. 228 y ss.; IBÁÑEZ Y GARCÍA VELASCO, *La despenalización del aborto*, 1992, pp. 264 y ss.

(30) No estoy de acuerdo con la opinión según la cual el plazo previsto en las indicaciones sólo obedece al interés de salvaguardar a la mujer, en la medida en que las intervenciones abortivas más tardías representan un riesgo mayor para su integridad física o su vida (sostiene esta interpretación, sin embargo, LAURENZO COPELLO, en *El aborto no punible*, 1990, pp. 215-216). Por el contrario, me parece más satisfactoria la tesis de Díez Ripollés, quien considera que los plazos establecidos en el artículo 417 bis reflejan, precisamente, los cambios que se producen en la ponderación a medida que aumenta de forma progresiva el valor «vida del *nasciturus*», conforme avanza su progresivo desarrollo (cfr. «Análisis de los elementos de la causa de justificación...», pp. 189 y ss.).

(31) De hecho, la destrucción del óvulo fecundado que todavía no ha anidado en el útero no se considera aborto.

(32) Como se ha señalado, la idea de la «graduabilidad» de la vida humana parece estar en la base de la STC 53/1985 que se pronunció sobre la constitucionalidad

en la denominada indicación terapéutica no se recoja plazo alguno sólo puede basarse en la convicción de que cuando el conflicto se plantea con la vida o la salud de la mujer (puesta en peligro de modo grave) en todo caso prevalecen los derechos de ésta sobre la vida en gestación. Sin embargo, los plazos requeridos en la indicación criminológica y en la eugenésica parecen conceder relevancia a la diferencia de valor entre las distintas fases del embarazo.

En conclusión, la resolución del conflicto de intereses planteado en los casos de aborto consentido, ha de adoptar como punto de partida la consideración, a mi juicio aceptada por la sociedad y asumida por el Ordenamiento jurídico, de que la vida humana prenatal no tiene en todo momento un valor absoluto, de tal modo que no sólo resiste una comparación con otros intereses, sino que incluso puede ceder en la necesaria resolución del conflicto (33).

---

del sistema de indicaciones. Según esta sentencia «la vida humana es un devenir», «un proceso que comienza con la gestación, en el curso del cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana» (Fundamento jurídico núm. 5 de la Sentencia).

(33) La discusión en torno al «valor absoluto» de la vida humana se plantea también, como es sabido, en el ámbito de la eutanasia. Como señala PEÑARANDA RAMOS (cfr. en BAJO FERNÁNDEZ (dtor.), *Compendio de Derecho penal PE*, vol. I, Madrid, 2003, Centro de Estudios Ramón Areces, p. 26), los acontecimientos históricos del siglo XX referidos a las exterminaciones masivas de personas, debidos a las persecuciones étnicas o políticas, han influido de manera notable en la necesidad de reconocer expresamente, en Tratados y Constituciones, el derecho a la vida. Precisamente, estos acontecimientos parecen asentarse en una relativización de la vida humana, lo que ha propiciado el reforzamiento de un pensamiento iusnaturalista, que, unido a la tradición cristiana, insiste en el valor absoluto de la vida y en los supuestos peligros de cualquier tendencia relativizadora. Sin embargo, en mi opinión, admitir que el valor «vida humana» puede encontrarse en determinadas condiciones en una situación de conflicto con otros derechos fundamentales universalmente reconocidos, no tiene por qué representar una puerta abierta a la minusvaloración de la vida y a la repetición de los acontecimientos antes referidos. «Vida humana» es tanto la vida en condiciones de dignidad como la «vida» más bien sufrida en una situación de enfermedad irreversible con padecimientos extraordinarios. También es «vida» la vida prenatal y la que perece en una actividad social permitida, o la que perece en el ataque del que legítimamente se defiende. El reconocimiento de los conflictos de intereses que subyacen en estas situaciones está necesariamente unido a la idea de que, en la resolución del conflicto, la protección de la vida puede diferir en orden a diversas consideraciones. La cuestión fundamental, en consecuencia, consiste en la determinación de los criterios para resolver estos conflictos: los derechos humanos, los valores y derechos fundamentales reconocidos en el Derecho internacional y plasmados en las distintas Constituciones y especialmente, la interrelación entre los mismos, han de representar el baremo que determina en el caso concreto el grado de protección dispensable a la vida. En el caso del sujeto que, apelando su derecho a vivir dignamente, expresa el deseo de acabar con su vida, el grado de protección viene determinado por la resolución del conflicto entre el interés social por preservar la vida y

Si se admite esta posibilidad de comparación, el siguiente paso, que parece ser el que suscita más dificultades, es de determinar cómo se resuelve la ponderación.

### **3. La ponderación de los bienes y los estados de conflicto como situaciones de «déficit» en la protección de intereses jurídicos**

De lo expuesto hasta aquí es posible obtener las siguientes conclusiones. En primer lugar, hay que aceptar, como punto de partida, que en los casos de interrupción voluntaria del embarazo, tal y como estima la mayoría de la doctrina y el Tribunal Constitucional (y tal y como parece admitir un sector importante de la opinión pública), subyace un conflicto de intereses jurídicos entre la vida en formación y los derechos de la mujer. En segundo lugar, de la revisión del sistema de indicaciones asumido en el artículo 417 bis del CP, se obtiene la conclusión de que el legislador ha decidido intervenir, de una manera más o menos afortunada, en la regulación jurídica de este conflicto (34). Por último, que la vida humana prenatal no tiene un valor ab-

---

los derechos del individuo a la dignidad, la libertad y el libre desarrollo de la personalidad. En el caso de la mujer que decide interrumpir el embarazo, el conflicto se presenta nuevamente entre el interés social en proteger a la vida también en la fase prenatal (admitiendo que en esa fase la vida también se encuentra en proceso) frente a los derechos de la mujer a la dignidad, la libertad, el bienestar, la intimidad y el libre desarrollo de la personalidad. La existencia de estos conflictos, así como la posibilidad de que el valor vida pueda ceder ante otros derechos, no debe conducir a la creencia un tanto esotérica de que la permisibilidad de determinadas conductas que atacan la vida impondrá una especie de espiral permisivo que conllevará la destrucción injustificada de vidas o incluso un ataque a la propia subsistencia de la humanidad. Los desmanes cometidos durante el siglo XX obedecen al hecho de que se priorizaran intereses como el bienestar de una determinada etnia, la supremacía de una clase política y social, el bienestar de un colectivo social mediante la eliminación de determinadas «cargas», etc. En estos hechos, el problema reside en que en la valoración del conflicto se han introducido criterios despojados de todo humanismo y que hacen primar la ley del más fuerte. Pero si en la valoración se tiene únicamente en cuenta los derechos humanos y los derechos fundamentales reconocidos internacionalmente, no hay que tener ningún miedo a los conflictos, pues pueden ser solventados en la afirmación de dichos derechos (asumiendo que en la colisiones de intereses resulta imposible proteger de manera absoluta todos los bienes implicados).

(34) Por esa razón, no es posible invocar la tesis del «ámbito fuera del Derecho» para explicar de manera adecuada la exención en los supuestos de las indicaciones. Esta teoría defiende que ante determinados conflictos el Derecho no es capaz de realizar una ponderación racional, por lo que debe renunciar a la pena y dejar en manos de los afectados la resolución de los mismos. Las conclusiones de esta teoría, pensada para los casos de estado de necesidad entre bienes no equivalentes, fueron

soluta y que, en consecuencia, admite la comparación con otros intereses jurídicos.

Sin embargo, con esta última constatación no cabe cerrar un juicio en torno al mayor o menor valor de los intereses a comparar, sino que es preciso encontrar el lugar adecuado que en la ponderación han de ocupar los intereses de la mujer. Como un importante sector de la doctrina ha puesto de manifiesto, existen razones fundadas para concluir que en el sistema del Estado social y democrático de Derecho, el valor central concedido a los derechos fundamentales obedece al deseo de que la organización social y estatal gire precisamente en torno a la protección, en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de los ciudadanos (35). Frente a las concepciones tradicionales que admitían el aborto con carácter excepcional en las colisiones entre la vida de la mujer y la vida del *nasciturus*, una correcta valora-

---

trasladadas por algunos autores a los casos de despenalización del aborto, especialmente por ARTHUR KAUFMANN (cfr. «Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung dargestellt am Problem Schwangerschaftsunterbruchs», *Festschrift für Maurach*, 1972, pp. 338 y ss.). Según este autor, no es posible determinar una diferencia de valor esencial entre la vida de la embarazada y la vida del *nasciturus*, lo que comporta que las acciones que resuelven este conflicto no merezcan ningún tipo de valoración con relación a su licitud, dejándose en manos del individuo la solución de la situación (también se muestran partidarios de la teoría del ámbito libre de Derecho MEZGER, *Leipziger Kommentar*, 7.<sup>a</sup>, 1954, nota 10 previa al parágrafo 51; SCHILD, «Die strafrechtsdogmatischen Konsequenzen des rechtsfreien Raumes», *Juristische Arbeitsblätter*, 1978, pp. 449 y ss.; DINGELDEY, «Pflichtenkollision und rechtsfreier Raum», *Jura*, 1979, pp. 478 y ss.). En mi opinión, incluso si se reconoce que para el Ordenamiento jurídico la lesión de un interés protegido representa un resultado que el Derecho hubiera preferido evitar, lo cierto es que si la conducta que resuelve el conflicto se ajusta a las pautas determinadas por el Ordenamiento para conseguir el menor daño posible en una situación de colisión, entonces es que dicha conducta recibe la aprobación jurídica. Tanto en la regulación del estado de necesidad genérico (art. 20.5.º de nuestro Código penal), como en la de las indicaciones (art. 417 bis), se aprecia que el Ordenamiento no ha querido renunciar a la regulación de los conflictos, pues estos preceptos representan una serie de reglas que no sólo se dirigen al juez para que pueda determinar la punibilidad o impunidad de las conductas, sino que fundamentalmente se dirigen a los sujetos que se encuentran en las mencionadas situaciones de colisión, para que las resuelvan de la forma esperada por el Derecho. En modo alguno cabe interpretar que el Ordenamiento jurídico se haya «desentendido» de estas situaciones y haya dejado su solución en manos de los particulares.

(35) En este sentido, cfr. CARBONELL MATEU, «Libre desarrollo de la personalidad...», pp. 661 y ss. Según VIVES ANTÓN, el *nasciturus* no representa por sí mismo un bien constitucional, mientras que «un derecho fundamental es un derecho fundamental y un bien jurídico constitucional que no se halle configurado como derecho no lo es» (cfr. «Valoraciones ético-sociales...», pp. 145-146). Esta opinión es compartida por CUERDA ARNAU, «Aborto y estado de necesidad...», p. 229.

ción del conflicto no puede por menos que advertir, como lo ha hecho la STS 53/1985, que cuando la mujer interrumpe su embarazo está ejerciendo sus derechos constitucionalmente reconocidos, que representan ese núcleo fundamental sobre el que se asienta el Estado social y democrático de Derecho. Esta advertencia no debe conducir necesariamente a la afirmación de que los derechos de la mujer prevalezcan en todo momento, sino a la conclusión de que su limitación representa un importante ataque al sistema de libertades reconocido por nuestra Constitución.

En mi opinión, en la resolución de esta cuestión resulta apropiado adoptar como punto de partida la consideración de que el reconocimiento del conflicto no tiene por qué conducir a la admisión de la salvación del interés preponderante como único fundamento posible de la licitud de la conducta. A mi modo de ver, la legitimidad del aborto realizado al amparo de las indicaciones se basa esencialmente en la admisión de al menos una situación de equivalencia, entre el valor de la vida prenatal y los derechos de la mujer. Y digo «al menos» porque no es posible descartar que en determinados momentos y condiciones, sobre la base del valor no absoluto de la vida así como de su susceptibilidad de graduación y del papel esencial de los derechos fundamentales ejercidos por la mujer en el Estado social y democrático de Derecho, quepa considerar que estos últimos tienen un valor superior. Precisamente, esto es lo que creo que ocurre durante la fase embrionaria, que abarca entre las doce y catorce primeras semanas de gestación.

En cualquier caso, la equivalencia de los intereses en colisión no representa un obstáculo para la justificación de la conducta, cuando precisamente la naturaleza del conflicto requiere la intervención del Ordenamiento jurídico para buscar soluciones que, salvando intereses protegidos, generen el menor daño posible (36). Esta pretensión es la

---

(36) Desde mi punto de vista, la salvación del interés preponderante no es el fundamento de la justificación en los casos de estado de necesidad y, en general, de conflictos de intereses. Si se acepta como punto de partida que en aquellos casos en los que colisionan intereses equivalentes la conducta que resuelve el conflicto no está justificada, entonces tendríamos que admitir también que la conducta que resuelve el conflicto de la manera deseada por el Derecho es tan antijurídica como aquella que prescinde totalmente de los mandatos jurídicos, lo cual, en mi opinión, es sumamente discutible (por mucho que en el primer caso se aprecie una causa de inculpabilidad). Por otra parte, tampoco se explica suficientemente por qué en estos casos de conflicto el Derecho debe renunciar a la función de motivación, pues también aquí cabe esperar que el sujeto, dentro de las limitaciones, adecue su comportamiento a lo ordenado por las normas que regulan los estados de colisión. En mi opinión, por tanto, el fundamento esencial de la exención en estos casos se encuentra en el propósito de que los conflictos sean resueltos a través de la máxima protección de intereses con el

que parece explicar la exigencia de que el aborto sea practicado por personal sanitario y en determinadas condiciones de cuidado. Pues aunque es cierto que la observancia de determinadas precauciones no tiene que ver con la existencia del conflicto en sí misma, ni con el resultado de la estricta ponderación de los bienes en juego, sí que pueden cumplir con una función de mantener los conflictos, en los que inevitablemente se cede en la lesión de concretos intereses, dentro de unos límites que garantizan el menor daño posible.

Si las prácticas abortivas se mantienen dentro de los límites que el Derecho impone con el fin de que, en una situación de «déficit», en la que inevitablemente resultan lesionados intereses dignos de protección, se protejan intereses jurídicos y se ejerzan derechos fundamentales con el menor perjuicio posible, entonces parece oportuno concluir que esas conductas han de ser consideradas conformes a Derecho: es decir, lícitas, desde un orden de valores estrictamente jurídico.

#### 4. La supuesta influencia de la «responsabilidad» o «culpa» en el origen del conflicto

La indicación criminológica ha introducido un elemento perturbador en la discusión sobre el fundamento de la despenalización del aborto. Mientras que en los apartados anteriores se atendían las dificultades para explicar la exención referentes a la diferencia de valor de los intereses en conflicto y la resistencia del Derecho a declarar lí-

---

mínimo daño posible (de manera más amplia, en mi monografía *La provocación del estado de necesidad*, 2002, pp. 16-20 y 56 y ss.). Esta idea podría estar en conexión con la interpretación de los requisitos formales de las indicaciones propuesta por Díez Ripollés. Según este autor, la exigencia de los dictámenes, la denuncia o la realización del aborto en centros sanitarios acreditados obedece a la inclusión en la ponderación de determinados intereses sociales instrumentales, que no suponen en sí mismos elementos materiales en la ponderación (cfr. «El artículo 417 bis del Código penal...», pp. 110 y ss.). A mi modo de ver, los denominados por Díez Ripollés «intereses sociales instrumentales» no tienen capacidad para afectar a la ponderación de los intereses individuales que confluyen en la concreta colisión (también en este sentido, aunque con diferentes conclusiones, cfr. LAURENZO COPELLO, *El aborto no punible*, 1990, pp. 199 y ss.). El valor de la vida prenatal o de los derechos fundamentales de la mujer, que se encuentran en la situación material de colisión, no aumenta o disminuye por el respeto a los denominados requisitos formales. Sin embargo, como se apunta en el texto, estos requisitos pueden contribuir a la legitimación de la conducta por cuanto parecen responder (al menos las exigencias sanitarias, ya que la cuestión de la denuncia no tiene explicación posible) a la creación del menor daño posible en la resolución del conflicto.

citadas las conductas que resuelven ciertas situaciones de déficit, ahora es preciso preguntarse, en atención a la previsión de la indicación criminológica, si la «culpa» o ausencia de «culpa» debe influir en la exención.

En mi opinión, si se acepta la existencia del conflicto entre los derechos de la mujer y la vida del *nasciturus*, la indicación criminológica resulta un elemento distorsionante en la explicación del fundamento de la exención. En el ámbito del aborto debería ser indiferente que el embarazo haya sido fruto de una relación sexual impuesta o de otra consentida, pues no creo que nadie se atreva a afirmar que la mujer que ha realizado un acto sexual libremente ha de ver por ello disminuido el valor de sus derechos fundamentales a la libertad, la dignidad o el libre desarrollo de la personalidad, frente a los de la mujer que es víctima de una violación. Por esta razón, la previsión de la denominada indicación ética, que sólo contribuye a crear nuevos ámbitos de confusión, no se fundamenta en modo alguno, ni siquiera acudiendo a un criterio tan flexible como el de «inexigibilidad», por mucho que sea interpretado en clave «objetiva».

Como es sabido, la teoría de la inexigibilidad general u objetiva señala que determinados hechos están justificados porque, con carácter general, el Ordenamiento jurídico ha decidido no exigir otro tipo de comportamiento. Pues bien, si se concibe desde un punto de vista objetivo que evita confusiones entre las categorías de la antijuridicidad y de la culpabilidad, el criterio de la inexigibilidad objetiva no resulta incorrecto en su formulación: es cierto que la Ley parece reconocer que en determinadas situaciones no se exige a la mujer que continúe con el embarazo y que se abstenga de interrumpir el mismo. Ahora bien, lo que debemos plantearnos, para su correcta valoración, es si este razonamiento aporta algún criterio de utilidad, pues parece más bien una fórmula incompleta, ya que tras su aplicación subsiste la pregunta de que cuál es la razón por la que no se quiere exigir a la mujer un comportamiento distinto (37). Si la respuesta es que en determinadas condiciones los intereses de la mujer «se hacen especialmente respetables», entonces, a mi parecer, hay que llegar a dos conclusiones que hacen preferible prescindir de este criterio. La primera insiste en su superfluidad, ya que si la inexigibilidad se basa en el especial valor de los intereses de la mujer, entonces basta con acudir al criterio de la salvación del interés preponderante. La segunda se refiere a las distorsiones que puede generar, al favorecer la idea de que la

---

(37) También de forma crítica sobre la «inexigibilidad», cfr. Díez RIPOLLÉS, «El artículo 417 bis del Código penal...», pp. 113-115; MOLINA/SIEIRA, *El delito de aborto*, 2000, p. 81.

respetabilidad de los intereses de la mujer depende de valoraciones de difícil acomodo con los principios constitucionales y los valores a mi juicio mayoritariamente admitidos en la sociedad.

La única forma de justificar la exención pasa por admitir que también en estos casos, con la realización del aborto en un plazo razonable, se está permitiendo a la mujer ejercer sus derechos fundamentales, bajo la convicción de que o bien preponderan sobre el bien jurídico vida en formación, o resultan equivalentes, considerándose en cualquier caso que ésta es la única manera de resolver el conflicto con el menor coste posible. Si esto es así, entonces ha de ser indiferente que la mujer haya consentido o no el acto sexual origen del embarazo.

## 5. Conclusiones

En conclusión, la práctica del aborto que se realiza con el respeto a la ponderación de todos los intereses involucrados en el conflicto y a la jerarquía que les concede la Constitución y el Ordenamiento jurídico en su conjunto; tomando en consideración especialmente el distinto valor que puede presentar la vida humana en formación y la importancia del ejercicio de los derechos fundamentales; y, por último, resolviendo con el menor perjuicio posible, una situación de «déficit» en la que el Derecho no puede salvar todos los bienes jurídicos afectados, ha de ser una conducta lícita (38). La siguiente conclusión es

---

(38) Algunos autores, con el propósito de explicar la exención en los casos de aborto no punible a través de una vía que no implique declarar «lícito» el aborto, han recurrido a soluciones que sin embargo, y en mi opinión, no pueden ser coherentes con el mencionado propósito. En el sentido apuntado, MOLINA/SIEIRA consideran que las indicaciones no pueden representar causas de justificación específicas, por cuanto la justificación implicaría una valoración positiva, incompatible con el valor superior que en todo caso, según estas autoras, tiene la vida del *nasciturus* sobre los derechos de la mujer (cfr. *El delito de aborto*, pp. 94 y ss.). Hasta aquí, se puede aceptar que con semejante punto de partida encuentren dificultades para la justificación. Lo que no se explica es que no las vean para declarar que las indicaciones representan «causas de atipicidad» (sin embargo, ésta es la solución que defienden, cfr. *ibidem.*). Si la vida del *nasciturus* tiene en todo caso un valor superior, las mismas dificultades para admitir la justificación se encuentran ya, previamente, a la hora de determinar la tipicidad o atipicidad del comportamiento. Pues la determinación de lo que es típico representa el resultado de una ponderación en la que se han tenido en cuenta los fines del Derecho penal y concretamente la función de protección de bienes jurídicos. Por tanto, si se sostiene que el aborto subsumible en las indicaciones no es siquiera típico, sólo puede ser porque el legislador haya decidido no prohibir su comisión, sobre la base de los criterios que en todo caso tiene en cuenta para establecer el ámbito de lo prohibido. MOLINA/SIEIRA, no obstante, creen que, como la vida del *nasciturus* es de valor superior a los derechos de la mujer, «la falta de prohibición penal de respeto

que las indicaciones sólo pueden ser causas de justificación o causas de atipicidad.

### III. LA NATURALEZA DE LAS INDICACIONES: CAUSAS DE ATIPICIDAD

#### 1. La conexión con diversas causas de justificación

Comparto con la doctrina mayoritaria la opinión según la cual en el sistema de indicaciones el legislador ha tomado como punto de partida para la despenalización, valoraciones similares a las que han llevado a la previsión de determinadas causas de justificación genéricas. Ahora bien, discrepo de la comprensión, que parece ser la más extendida, según la cual en el 417 bis del Código penal estaríamos ante manifestaciones específicas del estado de necesidad (39). Más adecua-

---

a la vida del *nasciturus* no implica ni licitud ni ilicitud jurídica» (p. 96), por lo que la ausencia de tipicidad se fundamentaría en la renuncia a la pena por «inexigibilidad general». Según estas autoras, aunque el *nasciturus* merece protección, en el caso de las indicaciones no resulta «adecuado» o «conveniente» la tipificación penal de estos comportamientos (pp. 96-98). A mi modo de ver, sin embargo, no cabe afirmar que una conducta que ni siquiera es típica no resulte a su vez «lícita», por lo que el recurso a las causas de atipicidad no elimina la supuesta objeción que supondría la declaración de licitud. Por otra parte, estas autoras no explican de modo suficiente por qué en estos casos «no es exigible» a la mujer que se abstenga de interrumpir el embarazo, ni tampoco oponen razones materiales para explicar la «conveniencia» o «adecuación» de la permisón del aborto. Es más, creo que resulta más respetuoso con la vida del *nasciturus* el hacer depender su menor protección de la colisión con derechos fundamentales cruciales en nuestro Ordenamiento (el derecho a la libertad, la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad y la intimidad), que de vagas razones de «conveniencia».

(39) No obstante, es preciso tener en cuenta que las interpretaciones en torno a la conexión entre el estado de necesidad genérico y las indicaciones difieren con respecto al grado de relación. Algunos autores, en primer lugar, han apreciado una relación de especialidad, que implicaría la necesidad de extender los requisitos generales del estado de necesidad sobre los supuestos contemplados en las indicaciones. Según Díez Ripollés, los conflictos reflejados en las indicaciones comparten una base común con el estado de necesidad genérico, a la que se añaden determinados valores sociales e instrumentales que provocan una modificación en la ordinaria ponderación de intereses (cfr. «El artículo 417 bis del Código penal...», pp. 110 y ss.). La consecuencia práctica que obtiene este autor es que «la relación de especialidad ente el artículo 8.7 y el artículo 417 bis [...] no supone que deba prescindirse de los restantes requisitos del artículo 8.7, a no ser que el artículo 417 bis los conciba expresamente de otro modo o de su ausencia de mención se permita deducir, implícita pero claramente, que hay intención por parte del legislador de no exigirlos» (cfr. «Análisis de los

das me parecen las interpretaciones que observan la conexión de las indicaciones con los principios que subyacen en distintas causas de justificación, como el propio estado de necesidad, el ejercicio legítimo de la profesión y el ejercicio legítimo de un derecho, sin que ello suponga una relación de especialidad, en el sentido estricto con el que ésta es entendida por las reglas concursales (que podría determinar, por tanto, la oclusión del precepto general) (40). Ante las objeciones manifestadas por un sector de la doctrina a esta solución, en el sentido de que una comprensión mixta, que introduce conexiones con distintas circunstancias, generaría una cierta disfunción, creo que la mencionada interpretación responde de forma más rigurosa a la complejidad de estas concretas situaciones de conflicto (41). Por un lado, es preciso recordar que en puridad no existe un delito genérico de

---

elementos de la causa de justificación...», p. 243). Lorenzo Copello no se pronuncia de una forma tan tajante y, sin embargo, también revisa en las indicaciones del 417 bis los requisitos generales del estado de necesidad, mostrando únicamente su desacuerdo con la posible exigencia de la ausencia de deber de sacrificio (que, por el contrario, sí que requiere expresamente el artículo 20.5.º), (cfr. *El aborto no punible*, 1990, pp. 199 y ss.). Otros autores, sin embargo, creen que la relación entre el 417 bis y el 20.5.º no es de especialidad en sentido estricto. En esta línea, Romeo Casabona sólo admite la relación de especialidad con la indicación terapéutica, apuntando que dicha relación de especialidad es «funcional» y no lógica, por cuanto no hay coincidencia entre los requisitos de la indicación terapéutica y los del estado de necesidad. De este modo, continúa Romeo, no es posible trasladar los requisitos del 20.5.º al 417 bis, ya que se crearía una nueva eximente al margen de lo establecido por la ley (cfr. *El Derecho y la bioética*, 1994, pp. 320 y ss.).

(40) En este sentido, CUERDA ARNAU, «Aborto y estado de necesidad...», pp. 220-221; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual*, 2.ª ed., 1992, pp. 117-119; CEREZO MIR, *Estudios sobre la moderna reforma penal*, 1993, pp. 57 y ss. Con ciertas reservas, también en esta dirección LUZÓN PEÑA, en «Indicaciones y causas de justificación en el aborto...», p. 631.

(41) Díez Ripollés entiende que el criterio del ejercicio legítimo de la profesión produciría disfunciones ya que haría más compleja la interpretación del artículo 417 bis. Según este autor, si la conducta del médico queda justificada por el ejercicio legítimo de la profesión, entonces habría que admitir que su comportamiento es «sustancialmente» lícito, mientras que la conducta de la mujer, amparada en el criterio de la inexigibilidad, sólo sería «formalmente» lícito. Además, Díez Ripollés cree que con esta interpretación se estaría pidiendo a la profesión médica que integrara la destrucción de la vida del *nasciturus* en el ámbito normal de su actividad (cfr. Díez Ripollés, «El artículo 417 bis del Código penal...», pp. 115 y ss.). Tampoco Lorenzo Copello considera adecuado el criterio del ejercicio legítimo de la profesión, pues según esta autora en los casos de aborto no hay propiamente una intervención «curativa», ni es posible recabar el consentimiento del *nasciturus*, necesario, en opinión, de Lorenzo, para que el ejercicio de la profesión médica fuera legítimo (cfr. en *El aborto no punible*, 1990, pp. 151-153). Desde mi punto de vista, sin embargo, estas objeciones pueden ser superadas en atención a las siguientes razones. En primer lugar, es preciso advertir que lo que realmente resultaría contradictorio es que los médicos recibieran el mensaje de que el aborto en determinadas condiciones, las cuales

aborto, sino que la Ley tipifica distintas conductas relacionadas con el aborto, que tienen significado diverso. De este modo, una estricta consideración de la configuración del Título II del Código penal y de las consecuencias penológicas previstas para las distintas figuras típicas, así como de lo estipulado en el artículo 417 bis, ha de favorecer la interpretación de que la valoración jurídica y los criterios utilizados para la misma varían en función de si estamos ante la mujer, el médico o personal sanitario o un tercero. Por otro lado, es preciso advertir que mientras que el estado de necesidad se define como la causación de un mal para evitar un mal que amenaza, la interrupción del embarazo, representa el ejercicio de los derechos fundamentales de la mujer, y esto es algo que ha de ser tenido en consideración. Precisamente, en mi opinión, éste es un aspecto que no ha ocupado el lugar que requiere en la discusión sobre el aborto y que exige una atención

---

exigen entre otras cosas su intervención, está permitido, pero que sin embargo no representa una conducta lícita y no puede ser integrada en el ámbito normal de su actividad. Con esta interpretación, habría que admitir que el Ordenamiento jurídico parece aceptar unos determinados fines (garantizar el ejercicio de determinados derechos, con el debido respeto a todos los intereses en conflicto, en condiciones sanitarias que eviten daños mayores), pero luego no establece los mecanismos adecuados para conseguirlos o incluso actúa en contra de sus propios fines: y es que además de los posibles propios reparos de conciencia, los médicos que realicen estas prácticas pueden encontrar reparos sociales o jurídicos a su actuación, a no ser que se reconozca de una vez por todas que es lícita y que, por tanto, no puede representar otra cosa que el ejercicio legítimo de la profesión. Y digo que se reconozca, por los intérpretes y aplicadores del Derecho, porque realmente el Ordenamiento jurídico, en mi opinión, ya lo ha reconocido. Si el 417 bis establece una serie de exigencias para la práctica del aborto, es porque considera que sólo con el cumplimiento de las mismas la práctica abortiva se ajusta a lo requerido por el Derecho, es decir, es lícita. Esto debe ser así, porque si se mantuviera que una actuación médica, que se ajusta a lo requerido por la norma, no obstante no es lícita, entonces podría transmitirse la impresión de que al Ordenamiento le es indiferente que los médicos ajusten sus intervenciones en estos casos a lo dispuesto por el Derecho: es decir, podría llegarse a la insatisfactoria conclusión de hacer equivalentes, en el sentido de «licitud» y ejercicio legítimo de la profesión, la conducta del médico que practica un aborto con el respeto de las exigencias del 417 bis y la de aquel que lo realiza al margen de lo previsto legalmente. En segundo lugar, no creo que el criterio del ejercicio legítimo de la profesión introduzca disfunciones en la medida en que se adopte como punto de partida, como entiendo que debe hacerse, la convicción de que la mujer que libremente decide interrumpir su embarazo en los casos permitidos por la Ley, está ejerciendo legítimamente sus derechos fundamentales a la libertad, la dignidad y la intimidad. De este modo, tanto la conducta del médico como la de la mujer serían materialmente lícitas. El hecho de que el artículo 417 bis 2 establezca menos requisitos para declarar la licitud de la conducta de la mujer se explica por el hecho de que el Ordenamiento jurídico concede un valor superior al ejercicio de los derechos fundamentales, en cuya restricción los límites deben ser menores que los establecidos para regular el ejercicio de la profesión médica.

especial, antes de ofrecer una opinión concluyente sobre la naturaleza de las indicaciones y los principios que las inspiran.

## 2. La necesidad de replantear el valor de los derechos de la mujer en el ámbito de la despenalización del aborto

En su voto particular a la STC 53/1985, el magistrado Tomás y Valiente señalaba que «frente a tantas consideraciones sobre la vida como valor, llama la atención que en la sentencia no se formule ninguna sobre el primero de los que la Constitución denomina valores superiores: la libertad», omisión que tal vez se explica por «la escasa atención que se presta a los derechos de la mujer embarazada» (42). Esta convicción es compartida por un importante sector de la doctrina que destaca el valor central de los derechos fundamentales, por supuesto también cuando éstos son ejercidos por las mujeres con relación al no menospreciable interés de las personas en configurar libremente todo un proyecto de vida (43). No es el momento de emprender una investigación sobre el alcance de la posible discriminación de los derechos de la mujer y las razones de la misma. Pero creo posible afirmar, con el ánimo de no caer en simplificaciones, que en el debate sobre el aborto parecen confluír las creencias sociales que han relegado en general los derechos de la mujer a un segundo plano, con aquellas que sitúan la maternidad en un ámbito sacralizado, que tiene que ver no sólo con determinadas convicciones religiosas, sino también con la necesidad, explicada desde un punto de vista antropológico, de preservar la continuidad de la vida y de la especie.

---

(42) Estas declaraciones son destacadas por VIVES ANTÓN en su comentario a la sentencia, precisamente insistiendo en que tal vez esto representaba «el problema jurídico central» («Valoraciones ético-sociales...», pp. 138 y ss.). También VIVES subraya las palabras del magistrado RUBIO LORENTE, en su voto particular, cuando señala como error de la sentencia que ésta no hubiera entrado a fondo «en el problema que la tipificación penal del aborto consentido plantea desde el punto de vista del derecho de la mujer a su intimidad y a su integridad física y moral».

(43) Insisten en la necesidad de conceder a los derechos de la mujer el valor esencial que poseen como derechos fundamentales de la persona, constitucionalmente reconocidos, MIR PUIG, «Aborto, estado de necesidad y Constitución...», pp. 251 y ss.; CUERDA RIEZU, «El delito de aborto...», pp. 355 y ss.; VIVES ANTÓN, «Valoraciones ético-sociales...», pp. 138 y ss.; CARBONELL MATEU, «Libre desarrollo de la personalidad...», pp. 699 y ss.; CUERDA ARNAU, «Aborto y estado de necesidad...», pp. 220 y ss.; IBÁÑEZ Y GARCÍA VELASCO, *La despenalización del aborto voluntario*, 1992, pp. 266 y ss.

Las dificultades para conceder la atención que requieren los derechos fundamentales de la mujer se incrementan cuando esos derechos se concretan en un «derecho al aborto». A pesar de que la mayoría de la doctrina cree que las conductas realizadas al amparo de las indicaciones están justificadas, pocos autores hablan del «derecho al aborto» (44). Pero esas reticencias operan también en el lenguaje social que se refiere, especialmente entre los sectores involucrados en las prácticas abortivas, a la «interrupción voluntaria del embarazo». Al respecto, me gustaría apuntar que tal vez esta expresión no sea un eufemismo, pues cabe imaginar que las propias mujeres que deciden abortar no tienen como propósito directo la destrucción de una vida en formación, es más, la pérdida de la misma es un elemento que incrementa lo traumático de la situación, sino que intentan continuar de forma responsable con su proyecto de vida, que se vería radicalmente transformado si no interrumpieran su gestación. En consecuencia, más que de un «derecho al aborto», de lo que parece que estamos hablando es de la concreción de los derechos a la libertad, la intimidad, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad también en el ámbito de la maternidad.

### 3. La conexión especial de las indicaciones con el ejercicio legítimo de un derecho

Si partimos de la creencia de que en los casos de aborto permitido, con relación a la mujer, la base de la justificación reside en la licitud de la conducta de aquella, que en el ejercicio de derechos fundamentales, esencialmente a la libertad y a la intimidad (45) resuelve el

---

(44) Lo ha admitido expresamente, CUERDA RIEZU, cfr. «El delito de aborto...», p. 356. Gimbernat Ordeig ha puesto de manifiesto la necesidad de emplear una terminología clara que se corresponda con una postura clara: según sus palabras, su tesis es «proabortista» y advierte de la necesidad de claridad citando a Freud, cuando dice que «se empieza cediendo en las palabras y se acaba claudicando en el fondo» (cfr. *Estudios de Derecho penal*, 2.<sup>a</sup> ed., 1990, p. 65). Sin embargo, otros autores han negado, también expresamente, la existencia de un «derecho al aborto» (cfr. MOLINA/SIEIRA, *El delito de aborto*, 2000, pp. 87 y ss.).

(45) La discusión sobre el aborto en Estados Unidos ha estado siempre condicionada por la importante tradición social y jurídica que en este país concede un lugar esencial en la organización estatal a los derechos a la libertad individual y al ámbito de autonomía personal y de privacidad (que, en este último principio podría tener ciertas conexiones con nuestro derecho a la intimidad). Quizás esta tradición es la que explica que, a pesar del importante peso que también tienen en este país determinadas convicciones morales en la propia actividad política, la famosa sentencia de la Corte Suprema «Roe versus Wade» siga siendo el punto de referencia en materia de aborto. Esta sentencia, de 1973, adoptó como presupuesto el reconocimiento de un

conflicto mediante el respeto a los diversos intereses en juego, con sujeción a las reglas señaladas por el Ordenamiento que en estos casos buscan la creación del menor daño posible, no parecen existir especiales obstáculos para admitir que esta justificación se basa en los mismos principios que inspiran la eximente de ejercicio legítimo de un derecho, recogida en el artículo 20.7.º del Código penal.

Sin embargo, aunque algunos autores han apreciado esta relación, la misma no ha sido desarrollada en sus consecuencias, y la atención se ha desviado a la cuestión de la aplicabilidad del ejercicio legítimo de la profesión en el caso del médico que practica el aborto (46). En este sentido, Cerezo Mir, que parece reconocer que sólo el supuesto de aborto terapéutico con riesgo vital para la embarazada encaja en la estructura del estado de necesidad justificante, sostiene que la justificación del

---

ámbito de autonomía, libertad individual y privacidad para la mujer, también con relación a la posibilidad de procreación, limitando el poder de intervención de los Estados para prohibir el aborto. No obstante, en la medida en que también reconoce el interés de los Estados en «regular» el aborto, considera que los derechos de la mujer y el interés de los Estados pueden ser armonizados de la siguiente manera: respetando los derechos de la mujer durante el primer trimestre en todo caso, regulando su ejercicio en el segundo trimestre bajo la estricta consideración de la salud de la madre, y admitiendo la posibilidad de la ilegalización en el tercer trimestre. Tras esta sentencia, se produjeron dos consecuencias de manera coetánea: por un lado, la práctica del aborto se normalizó en sus condiciones sanitarias, y una buena parte de la sociedad pareció estar de acuerdo en el reconocimiento de la autonomía de la mujer; sin embargo, los grupos conservadores, provida, algunas confesiones religiosas y sectores destacados del Partido Republicano, mostraron su discrepancia y el deseo de que la sentencia fuese revocada. Desde entonces, algunas decisiones jurisprudenciales (como las sentencias «Webster v. Reproductive Health Service», de 1989, o la «Parenthood v. Casey», de 1992), han establecido algunos límites al alcance de la sentencia «Roe v. Wade», en el sentido, la primera citada, de impedir la financiación del aborto a través de la sanidad pública, situando el aborto como el ejercicio de una libertad más que de un derecho, y la segunda, estableciendo algunas restricciones formales durante el primer trimestre. Sin embargo, ninguna de ellas ha desmontado el principio que fundamenta la decisión «Roe v. Wade», consistente en situar en un lugar central los derechos de la mujer a la libertad individual y a la privacidad (sobre la experiencia del aborto en Estados Unidos, cfr. DWORKIN, *El dominio de la vida*, 1994, especialmente, pp. 13 y ss. y 136 y ss.; sobre las decisiones de la jurisprudencia norteamericana, cfr. MARÍN GÁMEZ, *Aborto y Constitución*, 1996, pp. 350 y ss.).

(46) Sólo CUERDA ARNAU se refiere de una forma más clara a la conexión entre los casos de aborto consentido la eximente de ejercicio legítimo de un derecho (cfr. «Aborto y estado de necesidad...», pp. 225 y ss.). Sugiere también esta posibilidad LUZÓN PEÑA, aunque después considera que la conexión se establece más bien con el ejercicio legítimo de la profesión (cfr. «Indicaciones y causas de justificación...», p. 631). Por su parte, tanto CEREZO MIR como BAJO FERNÁNDEZ se refieren a la conexión de las indicaciones concretamente con la eximente de ejercicio legítimo de la profesión (cfr. CEREZO MIR, *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, 1993, p. 60; BAJO FERNÁNDEZ, *Manual PE*, 2.ª ed., 1992, pp. 118 y ss.).

médico en los demás casos se basa en el ejercicio legítimo de la profesión, derivando la legitimidad de la intervención del médico en la evitación de los daños a la integridad física o la vida de la mujer (47).

Las reticencias a la hora de establecer la conexión ente los supuestos de las indicaciones y la exigente de ejercicio legítimo de un derecho no sólo se derivan, a mi modo de ver, de las dificultades antes apuntadas para reconocer los derechos de la mujer, sino también de la falta de concreción de dicha exigente, que la hace aparecer como un ámbito abonado a la inseguridad jurídica. Como ha puesto de manifiesto Mestre Delgado, la «mala prensa» de la exigente de ejercicio legítimo de un derecho se ha visto alimentada por la inclusión tradicional en su radio de aplicación de supuestos en los que la justificación difícilmente podía explicarse: el derecho al «auxilio propio» o «vías de hecho», los derechos disciplinarios o los derechos de corrección paternos filiales, entre otros (48). Así entendidas las cosas, la imposibilidad de considerar lícitos estos comportamientos desde la perspectiva del sistema de valores vigente en la sociedad actual y reconocido en la Constitución, podría aconsejar la desaparición de esta exigente. Sin embargo, como propone Mestre, tal vez conviene replantear su contenido al amparo de la tendencia observada en los sistemas jurídicos occidentales, que sostienen la influencia de los derechos fundamentales en la interpretación del Ordenamiento jurídico en su conjunto y del Derecho penal en concreto (49). De esta manera es posible derivar de las distintas normas constitucionales, así como de la jurisprudencia constitucional de los distintos Estados o de la emanada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas o del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los derechos humanos y las libertades fundamentales tienen un carácter justificante. Coincido con este autor, en que la utilización de la exigente de ejercicio legítimo de un derecho en estos casos, sometida a los límites y valoraciones que se derivan de la exigencia de legitimidad, es un instrumento válido para encauzar los conflictos que se plantean cuando el ejercicio de los derechos fundamentales colisiona con otros intereses protegidos (50).

---

(47) Cfr. CEREZO MIR, *ibidem*.

(48) Sobre esta problemática, insistiendo en la falta de adecuación de estos supuestos derechos para conformar el contenido de la exigente, cfr. MESTRE DELGADO, *La exigente de ejercicio de un derecho y las causas supraleales de justificación penal*, Madrid, 2001, edit. Edisofer, pp. 39 y ss.

(49) Cfr. MESTRE DELGADO, *La exigente*, pp. 214 y ss.

(50) Sin que se explique suficientemente por qué sería preferible una explicación «supra legal» de la naturaleza de la justificación que se deriva del ejercicio de derechos fundamentales. Véase MESTRE DELGADO, *La exigente*, pp. 214 y ss.

Abundando en esta dirección, es preciso tener en cuenta que cuando se habla de «ejercicio legítimo de un derecho» no se está reconociendo un derecho al aborto libre en todos los casos. Pues en realidad, también en la mencionada eximente subyace una ponderación o valoración, como ya se ha apuntado, a través de la cual se sujeta a límites el ejercicio del Derecho, para que se mantenga en un ámbito de «legitimidad». Es cierto que esto requiere un esfuerzo interpretativo y que en aras de la seguridad jurídica debe ser realizado cuanto antes. Pero ello no es óbice a la admisión del principio del ejercicio legítimo de un derecho, de la misma manera que no lo ha sido en otros ámbitos requeridos de interpretación (por ejemplo, en la delimitación del derecho a la libertad de expresión frente al honor).

Por otra parte, la Ley ha establecido (aunque, como se ha señalado, de una forma no muy acertada) una serie de elementos que contribuyen a la determinación de la legitimidad del ejercicio. De esta manera, el conjunto de requisitos contenidos en las indicaciones representa un indicio esencial en la determinación de la legitimidad del ejercicio, tanto del derecho por parte de la mujer, como de la profesión por parte del médico. Bajo esta comprensión se consigue una mejor armonización de las distintas valoraciones que reciben las conductas de los sujetos implicados en las prácticas abortivas, tal y como se desprende de la interpretación sistemática de los artículos 145 y 417 bis del Código penal. En el caso del médico, las indicaciones establecen pautas materiales (que aluden al resultado de la ponderación entre los derechos de la mujer y el bien vida humana en formación) y requisitos formales (práctica en centros acreditados, dictámenes) que exigen la realización de los abortos dentro de unos límites, en los que se cause el menor daño posible. En el caso de la mujer, los requisitos de «legitimidad» decrecen, por cuanto resulta ser la titular del derecho fundamental que se materializa, siendo necesaria la concurrencia del conflicto material y la intervención del médico, pero sin que se exija la intervención en centros acreditados o los dictámenes. En el caso del tercero, como falta el ejercicio legítimo del derecho o de la profesión, la justificación sólo podría quedar amparada por un estado de necesidad genérico, siempre que se demostrara la concurrencia de los requisitos previstos en la eximente genérica.

Ahora bien, llegados a este punto es procedente plantearse si el uso de valoraciones similares a las empleadas en la configuración de determinadas causas de justificación, ha de conducir automáticamente a la conclusión de que también dichas indicaciones representan causas de justificación específicamente configuradas, o si, de otro modo, la solución pasa por admitir que el artículo 417 bis recoge auténticas circunstancias de atipicidad.

#### 4. Causas de atipicidad

En los párrafos precedentes, se ha intentado demostrar la oportunidad de dos afirmaciones esenciales. Por un lado, la de que en la regulación de las indicaciones el legislador no ha tomado como punto de partida de manera exclusiva la existencia de un conflicto de intereses, sino que ha tenido en cuenta que en los casos de aborto consentido confluyen distintas actuaciones que guardan conexión, en su valoración jurídica, con otros principios también reconocidos por el Ordenamiento en la determinación del ámbito de lo prohibido, como son el ejercicio legítimo, esto es conforme a Derecho, de profesiones y de derechos fundamentales. Por otro lado, en la valoración efectuada por el legislador en la definición del ámbito de lo permitido ha de tener especial significación la consideración, como en mi opinión no puede ser de otro modo, de que en la tipificación del aborto consentido se está sometiendo a regulación el ejercicio de derechos fundamentales de la persona.

Bajo esta comprensión, es preciso advertir que la necesidad de delimitar de forma pormenorizada los ámbitos prohibidos y las zonas de permisión, en aquellos delitos que precisamente protegen el ejercicio de derechos fundamentales, se presenta ya en el momento de concretar qué es típico y qué no lo es. Esto se aprecia de manera clara en los delitos de detenciones ilegales, contra la intimidad, la inviolabilidad del domicilio o de vulneración de derechos fundamentales. En todos ellos, tras realizar las oportunas valoraciones sobre la consideración de otros intereses del Ordenamiento jurídico y de la sociedad (que se refieren, de forma especial, al interés en perseguir a los responsables de los delitos y en recabar las pruebas que permitan su procesamiento), el legislador ha establecido ámbitos de riesgo permitido, en los que las actuaciones de los funcionarios en los casos en los que «media causa legal por delito» y se respetan las garantías constitucionales y legales, no son siquiera típicas. Y ello a pesar de que representan ostensibles limitaciones del ejercicio de derechos fundamentales, como la libertad, la intimidad o la inviolabilidad del domicilio. A título de ejemplo, los ataques contra la intimidad tipificados en los artículos 197 y ss. del Código penal (apoderamiento de documentos o efectos personales, interceptación de las comunicaciones, revelación de secretos, etc.) o el allanamiento de morada (arts. 202 y ss.) configuran una zona de prohibición general de vulneración de derechos fundamentales, que sólo puede ser entendida poniendo estos preceptos en conexión con los artículos 534 y ss., que restringen la prohibición bajo determinadas circunstancias. De este modo, de la estricta interpretación sistemática del contenido de tipicidad de estos delitos

se deriva, a mi modo de ver, que el legislador ha establecido un ámbito de prohibición general y otro de riesgo permitido, siempre y cuando se cumplan determinadas condiciones, también expresamente previstas: que medie «causa legal por delito» y que se cumplan las garantías legales y constitucionales (51).

En el ámbito de los derechos de la mujer relacionados con la gestación o la maternidad, la exclusión de la tipicidad en comportamien-

---

(51) A este respecto, el artículo 18 de la Constitución española declara: «1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. 3. Se garantizará el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. 4. La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.» El legislador penal ha seguido el mandato constitucional de garantía de los diversos bienes jurídicos relacionados con el derecho fundamental a la intimidad, estructurando la protección en tres ámbitos. En primer lugar, se protege la intimidad frente a los posibles ataques *entre particulares*. A esta clase de agresiones se refieren los artículos 197, 199, 200, 202 y 203 del Código penal. En segundo lugar, existe un segundo ámbito de protección, en el que se intenta proteger la intimidad de los ciudadanos frente a los ataques perpetrados *por funcionarios públicos o autoridades*, con prevalimiento de su cargo, pero *sin que medie causa legal por delito*. A estas conductas aluden los artículos 198 y 204 del Código penal. Por último, también se regula la protección de la intimidad frente a las agresiones realizadas *por funcionarios públicos o autoridad*, existiendo *causa legal por delito*, pero que no se ajustan a la ley por cuanto, a pesar de ser realizadas dentro de un proceso de investigación judicial, vulneran, de algún modo, las garantías constitucionales que rigen estas intromisiones (arts. 534 y ss. del Código penal). El artículo 18 de la CE reconoce que el derecho a la intimidad puede admitir determinadas intromisiones, en los casos de resolución judicial o flagrante delito. Sin embargo, estas injerencias deben ser llevadas a cabo a través de un procedimiento que precisamente pretende que se realicen con el respeto máximo a las garantías establecidas en el texto constitucional y las normas que lo desarrollan. En concreto, los artículos 545 a 588 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal regulan el procedimiento para la entrada y registro en lugar cerrado, el registro de libros y papeles, y la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica, diferenciando, por un lado, las entradas y registros ordenadas por los jueces, que se rigen por la necesidad de auto motivado, salvo que exista consentimiento, y las entradas y registros realizados directamente por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, sin necesidad de auto previo motivado, sólo en algunos casos (casos de detención de personas contra las que se ha dictado auto de prisión, casos de flagrante delito, supuestos en los que el delincuente inmediatamente perseguido se oculte en alguna casa, o casos de personas integradas en bandas armadas, individuos terroristas o rebeldes). El artículo 21.1 de la LOPSC indica que los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sólo pueden realizar entradas y registros conforme a la Constitución y las leyes y añade que «será causa legítima suficiente para la entrada en domicilio la necesidad de evitar daños inminentes y graves a las personas y a las cosas, en supuestos de catástrofe, calamidad, ruina inminente u otros semejantes de extrema y urgente necesidad».

tos relacionados con el aborto consentido en determinadas condiciones (arts. 145.2 o 417 bis) o con las lesiones imprudentes al feto (art. 158), refleja una ponderación realizada por el legislador, que en el momento previo a la delimitación del ámbito de lo típico, ha tenido en cuenta los derechos mencionados, y la ponderación que subyace a la valoración de su ejercicio como legítimo (52). Esa misma ponderación es la que, en mi opinión, ha extraído de la zona de prohibición los comportamientos que con carácter general quedan amparados por las indicaciones. Por supuesto, este espacio de permisión se extiende también a los médicos, si bien con mayores restricciones, en la medida en que, como se ha destacado, el fundamento de la no prohibición se encuentra en el ejercicio de la profesión sujeto a determinados límites (53).

En los supuestos contemplados en el artículo 417 bis, en consecuencia, no estamos ante el binomio regla-excepción tradicionalmente utilizado para explicar la justificación de, en principio, cualesquiera de las conductas tipificadas en el Código penal, en algunos supuestos excepcionales. Más bien nos encontramos ante un mecanismo de delimitación de espacios de prohibición o permisión, que responden, como también ocurre en otros delitos, a la ponderación previa de las situaciones de conflicto en las que se encuentran determinados intereses y derechos protegidos por el Ordenamiento jurídico.

Desde mi punto de vista, esta interpretación se confirma si se atiende a que en la práctica, las circunstancias del 417 bis no operan como causas de justificación, sino como auténticas causas de atipicidad. En esta dirección hay que entender el hecho de que los abortos realizados en centros acreditados, supuestamente al amparo de las indicaciones (por ejemplo, los 77.125 abortos practicados en 2002, según el Ministerio de Sanidad) no sean objeto de un proceso penal para determinar la concurrencia de la concreta indicación, como por

---

(52) Con respecto a la exclusión de la mujer del ámbito típico de las lesiones imprudentes, Pérez Manzano ha criticado a la doctrina que considera el artículo 158 una causa personal de exclusión de la pena, a la vez que añade: «Considero más razonable entender que se trata más bien de la resolución legal de una situación de conflicto entre la restricción de la libertad de la embarazada que implica el imponerle deberes de cuidado y la protección de la salud del feto, de manera que se trata de habilitar una zona de riesgo permitido más amplia para la embarazada que para terceros» (cfr. en BAJO FERNÁNDEZ, (dtor.), *Compendio*, 2003, p. 456).

(53) El hecho de que en el caso de los delitos contra la intimidad, la determinación de la zona de permisión requiera la interpretación de otras normas a las que las leyes penales se remiten y en el caso del aborto se refleje expresamente, no puede representar un obstáculo a la creencia de que estamos ante un mismo fenómeno de resolución prevista del conflicto a través de la fijación de ciertos límites.

el contrario sí que sucede en los casos en los que concurre alguna de las causas de justificación genéricas, que sólo pueden dar lugar al sobreseimiento libre (con lo que en cualquier caso permiten la apertura del proceso) cuando su presencia sea «indudable», teniendo en cuenta además que en el caso del estado de necesidad ni siquiera cabe el sobreseimiento, por cuanto el proceso debe continuar a los efectos de responsabilidad civil (54).

En el mismo sentido hay que interpretar el hecho de que no quepa considerar como «tentativa» de delito de aborto las prácticas que tienden a la realización de un aborto indicado pero fracasan, ya sea por la inidoneidad de los medios empleados o por cualquier otra razón, mientras que sí cabe calificar como tentativa de lesiones, si bien justificadas, las acciones dirigidas a frenar la agresión de un sujeto por el que legítimamente se defiende.

Por último, con esta comprensión se explica que no sea apreciable una «exención incompleta», por cuanto por decisión del legislador el artículo 417 bis sólo admite su apreciación de forma completa o su desestimación.

En consecuencia, no existe una razón suficiente que abogue por la justificación, cuando de la configuración legal del precepto parece desprenderse que el 417 bis forma parte de la estructura típica que define el aborto consentido, algo que parece confirmarse si atendemos al funcionamiento de este sistema en la práctica (55). Por todo ello, parece más adecuado sostener que el sistema de indicaciones representa, en conexión con el artículo 145 del Código penal, un catálogo de causas de atipicidad.

---

(54) Véanse los artículos 637, 641 y 782 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

(55) Esto es lo que ocurre, a mi juicio, con el problema de la provocación del conflicto reflejado en las indicaciones. En el supuesto de que la embarazada o un tercero provocase la situación de conflicto (con determinadas actuaciones arriesgadas que convirtieran la continuación del embarazo en un grave riesgo para la salud de la mujer), se suscitaría la duda, como ocurre en el estado de necesidad provocado, de si, aceptando la justificación de la acción necesaria, en este caso el aborto, se podría hacer responder por el resultado final imputando el mismo no a la acción necesaria, sino a la provocación precedente. Esta posibilidad, sostenida por la teoría de la *actio illicita in causa*, requiere, a mi juicio, que el resultado se siga considerando ilícito y que quepa una imputación del mismo en términos ordinarios: que la provocación y el resultado, en atención a lo previsto en los tipos, puedan representar el desvalor de acción y el desvalor del resultado del delito que concorra. Esto, que puede ser defendido, con limitaciones, en el ámbito de las causas de justificación, resulta imposible en estos casos. Pues si la mujer aborta al amparo de lo establecido en el 417 bis, no encontramos un delito en el que poder subsumir su conducta, pues el artículo 145.2 sólo considera típica la conducta de la mujer que consiente que le practiquen un aborto «fuera de los casos permitidos por la ley».

#### IV. CONCLUSIONES: A FAVOR DE LA SOLUCIÓN DEL PLAZO

De lo expuesto hasta aquí, entiendo que se pueden obtener las siguientes conclusiones.

1. Las indicaciones no representan manifestaciones concretas de ninguna de las causas de justificación recogidas como eximentes genéricas. Por tanto, hay que negar relación de especialidad alguna, y con ello descartar, por un lado, que en la aplicación de las indicaciones haya que revisar los requisitos contenidos en las eximentes y, por otro, que dichas indicaciones tengan efecto oclusivo sobre la posibilidad de apreciar alguna de las eximentes (para situaciones materialmente similares o en el caso de que falten alguno de los requisitos exigidos en el artículo 417 bis).

2. Las indicaciones, tal y como están formuladas, representan causas de atipicidad, que se inspiran en principios similares a los que presiden el estado de necesidad, el ejercicio legítimo de un derecho o el ejercicio legítimo de una profesión. En estos dos últimos casos, esa conexión sólo se refleja en la conducta de la embarazada o del personal sanitario (incluido el médico), respectivamente. Y en estos dos últimos casos, cobra especial relevancia la determinación de la «legitimidad del ejercicio» a través de la interpretación de los requisitos para la exención, en conexión con las exigencias derivadas de los valores constitucionales (56).

---

(56) En aquellos casos en los que falten alguno o algunos de los requisitos contenidos en el artículo 417 bis, la solución ha de ser diversa, en atención a las distintas situaciones que pueden presentarse. Si lo que falta es la situación de conflicto expresamente reconocida en la indicación, sería imposible llegar a la exención de la responsabilidad a través del mencionado precepto. De igual modo, tampoco sería posible acudir a las eximentes genéricas de ejercicio legítimo de un derecho o ejercicio legítimo de la profesión (para amparar la conducta de la embarazada o del médico, respectivamente). Sin embargo, nada impide que pueda ser apreciada, ya sea de forma completa, ya sea incompleta, la eximente de estado de necesidad, cuando se plantea un conflicto de intereses similar a los reflejados en las indicaciones (que refleje una colisión entre la vida del *nasciturus* y los derechos de la mujer a la libertad, la dignidad y la intimidad) y en su resolución se sigan los requisitos del artículo 20.5.º. En el caso en que concurra la situación de conflicto, pero falte alguno de los denominados requisitos «formales», entonces es preciso diferenciar entre las conductas del médico o la embarazada. Con relación a la embarazada, si faltan sólo los dictámenes o la práctica en centro sanitario acreditado, entonces su conducta será atípica, ya que el artículo 417 bis 2 declara no punible la conducta de la embarazada en estos casos (y, como se indica en el texto, entiendo que el art. 417 bis recoge causas de atipicidad). No obstante, si lo que falta es el requisito de intervención médica, pero subsiste

3. En esta determinación es cuando el sistema de las indicaciones se evidencia como inapropiado para delimitar adecuadamente el ámbito de licitud de las prácticas abortivas. Pues poco tiene que ver con el valor de los intereses constitucionales en juego que el conflicto sea fruto de un acto sexual impuesto, y mucho menos que la licitud se haga depender de una denuncia que puede resultar lesiva de otro derecho fundamental, el derecho a la intimidad. Tampoco se alcanza a explicar suficientemente por qué el derecho de la mujer a decidir libremente sobre aspectos esenciales en su proyecto vital sólo debe ser tenido en cuenta, además de los casos antes indicados, cuando se presumen las graves taras físicas o psíquicas en el feto (57).

Si esto es así, el sistema de las indicaciones, que limita y enmascara el conflicto real que subyace en las situaciones de embarazo no

---

la situación de conflicto, creo que cabe apreciar en la embarazada las eximentes de ejercicio legítimo de un derecho y de estado de necesidad (en concurso, que habrá que resolver aplicando aquélla que mejor se adapte a las características concretas del caso). En el caso del médico, la ausencia de dictámenes o centro acreditado impide la apreciación, en mi opinión, tanto del 417 bis como de la eximente genérica de ejercicio legítimo de la profesión, pero puede ser aplicado el estado de necesidad completo o incompleto, dependiendo de la situación concreta. Con relación al tercero que practica el aborto, su conducta no puede estar amparada ni por el 417 bis ni por el 20.7.º (ejercicio legítimo de la profesión o del derecho) y sólo cabría la posibilidad del estado de necesidad genérico. Con relación a los partícipes en alguno de los comportamientos descritos, en tanto en cuanto todas las actuaciones queden cubiertas por una causa de atipicidad o de justificación, de igual modo su conducta deberá quedar impune (en aplicación del principio de accesoriadad limitada). Sin embargo, si la acción del autor es antijurídica (a pesar de la atenuación), también cabrá la punibilidad de los partícipes.

(57) Las dificultades existentes a la hora de determinar el fundamento de la exención en la indicación eugenésica ha llevado a soluciones que no consiguen explicar de modo suficiente, a mi juicio, por qué en estos casos prevalecen los intereses de la mujer. Algunos autores han creído que esta indicación no es más que una manifestación específica de la indicación terapéutica, y que lo que se está protegiendo es la salud psíquica de la embarazada (en este sentido, ARROYO ZAPATERO, «La indicación eugenésica», *Estudios de Derecho penal en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, RFDUC, número monográfico 11, pp. 57 y ss.; REVIRIEGO PICÓN, *Otro estudio más del aborto. La indicación eugenésica y su fundamentación*, Madrid, 1998, edit. Dyckinson, pp. 59 y ss.). DÍEZ RIPOLLÉS, sin embargo, ha puesto el acento en la deficiente «calidad de vida» que habrá de soportar el nacido con graves taras (cfr. «Análisis de los elementos de la causa de justificación...», pp. 177 y ss.). Por supuesto, también se ha recurrido en estos casos a la «inexigibilidad», en el sentido de no imponer semejante carga a la mujer (en este sentido, cfr. BAJO FERNÁNDEZ, *Manual PE*, 1994, p. 138; ROMEO CASABONA, *El Derecho y la bioética*, 1994, pp. 351 y ss.), criterio que parece encontrar apoyo en la STC de 11 de abril de 1985. Sin embargo, como pone de relieve LAURENZO COPELLO (cfr. *El aborto no punible*, 1990, p. 137), en esta indicación se recoge esencialmente el conflicto que tiene lugar en todos los casos de aborto consentido: entre el derecho de la libertad de la mujer y la vida del *nasciturus*.

deseado, introduciendo en la valoración de los intereses elementos que generan distorsión (como la «culpa» en el origen del conflicto) no puede resultar adecuado, desde su propia «ratio», para responder a las demandas de la sociedad en torno a una cuestión de tanta trascendencia. Desde un punto de vista de *lege ferenda*, lo más apropiado, en mi opinión, es sostener su sustitución por la solución del plazo, ya que parece ser la única que parece respetar de manera adecuada todos los intereses involucrados en el conflicto.

De esta manera, la práctica del aborto en un plazo razonable supondría el reconocimiento jurídico, puesto que el social parece haber sido ya otorgado, de la necesidad de que la mujer pueda ejercer sus derechos a la libertad y la intimidad de manera digna, cuando éstos preponderan o al menos resultan equivalentes al interés vida humana en formación. Sólo así se evitarían, en mi opinión, las negativas consecuencias de injusticia y desigualdad que, como se vio al principio de este trabajo, se derivan del sistema limitado de las indicaciones.



# Las viejas cárceles: Evolución de las garantías regimentales

ENRIQUE SANZ DELGADO

Profesor Ayudante de Derecho penal. Universidad de Alcalá

SUMARIO: Introducción. I. Indicando el camino reformador: Los prácticos españoles del s. XVI.—I.1. Aportaciones de reforma en el ámbito carcelario.—II. La «iniciativa social». Las asociaciones ciudadanas en favor de los presos.—III. Objetivos humanitaristas y manifestaciones legales reformadoras en las cárceles. La proscripción de los abusos y del carcelaje.—IV. Las visitas a cárceles.—V. La abolición del tormento y otras disposiciones dignas de mención.—VI. La continuidad en las inquietudes e intentos reformistas ciudadanos. Iniciativas de la Sociedad Filantrópica. La voluntad legislativa en la normativa. Exposiciones de motivos de interés humanitarista.—VII. La reforma resultante: la delusoria cárcel Modelo de Madrid.—VIII. Conclusiones.

## INTRODUCCIÓN

«Lugares donde retener a la persona acusada o culpable de haber cometido un delito han existido siempre. Lo que ha variado, en mutación progresiva, ha sido su concepción» (1). La reiterada expresión del hoy catedrático de Alcalá, ilustrativa de una función y de la evolución del encierro hacia la pena privativa de libertad como instrumento punitivo protagonista (2), instruye acerca de la necesidad y utilidad

---

(1) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: «Historia de la prisión», en *Suplementos de Cuadernos para el Diálogo*, Madrid, 1974, p. 7; y en *Temas de Derecho Penal*, Madrid, 1992, p. 89; y en *Teoría de la Pena*, 3.<sup>a</sup> ed., 1.<sup>a</sup> reimpresión, Madrid, 1987, p. 67.

(2) Para mejor comprensión, ya en el primer cuarto del siglo XX, Fernando Cerdas situaba, inmejorable, el marco material genérico, en el ámbito hispano, con estos términos: «La aparición del presidio es muy posterior a la de la cárcel. Bien se

de un medio, hasta entonces de preeminencia custodial para la pena o para el proceso. Ha evolucionado el mecanismo conceptual y con ello el instrumento, conformando junto a la estabilidad secular de los propósitos de reforma ciudadanos e institucionales, el objeto de la exposición histórico-legislativa de las líneas que siguen.

La indudable pluralidad de cuestiones relativas a las viejas cárceles, exige, en cualquier caso, una limitación del objeto de estudio a ciertas parcelas regimentales, que han permanecido vinculadas a medidas legislativas e iniciativas reformadoras durante centurias, favoreciendo efectivamente, desde una perspectiva actual, la protección de los más indispensables derechos de los presos. Disposiciones que, para mejor comprensión del interés y de la técnica del legislador, se trasladan hoy en su diversidad y amplitud al texto. Así se enfocan de seguido cuestiones parciales como las relativas a la habitabilidad en los lugares de encierro; las medidas profilácticas de separación en interés de la salubridad e higiene; las referidas a la abolición del carcelaje o del tormento; las visitas y el control judicial de los establecimientos penales; y la secuela final material que se contempla en los albores del siglo xx, en la cárcel Modelo de Madrid, en la celular de Barcelona, y en el diseño normativo resultante de la actividad reformadora aludida, hasta la promulgación del integral Real Decreto de 1913.

---

comprende teniendo en cuenta que ésta se hizo imprescindible desde el momento que se necesitó y fue posible recluir a los delincuentes para impedir su evasión y para asegurar el cumplimiento de las respectivas sentencias, en tanto que aquél no fue preciso hasta que se establecieron las penas privativas de libertad que habían de extinguirse en el interior de su recinto». Cfr. CADALSO, F.: *Instituciones Penitenciarias y similares en España*. Madrid, 1922, p. 302. Asimismo, en palabras del Salillas de 1888, encontramos la intersección arquitectónica dibujando los caracteres propios del edificio carcelario como sigue: «No difiere la arquitectura de la cárcel de la del presidio. Arquitectura de cuadra y patio, de confusión y hacinamiento, de acomodos y tolerancia, se ha reducido á habilitar discrecionalmente dormitorios para rellenarlos de hombres. Varían algo en la distribución. El presidio necesita el taller, que no existe ni aun en las grandes cárceles de los antiguos sistemas (...). En las grandes cárceles hay, además de las dependencias de los Tribunales, separaciones por categorías de procesados (políticos, distinguidos y menores), pero en la generalidad se confunden toda clase de presos en los patios y dormitorios comunes». Cfr. SALILLAS, R.: *La vida penal en España*. Madrid, 1888, p. 341. Los caracteres normativos de tales modos de reclusión, han sido más recientemente expresados por Zapatero Sagrado, en estos términos: «La regulación de las cárceles fue totalmente diferente de la de los presidios. La normativa de arsenales y presidios fue obra de profesionales del mundo penitenciario, aunque casi todos ellos procedentes del ambiente militar o paramilitar, mientras que la de las cárceles lo fue de hombres del foro. Esto explica los diferentes enfoques de sus preceptos: aquéllos, preocupados fundamentalmente por su gobierno interior, éstos, por la observancia de las garantías procesales de sus forzosos ocupantes». Cfr. ZAPATERO SAGRADO, R.: «Los presidios, las cárceles y las prisiones», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXIX, Vol. II, mayo-agosto, 1986, p. 552.

Si como bien ha expresado Bueno Arús, la claridad de los principios y reglas actuales de las normas del Consejo de Europa, relativas a la privación de libertad, «no son sino concreción de persistentes elaboraciones doctrinales a lo largo de dos siglos» (3), tal paulatina transformación se perfila, con prioridad y claridad en nuestro singular entorno legislativo, al margen de otras manifestaciones foráneas, a partir del análisis ilustrado de la penalidad llevado a cabo por el juriconsulto Manuel de Lardizábal. Se vislumbran en su obra, además de las subsistentes penas de presidios, arsenales y trabajos públicos, otras posibilidades reclusivas preexistentes, aun de menor incidencia práctica (4). De este modo, no se yerra al afirmar que hasta mediados del siglo XIX las cárceles tuvieron, como principal fundamento, la reclusión de los procesados como presuntos culpables. Así, la propia Constitución de 1812 vino a referirse, en su garantista artículo 297, a los presos, designando con ello a los sometidos a procedimiento judicial, y disponiendo su protección.

Tales garantías, que debían observarse durante la custodia, se han reiterado a lo largo de los años y se advierten en las normativas generales y específicas relativas a los lugares de encierro (5). El resultado nos muestra la estabilidad en su peor vertiente, el paradigma del estancamiento en la inconclusa reforma, configurando una constante exigencia, una llamada permanente. El objeto principal de esta aproximación recae, así, en tales medidas garantistas regimentales, auspiciadas desde la iniciativa institucional o ciudadana, dejando a un lado las jurisdicciones especiales y otras cuestiones de índole arquitectónico o de modelos materiales, con sus polémicas decimonónicas añadidas, sobradamente tratados en la bibliografía hispana de entonces y de ahora (6).

---

(3) Cfr. BUENO ARÚS, F.: «El Consejo de Europa y el Derecho penitenciario», en Díez RIPOLLÉS, J. L./ROMEO CASABONA, C. M./GRACIA MARTÍN, L./HIGUERA GUIMERÁ, J. F. (Eds.): *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*. Madrid, 2002, p. 1063.

(4) En palabras de su obra emblemática: «Aunque la cárcel no se ha hecho para castigo, sino para custodia y seguridad de los reos, como se ha dicho; sin embargo suele imponerse por pena en algunos delitos, que no son de mucha gravedad». Cfr. LARDIZÁBAL Y URIBE, M.: *Discurso sobre las penas. Contrahido á las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*. Madrid, 1782. Facsímil por la *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 174, julio-septiembre 1966 (por la que se cita), p. 715.

(5) En palabras de Romero y Girón, «que el mal de los siglos XVI y XVII continuó durante todo el siguiente ya nos lo dice Lardizábal y lo pregonan no pocas disposiciones legales». Cfr. ROMERO Y GIRÓN, V.: «Introducción», en ROEDER, CDA: *Estudios sobre Derecho penal y sistemas penitenciarios*. Madrid, 1875, p. 73.

(6) *Vid.*, por todos, al respecto de la arquitectura carcelaria, de antes y ahora, DIRECCIÓN GENERAL DE ESTABLECIMIENTOS PENALES: *Anuario Penitenciario, Admi-*

Las razones de tal persistencia secular en la desatención de las prescripciones legales, pudieran condensarse en estos lúcidos términos de Rafael Salillas: «La cárcel formada por una necesidad social se ha desenvuelto en el abandono, y siendo buena en el principio, la hicieron mala sus guardianes y sus huéspedes. La maldad de la cárcel tuvo comienzo en la lentitud, incuria y abusos del régimen procesal (...), y en las atribuciones abusivas de los Alcaldes, sin contar la mala condición de los edificios» (7). El ámbito penitenciario supondría, a contrario, la actividad evolutiva y utilitaria, si bien con algunas similares carencias, relativas al coste económico y a la exigua financiación.

La actual legislación penitenciaria sustantiva presenta escasos preceptos reguladores de la prisión preventiva o provisional (según se use terminología penitenciaria o procesal). El motivo es la integración definitiva de tales modos de custodia, en lo relativo al régimen carcelario, en una normativa sistémica, garantizándose los caracteres del estatuto jurídico del interno y la armonización de sus derechos conforme a los fundamentales protegidos por las Normas Mínimas de la ONU y por la normativa constitucional, y todo ello presidido por el cardinal principio de presunción de inocencia. Estos caracteres, de similares trazos evolutivos en las legislaciones comparadas, conforman la contemporánea normativa jurídico-penitenciaria y se advierten en nuestra legislación histórica, primariamente, en el diseño legal que se implanta en el «verdadero Código penitenciario» (8) que vino a significar el Real Decreto de 5 de mayo de 1913. Las notas de modernidad en sus contenidos y en la ordenación de sus preceptos, como se extracta del propio texto motivador de la norma, pretendían actualizar «una disposición de conjunto que abarcase á regular los complejos aspectos de la vida penitenciaria». Así ha podido convenirse en que esta normativa cierra, en el terreno de la ejecución penal, una muy

---

*nistrativo y Estadístico*. Año natural de 1888, Madrid, 1889, pp. 11 y ss.; TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones. Derecho y realidad*. Madrid, 1998, pp. 49 y ss.

(7) Cfr. SALILLAS, R.: *La vida penal...*, *op. cit.*, pp. 383 y 384.

(8) Así lo expresaron, entre otros, Cuello Calón y Bernaldo de Quirós en relación con lo extenso y detenido de su articulado. Cfr. CUELLO CALÓN, E.: *Penología. Las penas y las medidas de seguridad. Su ejecución*. Madrid, 1920, p. 148; BERNALDO DE QUIRÓS, C.: «Derecho Penal», en *Derecho usual*, VV.AA. (Posada y otros), Madrid, s/f, p. 459; en similar sentido, GARCÍA VALDÉS, C.: *Régimen penitenciario de España (investigación histórica y sistemática)*, Madrid, 1975, p. 34; o Garrido Guzmán quien estima que se trata del «primer reglamento sistemático y moderno de nuestra legislación penitenciaria». Cfr. GARRIDO GUZMÁN, L.: *Manual de Ciencia Penitenciaria*, Madrid, 1983, p. 174; más recientemente, SANZ DELGADO, E.: *El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*. Madrid, 2003, pp. 293 y ss.

trascendente época de su historia legislativa y regimental (9). Y es que, como bien señala García Valdés, «hasta el Reglamento de 1930 es la disposición por excelencia del mundo carcelario y, aún, más si cabe, por cuanto éste y los futuros de 1948 y 1956, en muchas de sus instituciones, en él se inspiran» (10). Por ello también el citado Real Decreto se toma como límite del espacio temporal que examina el presente trabajo.

Si la vida carcelaria ha sido el objeto secular de numerosos estudios y aproximaciones de denuncia, dando noticia de las condiciones de menor garantía en aquellos lugares de reclusión, la continuidad en el descrédito ante tan palpable realidad se llegaría a afirmar en textos oficiales como el Anuario de 1888 que, de la mano de Salillas, remarcaba tales inconvenientes como sigue: «está muy lejana la época de la renovación o transformación de nuestras cárceles en consonancia con las indispensables garantías que exige el enjuiciamiento y con el respeto á la personalidad humana. Ya que es forzoso transigir con los obstáculos, más que nada económicos, que se oponen a una reforma general, radical é inmediata, para favorecerla o proclamarla debe revelarse: que aún subsisten prisiones casi subterráneas, otras lóbregas, careciendo en su mayoría de la suficiente capacidad respiratoria; que las separaciones dictadas en diversas pragmáticas y leyes en lo antiguo y en lo moderno, no se pueden cumplir, y que alguna tan importante como la de sexos se establece circunstancialmente, pues la mala condición de los edificios da lugar, en muchos casos, á que no haya departamentos especiales para hombres y para mujeres, habilitándolos independientemente según las necesidades; y que aun donde existen ciertas separaciones no se ha podido implantar un sistema de clasificación, en espera del régimen celular en edificios celulares» (11). Ése era el «régimen de aprisco» (12) del que hablaba el mismo Salillas, y ése el motivo de recabarse información acerca de los medios materiales existentes, todavía a finales del siglo XIX, «transcurridos

---

(9) Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: *Régimen penitenciario...*, op. cit., p. 37; el mismo: Introducción a la penología, Madrid, 1981, p. 111; el mismo: *Teoría de la pena...*, op. cit., p. 101; asimismo, GARRIDO GUZMÁN, L.: *Manual de...*, op. y loc. cit.

(10) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: «Las “Casas de corrección” de mujeres: un apunte histórico», en VV.AA., CEREZO MIR/SUÁREZ MONTES/BERISTÁIN IPIÑA/ROMEO CASABONA (Eds.), *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*. Granada, 1999, p. 592.

(11) Cfr. DIRECCIÓN GENERAL DE ESTABLECIMIENTOS PENALES: *Anuario Penitenciario...*, op. cit., p. 11.

(12) Cfr. SALILLAS, R.: Informe del negociado de sanidad penitenciaria, en DIRECCIÓN GENERAL DE PRISIONES: *Expediente general para preparar la reforma penitenciaria*. Madrid, 1904, p. 149.

más de ochenta años desde que la reforma se inició», habida cuenta que «nuestras cárceles ni son seguras ni higiénicas, ni apropósito para los fines procesales; que se caracterizan por su impropiedad, que, en fin, la cárcel no es el organismo que requieren nuestras modernas instituciones jurídicas, sino un defecto tradicional ó un acomodo á las circunstancias, sin tener en cuenta ningún principio técnico» (13).

En todo caso, la confusión terminológica que pudiera conllevar el término cárcel debiera ser despejada previamente. Las cárceles integraron principalmente la prisión preventiva, pero también algunas penalidades menores. En este sentido, siguiendo a Cadalso (14), se trataría del «establecimiento público destinado a la reclusión de procesados, arrestados, sentenciados á prisión correccional ó transeúntes». De este modo, a los efectos de la etapa objeto de estudio, los sujetos a procedimiento judicial, presuntos culpables o solamente procesados son los que propiamente se designan con el término *presos*, pues a los demás reclusos, a los que extinguen condena, se les llama *penados*, cuando la condena privativa de libertad es de prisión correccional hasta cadena perpetua, y *arrestados* cuando es la condena inferior a prisión correccional (arrestos mayor, menor y gubernativo).

Del mismo modo, Salillas explicaba un específico proceso evolutivo, en 1904, y cómo antes se hablaba de cárcel refiriéndose a la del partido judicial y, sin embargo, más tarde, se empieza a hablar de cárcel correccional. Esta clasificación última que califica de impropia, pues «afecta y puede afectar a la misma arquitectura penitenciaria. En las cárceles de nueva construcción en las capitales de provincia, se ha impuesto un departamento carcelario, el correccional que legalmente no es propio de la cárcel (...). Con arreglo a las leyes fundamentales –el Código penal y la Ley de Prisiones–, no existen más que dos clases de cárceles para el cumplimiento de una misma pena: la de arresto mayor. Hay en esta preceptiva una relación evidente entre la jurisdicción del tribunal que sentencia y la demarcación del territorio á que alcanza: jurisdicción del juzgado –pena de arresto mayor–, territorio del partido judicial y señalamiento de la cabeza de partido para instalar la casa pública en que se ha de cumplir la pena; jurisdicción de la Audiencia –prisión correccional (para este efecto)–, territorio de la Audiencia y señalamiento de límites de este territorio, dentro de los

---

(13) Cfr. DIRECCIÓN GENERAL DE ESTABLECIMIENTOS PENALES: *Anuario Penitenciario...*, *op. cit.*, p. 82.

(14) Cfr. CADALSO, F.: *Diccionario Penal, Procesal y de Prisiones*, Tomo I, 1907, p. 248.

cuales se ha de fijar el establecimiento para cumplir la pena señalada» (15).

Desde la influencia romana de Partidas (16), se afirmaba, no obstante, el principal y auténtico sentido de la cárcel, de su uso dirigido a la custodia procesal garantista (17), excepción hecha en lo relativo a los siervos; distanciándose, en lo demás, de principios estrictamente retributivos o incluso preventivo-generales. Se apreciaba, ya entonces, configurando el entendimiento garantista futuro, un progresivo carácter atenuatorio de la dureza en el trato a los presos, reiterado al enumerarse las diversas clases de penas en estos términos: «La quarta es quando mandan echar algund ome en fierros que yaga siempre preso en ellos o en carcel o en otra prision; e tal prision como esta non la deven dar a ome libre si non a siervo. Ca la carcel non es dada para escarmentar los yerros, mas para guardar los presos tan solamente en ella, fasta que sean judgados» (18), o cuando se viene a disponer que la misma «deue ser para guardar los presos é non para facerles enemiga, nin otro mal, nin darles pena en ella» (19).

La Novísima Recopilación (20) nos transcribe, en igual sentido, una ideología limitadora de excesos. La urgencia de la reforma carcelaria se contemplaba, no obstante, desde antiguo, reafirmandose en la

---

(15) Vid. SALILLAS, R.: Informe del negociado..., *op. cit.*, pp. 165 y 166. Hacía referencia Salillas a los artículos 138 del Código penal de 1870, que disponía: «El arresto mayor se sufrirá en la casa pública destinada á este fin en las cabezas de partido»; y al artículo 10 del Título III de la Ley de Prisiones de 26 de julio de 1849 que dispuso: «Las cárceles de partido y de las capitales de las Audiencias, se destinarán á la custodia de los presos con causa pendiente y para cumplir las penas de arresto mayor».

(16) La expresión de Ulpiano al respecto sentaba ya aquel espíritu procesal y asegurativo de la persona del reo: «carcer enim ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet». Vid. Digesto Lib. XLVIII, Tít. 19, L. 9. Un aplicado estudio de tal fórmula y sus consecuencias en la sentencia penal resultante del proceso puede verse, recientemente, en ORTEGO GIL, P.: «La estancia en prisión como causa de minoración de la pena (siglos XVII-XVIII), en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LIV, 2001, (2003), pp. 43 y ss.

(17) Garantías legales que se han reivindicado patrias por autores como Federico Castejón, quien afirmaba la prioridad y modernidad de las normativas del rey sabio ante criterios del siglo XX. Así, en sus palabras: «La *capitis deminutionis*, proclamada por el correccionalismo para emprender la enmienda del culpable y las medidas de protección y defensa en que la escuela de la “defensa social” hace consistir la penología, giran sobre el mismo principio que consagró un código español del siglo XIII». Cfr. CASTEJÓN, F.: *La Legislación Penitenciaria española. Ensayo de sistematización comprende desde el Fuero Juzgo hasta hoy*. Madrid, 1914, pp. 4 y 5.

(18) Vid. Partida VII, Tít. XXXI, Ley IV.

(19) Vid. Partida VII, Tít. XXIX, Ley XI.

(20) Vid. Novísima Recopilación, especialmente, Libro XII, Tít. XXXVIII, leyes 6.<sup>a</sup> y ss.

citada obra de Lardizábal, respecto de los malos efectos de las penas cuando resolvía: «porque como los reos, que son condenados á ellas, salen ya pervertidos de las cárceles, y perdido en mucha parte ó en el todo el pudor y la vergüenza, creyendo que ya tienen poco ó nada que perder, se abandonan fácilmente á otros excesos mayores, hasta llegar muchos al estado de incorregibles. Por esta razón debería empezar desde aquí la reforma, si se quiere curar el mal en su raíz, como parece justo y correspondiente (...)» (21). Las palabras y actitudes ilustradas, advertidas en la obra del notable jurisconsulto criollo, tendrán su eco benéfico en una parte de la ciudadanía. El interés humanista, reformador, resulta incuestionable en las manifestaciones teórico-prácticas privadas, asociadas por un interés o desinterés común.

Sin embargo no es sencillo advertir, en las primeras manifestaciones apreciables en la bibliografía hispana del siglo XVI, relativas todavía al ámbito procesal, una definida corriente reformadora de la ejecución penal, como tal es entendida en los siglos venideros; todo lo más pudiera surgir un índice, valedero de nuestro estudio, al perfilar-se con claridad un interés asistencial en favor de un más humanitario trato a los presos (22), acorde a principios y normas pretéritas de evidente contenido humanista cristiano (23). En tal proceso evolutivo, primariamente desde el entorno reclusivo carcelario, preventivo o para el cumplimiento de sanciones menores, las iniciáticas pretensiones de intervenir en la normativa y estructuras físicas de sujeción vinieron a germinar en el citado siglo de oro español; de equivalente relieve literario en algunas de tales descripciones y revelaciones críticas acerca de lo contemplado y, en ocasiones, vivido (24). Voces de refor-

---

(21) Cfr. LARDIZÁBAL y URIBE, M.: *Discurso...*, *op. cit.*, p. 716.

(22) Lejos en el tiempo de cualquier concepción tratamental a la manera del sentido actual penitenciario, habría de hacerse referencia, con mayor propiedad, al «trato carcelario». Esa es la expresión de la época que vendrá a insertarse incluso en alguno de los títulos de las obras de entonces. Así, lo ha contemplado certero Herrero Herrero, dejando a un lado el Derecho de la Iglesia, al referirse a lo que ha denominado un «neto trato» del delincuente en el campo legal, más acentuado en el terreno práctico. *Vid.*, al respecto, HERRERO HERRERO, C.: *España penal y penitenciaria (Historia y actualidad)*. Madrid, 1985, pp. 17 y ss., 122 y 139.

(23) Ya Salillas apreciaba como «el siglo XVI, á la par que una literatura filosófica-religiosa, religioso-jurídica, nos ofrece una literatura filosófico-religioso-jurídico-penitenciaria». Cfr. SALILLAS, R.: «Doña Concepción Arenal en la Ciencia penitenciaria», conferencia leída en el Ateneo de Madrid, en SALILLAS/AZCÁRATE/SÁNCHEZ MOGUEL: *Doña Concepción Arenal y sus obras*. Madrid, 1894, p. 6.

(24) Así lo manifestaba, en el último cuarto del XIX, VICENTE ROMERO y GIRÓN quien se refería a «algunos escritores que ponen de relieve la llaga social de las cárceles, presidios y galeras, y áun proponían ciertos remedios, más ó ménos adecuados, para su curación». Cfr. ROMERO y GIRÓN, V.: «Introducción», *op. cit.*, p. 41. ROMERO

ma y filantrópicas sugerencias de cambio de «prácticos» y humanitarios profesionales del Derecho, críticos «usuarios» de tales modos de sujeción en instituciones detentivas.

## I. INDICANDO EL CAMINO REFORMADOR. LOS PRÁCTICOS DEL SIGLO XVI

Las tres figuras clave y sus obras, tan señaladas, representativas de esa inquietud desde una óptica cristiana o humanista, y de tal inclinación hacia la reforma en lo relativo a la reclusión preventiva o a los modos de encierro para la penalidad de menor entidad, son los clásicos (25) Bernardino de Sandoval (26), Thomas Cerdán de Tallada (27) y Cristóbal de Chaves (28), marcando si no el inicio, sí un punto de inflexión en la sistemática expositiva de nuestra literatura especializada en relación con los lugares de encierro (29), tanto con una mirada localista como más global e intemporal. Desde posturas adyacentes mostraron al lector la realidad práctica, los vicios y hábitos corruptos del día a día en las cárceles de su época, ahondando en consideraciones relativas a los fines de la reclusión, la clasificación y arquitectura carcelarias, o a cualesquiera otras cuestiones regimenta-

---

y GIRÓN hará una especial mención a la obra de Chaves a la que denomina «documento inapreciable». *Vid.*, el mismo: *op. cit.*, pp. 71 y ss.

(25) Aunque suficientemente ilustrativo, por su limitación al terreno carcelario, pudiera parecer no tan preciso denominarles «penitenciarios del siglo XVI», como hiciera, entre otros, Asúa. *Vid.* JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I, 3.ª ed., Buenos Aires, 1964, p. 846.

(26) *Vid.* SANDOVAL, B.: *Tractado del cuidado que se deve tener delos presos pobres. En que se trata fer obra pia proueer a las necefsidades que padefcen en las carceles, y que en muchas maneras pueden fer ayudados de fus proximos, y de las perfonas que tienen obligación a fauorecerlos, y de otras cofas importantes en este proposito*. Toledo, 1564.

(27) *Vid.* CERDÁN DE TALLADA, T.: *Visita de la carcel y de los presos: en la qual se tratan largamente sus cosas, y casos de prision, así en causas civiles, como criminales; segun el derecho Divino, Natural, Canonico, Civil, y leyes de Partida, y Fueros de los Reynos de Aragon y de Valencia*. Valencia, 1574.

(28) *Vid.* DE CHAVES, C.: *Relacion de las Cosas de la Cárzel de Sevilla y su trato*. Sevilla, 1585 (Mod. Ed., de la *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 138, Madrid, 1959, por la que se cita).

(29) La prioridad en tales iniciativas filantrópico-literarias la afirmaba Salillas, especialmente respecto de la obra de Sandoval, al que se refería como «el primero entre nosotros y tal vez entre extraños, (que) definió en el siglo XVI la doctrina cristiana referente al visitador del preso». Cfr. SALILLAS, R.: «Doña Concepción Arenal...», *op. cit.*, p. 5.

les, necesitadas de reforma. No obstante, será necesario el paso del tiempo, algunos ejemplos de iniciativa social, y la aparición de otros trabajos penológicos foráneos de relieve, para ver satisfechos aquellos mínimos anhelos en el terreno punitivo, y de retención y custodia procesal. Así, en el diverso ámbito de la ejecución penal hispana, cuando la prisión se fue alzando como auténtica, sustantiva y definitivamente descubierta penalidad, a finales del siglo XVIII, será de modo principal la obra citada de Lardizábal la creadora de las bases correccionales asignables al establecimiento penitenciario patrio, que se vendría a desarrollar a lo largo de la siguiente centuria. Y es entonces, cuando la idea nueva de la pena de prisión, en palabras de Salillas, «transportada en las corrientes del enciclopedismo, iba á brotar en campo más abonado que aquel en que sembró Sandoval sus fecundos gérmenes» (30).

### I.1. Aportaciones de reforma en el ámbito carcelario

El hecho manifestado de que, entre los más notorios, tanto Cerdán como Sandoval, vieran la cárcel como un instrumento útil a la justicia, como algo «necesario», y así lo expresaran en sus obras, no exime de su inequívoca voluntad transformadora, de su inquietud por la mejora, de reforma sobre lo existente y contemplado. En las mismas se contienen esclarecedoras denuncias de los usos observados en cada uno de los entornos a los que atendieron, sobresaliendo, desde una óptica jurídica, el integral análisis que llevara a cabo el abogado valenciano Cerdán de Tallada (31), tanto por ofrecer un espléndido ejemplo de divulgación normativa para juristas y para los propios presos, como era su intención, mostrando en palabras de Salillas, una «vulgarización de lo que hoy llamamos Ley de Enjuiciamiento Criminal» (32), cuanto por aportar una útil y organizativa clasificación de los establecimientos de la época.

---

(30) Cfr. SALILLAS, R.: *La vida penal...*, *op. cit.*, p. 398.

(31) En el capítulo IV se establece por el autor un valioso catálogo de los establecimientos carcelarios del momento, entendiéndose por tales aquellos lugares destinados a la prisión o cárcel preventiva, pues como señalara Salillas, atendiendo a la extensión posterior del término ya como lugar destinado al cumplimiento de penas, «en este período sólo existe una preferencia representativa de las prisiones: la cárcel. La primera prisión peninsular diferente de la cárcel, por estar destinada al cumplimiento de pena, equiparada a la de galera, y al servicio de las minas del Almadén, del azogue, se tituló Cárcel Real de esclavos y forzados». Cfr. SALILLAS, R.: *Evolución penitenciaria en España*. Tomo I, Madrid, 1918, p. 26.

(32) *Vid.* SALILLAS, R.: *Evolución penitenciaria...*, I, *op. cit.*, p. 25.

Aunque destacados ya por múltiples especialistas (33), que se han acercado a la evolución penitenciaria ibérica y al espacio cultural-punitivo europeo, los escritores citados requieren de nuevo de una especial atención en lo atinente a las posibles raíces de la sempiterna

---

(33) Así, por ejemplo, ROMERO y GIRÓN, V.: «Introducción»... *op. cit.*, pp. 41 y 71; o Francisco Lastres, atribulado representante hispano en los congresos internacionales, en el Congreso Penitenciario de Roma de 1885 quien venía a decir al respecto: «Grande injusticia sería, á la vez que falta imperdonable, que un español no aprovechase esta oportunidad para reivindicar una legítima gloria de España, que seguramente será apreciada en todo su valor...». *Vid. LASTRES, F.: Estudios Penitenciarios*. Madrid, 1887, pp. 9 y 10; en el mismo sentido, entre los más señalados, SALLILLAS, R.: *La vida penal...* *op. cit.*, pp. 395 y ss.; el mismo: «Doña Concepción Arenal...», *op. cit.*, pp. 5 y ss.; el mismo: Informe del negociado..., *op. cit.*, p. 147, en relación con el régimen de tolerancia resaltado en la obra de Chaves; el mismo: *Inspiradores de Doña Concepción Arenal*. Madrid, 1920, pp. 9, 44 y 45 [también reproducido en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 200-203, 1973 (pp. 180-206)]; el mismo: *Evolución penitenciaria...*, I, *op. cit.*, pp. 23, 24, y 45 y ss.; SOLER y LABERNIA, J.: *Nuestras cárceles, presidios y casas de corrección*. Madrid, 1906, p. 15, quien además de citar con reconocimiento las obras de Sandoval, Cerdán de Tallada y Gabriel Baca (acerca de Toribio de Velasco), otorga generosamente relevancia internacional a la obra de Cristóbal de Chaves de quien afirma que se distinguió «no sólo en España, sino en el extranjero, por sus narraciones de las cárceles y penas á que los presos se veían sujetos»; VALDÉS RUBIO, J. M.: *Derecho Penal. Su filosofía, historia, legislación y jurisprudencia*. Tomo II, Madrid, 1910, p. 184, quien describe la obra de Cerdán como «el mejor libro escrito en el siglo XVI acerca de cuestiones penitenciarias»; MONTES LUENGOS, J.: *Los principios del Derecho Penal según los escritores españoles del siglo XVI*. Madrid, 1903, pp. 3, 55, 60 y 61; el mismo: *Precursores de la ciencia penal en España. Estudios sobre el delincuente y las causas y remedios del delito*. Madrid, 1911, pp. 463 y ss, 670 y 684; CADALSO, F.: *Instituciones Penitenciarias...*, *op. cit.*, pp. 164-175 (especialmente 173) y 303; FRANCOS RODRÍGUEZ, J.: Discurso leído por el Excmo. Señor D. José Francos Rodríguez, Ministro de Gracia y Justicia en la Solemne Apertura de los Tribunales, celebrada el 15 de septiembre de 1921. Madrid, 1921, pp. 17, 33 y 34; SALDAÑA, Q.: *Adiciones a VON LISZT, F.: Tratado de Derecho penal*. Traducido de la 18.<sup>a</sup> ed., alemana y adicionado con la *Historia del Derecho penal en España*. Tomos I, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1926-1929, p. 349; DE GRACIA, M.: «Las cárceles en el antiguo Madrid», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 3, 1945, pp. 83 y 84; Díez Echarri, E.: «Cerdán de Tallada, precursor del Derecho penitenciario moderno», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núm. 15, junio 1946, pp. 48-53; ANTÓN ONECA, J.: «La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena» (Discurso leído en la apertura del curso académico de 1944 a 1945 en la Universidad de Salamanca), en José Antón Oneca. *Obras*. Buenos Aires, 2002, pp. 25 y 28; el mismo: *Derecho penal*. Tomo I, Parte General, Madrid, 1949 (2.<sup>a</sup> ed. anotada y puesta al día por Hernández Guijarro, J. J. y Beneytez Merino, L., Madrid, 1986, por la que se cita), pp. 538 y 636; BERNALDO DE QUIRÓS, C.: *Lecciones de Derecho penitenciario*. México D. F., 1953, pp. 93 y 165; CUELLO CALÓN, E.: *Penología...* *op. cit.*, pp. 10, 132 y 134; el mismo: «Lo que Howard vio en España. Las cárceles y prisiones de España a fines del siglo XVIII», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 1, abril 1945, p. 13, en nota; el mismo: *La moderna penología (Represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas*.

reforma carcelaria. Su legado quedará para la penitenciaria (34), si bien desde otros propósitos. En cualquier caso, el sentido no es deslumbrarse con la propiedad de las aportaciones, a la manera de un ejercicio decimonónico de ensalzamiento de las figuras patrias, sino, más bien, se trataría de situar los logros en su contexto histórico y en relación con el devenir político-criminal. La actualidad de los contenidos humanitaristas de alguna de tales obras, incluso para ciertos en-

---

*Su ejecución*). Tomo I y único, Barcelona, 1958 (reimpresión, Barcelona, 1974), pp. 285, 358 y ss., 394 y 568; DEL ROSAL, J.: *Derecho penal. Lecciones*. 2.<sup>a</sup> ed., corregida y aumentada, Valladolid, 1954, p. 109; el mismo: «Sentido reformador del sistema penitenciario del Coronel Montesinos», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 159, octubre-diciembre, 1962, p. 67; APARICIO LAURENCIO, A.: *El sistema penitenciario español y la redención de penas por el trabajo*. Madrid, 1954, pp. 29-40; el mismo: «Tres precursores españoles de la ciencia penitenciaria», en *Criminalia*, julio 1955, pp. 420 y ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *El Criminalista*. 2.<sup>a</sup> serie, Tomo II, Buenos Aires, 1958, p. 36; el mismo: *Tratado de... I, op. cit.*, pp. 247, 259, 846 y 847; OVEJERO SANZ, M.<sup>a</sup> P.: «Carácter pedagógico de la reforma penitenciaria en el siglo XIX» (primera parte), en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 187, octubre-diciembre 1969, pp. 719 y ss., quien en esta materia, como otros autores, reproduce las palabras y los párrafos de Asúa y Salillas sin citar; y, más recientemente, *vid.* GARCÍA VALDÉS, C.: «Sistema penitenciario español», en *Cuadernos para el Diálogo*, «Delito y Sociedad», número extraordinario XXVIII, diciembre, 1971, pp. 54 y 55; el mismo: «Historia de la prisión», en *Suplementos...*, *op. cit.*, pp. 7-18; y en *Temas de... op. cit.*, p. 102; el mismo: *Teoría de la pena...*, *op. cit.*, p. 82; el mismo: *Los presos jóvenes (Apuntes de la España del XIX y principios del XX)*. Madrid, 1991, pp. 84 y ss.; PIKE, R.: *Penal Servitude in Early Modern Spain*. London, 1983, p. 43; GARRIDO GUZMÁN, L.: *Manual de...*, *op. cit.*, pp. 104-110 y 443; ALONSO DE ESCAMILLA, A.: *El juez de vigilancia penitenciaria*. Madrid, 1985, p. 53; HERRERO HERRERO, C.: *España penal y penitenciaria...*, *op. cit.*, pp. 118 y 119; LASSO GAITE, J. F.: *Crónica de la codificación española*. Tomo 5. *Codificación penal*, Vol. 1, Madrid, s/f (1986?), p. 18; ROLDÁN BARBERO, H.: *Historia de la prisión en España*. Barcelona, 1988, pp. 21 y 46 y ss.; SERNA ALONSO, J.: *Presos y pobres en la España del XIX. La determinación social de la marginación*. Barcelona, 1988, pp. 29 y ss.; MAPELLI CAFFARENA, B.: *Voz «Pena privativa de libertad»*, en VV.AA. Pellisé Prats, B. (Dir.): *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Tomo XIX, Barcelona, 1989, p. 441; BUENO ARÚS, F.: «Historia del Derecho Penitenciario español», en VV.AA., *Lecciones de Derecho Penitenciario*, Alcalá de Henares, 2.<sup>a</sup> ed. 1989, p. 14; TOMÁS Y VALIENTE, F.: *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*. 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1992, p. 389; TRINIDAD FERNÁNDEZ, P.: *La defensa de la sociedad. Cárcel y delincuencia en España (siglos XVIII-XIX)*. Madrid, 1991, p. 27; LLORCA ORTEGA, J.: *Cárceles, presidios y casas de corrección en la Valencia del XIX (Apuntes históricos sobre la vida penitenciaria valenciana)*. Valencia, 1992, pp. 88, 89 y 233; TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones...* *op. cit.*, p. 137; ORTEGO GIL, P.: «La estancia en prisión...», *op. cit.*, pp. 47 y 48.

(34) Esta proyección se resalta por Garrido Guzmán, quien reproducía las palabras de Saldaña en sus adiciones al Liszt, afirmando que gracias a tales obras «la ciencia penitenciaria iba a surgir esplendorosa en el siglo XVI». Cfr. GARRIDO GUZMÁN, L.: *Manual de...*, *op. cit.*, p. 101; asimismo *vid.*, SALDAÑA, Q.: *Adiciones a von Liszt*, F.: *Tratado de... op. cit.*, p. 349.

tornos penitenciarios contemporáneos en vías de desarrollo, se nos antoja, aún, incuestionable. Y es que las propuestas anticipadas por aquellos autores han persistido plenas de vigencia, inalterables en el tiempo, y se advierten diáfanas conformando las exigencias normativas y recomendaciones en el Derecho comparado actual.

Es muy posible que ya en el siglo XVIII, y en especial en su último tercio, nuestras miradas atendieran prioritariamente a la ciencia externa. La incandescencia de las luces francesas e italianas, la Ilustración y las nuevas e incisivas actitudes sociales, políticas y jurídicas europeas, demandaban esa lógica atención. Quedarían para siempre iluminando trabajos como el Discurso sobre las penas de Lardizábal (35). Y, sin embargo, hubiera servido muy útilmente, en el ámbito penitenciario, o cuando menos penal-preventivo, con haber mirado dentro en vez de en derredor (36). De ahí que hoy, como a finales del siglo XIX,

---

(35) Vid., por todos, SALILLAS, R.: «Prioridad de España en las determinantes del sistema penitenciario progresivo y penetración de las ideas correccionales en nuestro país á fines del siglo XVIII y comienzos del XIX». En *Asociación Española para el Progreso de las Ciencias*. Tomo VI. Sesión del 18 de junio de 1913. Congreso de Madrid. Madrid, 1914, pp. 59 y ss.; el mismo: *Evolución penitenciaria... I, op. cit.*, pp. 28 y ss., y 91 y ss.; ANTÓN ONECA, J.: «El Derecho penal de la Ilustración y D. Manuel de Lardizábal», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 174, julio-septiembre 1966, pp. 607 y ss.; el mismo, atendiendo al ambiente en el que se gesta el «Discurso sobre las penas» de Lardizábal: «Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 166, julio-septiembre 1964, pp. 415-427.

(36) Constante advertida, entre otros por Luis Silvela, resaltando esa censurable tendencia en la Ciencia española, con estas palabras (si bien relativas a la innecesaria importación del pensamiento de Jeremy Bentham): «achaque antiguo es en esta patria, tan hidalga como poco estudiosa, el preferir lo extraño á lo propio». Cfr. SILVELA, L.: Discurso leído ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en la recepción pública del Excmo. Señor Don Luis Silvela el día 8 de abril de 1894. Madrid, 1894, p. 61; o en similares términos por el ministro de Gracia y Justicia José Francos Rodríguez, quien, un cuarto de siglo más tarde, extendía tal visión retrospectiva hasta las leyes de partida en estos términos: «Guardamos en nuestras tradiciones jurídicas la expresión cabal del sentido humanitario que debe presidir a la representación de la delincuencia. Nos acontece frecuentemente que buscamos en lo extranjero apoyos admirables que dentro de casa poseemos, y así, desde hace siglos, en una ley de Partida se contienen estas palabras insuperables. "La cárcel debe ser para guardar los presos e non para facerles mal ni darles pena en ella". Nada hay que produzca más daño ni cause mayor angustia que no contemplar la luz del cielo, ni sentir el influjo vivificante del sol». Cfr. FRANCOS RODRÍGUEZ, J.: Discurso..., *op. cit.*, p. 28. No es óbice señalar que la prioridad reformadora no corresponde en todo caso a Howard en el ámbito comparado. Previas fueron las iniciativas de Filippo Francia, sacerdote florentino que organizara una reclusión celular para jóvenes delinquentes en 1677, o Mabillon en Francia, entre 1690 y 1695, con críticas hacia la prisión monástica tradicional, o el Papa Clemente XI, en 1703, con la prisión de San Miguel en Roma; o, en fin, el conde Vilain XIV, mediante la construcción de la prisión de Gante en 1771.

desde una retrospectiva acotada al supuesto hispano, aun extensible al Derecho comparado, el reconocimiento en la prioridad de la intención reformista de la obra de los citados autores peninsulares ha de mantenerse desde una estricta ecuanimidad.

Algunas muestras de ello serían, como ha recordado Alonso de Escamilla (37), el interés tanto de Sandoval como de Cerdán de Tallada o Castillo de Bovadilla por la intervención judicial en las cárceles para evitar los posibles abusos; o la preeminencia actual de criterios de clasificación de los reclusos como los que ya ofrecía Bernardino de Sandoval (38), con propuestas de separación entre mujeres y hombres; o los de Cerdán de Tallada (39) según la gravedad de los delitos y dignidad de hombres y mujeres; así como, tiempo después, la pretensión de distinguir y distanciar a los deudores honrados del resto de los presos que planteara, el fiscal de la Real Chancillería de Valladolid, Castillo de Bovadilla (40). No obstante la valía de aquellas aportaciones, la exigua atención que suscitaron entre sus contemporáneos haría preciso esperar dos siglos, hasta llegar la doliente noticia ajena, para hacernos eco fructífero de cualesquiera medidas de profilaxis, clasificadoras o reformadoras, oportunas por la nueva sensibilidad que, ya por entonces, se respira. La necesaria figura del eximio reformador británico John Howard aparecía en ese momento más tardío. Y la difusión de sus palabras (41) acompañará ya siempre, en su extensión, al uso de la privación de libertad.

La acabada aportación del jurista valenciano Cerdán de Tallada se dividía en dieciséis capítulos (42) que mantienen una estructura y sis-

(37) Vid. ALONSO DE ESCAMILLA, A.: *El juez de vigilancia...*, op. cit., p. 53.

(38) Vid. SANDOVAL, B.: *Tractado del cuidado...*, op. cit., p. 36.

(39) Vid. CERDÁN DE TALLADA, T.: *Visita de la cárcel...*, op. cit., p. 52.

(40) Referido el capítulo XV de su obra a «la visita de la cárcel y de lo criminal». Vid. CASTILLO DE BOVADILLA, J.: *Política de Corregidores y Señores de Vasallos*, 2.<sup>a</sup> ed., Amberes, 1704, p. 279.

(41) Relato de Howard que se refiere, en lo relativo a España, a partir de su entrada por Badajoz, exclusivamente a cárceles y casas de corrección. Vid. HOWARD, J.: *État des Prisons, des Hôpitaux et des Maisons de Force*. Tomo II, París, 1788.

(42) Los capítulos de la obra muestran una estructura bien sistematizada y con un claro enfoque jurídico: «Capítulo primero, si la cárcel consiste en justicia o en sola opinión de hombres. //Capít. 2: la cárcel por quien fue instituida, o por que ley, o derecho fundada. //Cap. 3. que cosa sea la cárcel. //Cap. 4. cuantas especies hay de cárcel. //Cap. 5. de la construcción y forma que ha de tener la cárcel, y del orden y concierto que en ella ha de haber. //Cap. 6. que personas ha de haber para la guarda de los presos, y para defenderles sus causas y justicia. //Cap. 7. de la obligación que tienen los jueces de visitar las cárceles, y de lo que en ellas han de hacer. //Cap. 8. de la visita que han de hacer las Chacillerías cada una semana para tratar de la libranza de los presos, y de los casos de prisión en causas civiles. //Cap. 9. de los casos de prisión que se hayan por fuera del Reyno de Valencia de Aragón. //Cap. 10. de algunos

temática inusualmente modernas para la época. Cada uno de los temas abordados en ella se presenta con referencias legales y con posicionamientos y propuestas al respecto. La motivación de su exposición, así como la necesidad del instrumento penal que contempla y describe, queda en su epístola a Felipe II incluida en el texto: «(...) visto y entendido lo que se padece por los dichos inconvenientes; y quan corta y mal escrita esta la materia de la carcel: siendo cosa tan antigua, y demas desto tan necesaria para las Republicas de España, Italia y para los demas Reynos...» (43). Y así también se manifiesta en el Prólogo: «Y que la materia de la cárcel está tan extendida, y mal escrita, y hasta hoy por ninguno de nuestros Doctores recogida ni allegada a lugar cierto; y que por dichas razones (la arbitrariedad de los jueces que denunciaba el autor líneas más arriba), los presos son de ordinario agraviados con la demasiada detención, o en el modo y aspereza de la Cárcel, con cadenas, grillos, y otros instrumentos más de la que la qualidad de la persona o del delito sufre; teniendo ciencia cierta de lo del tiempo que como abogado de presos he tratado, visto y entendido dichas cosas, y los agravios que reciben, me ha movido a escribir...» (44).

Desde estos presupuestos, tras una completa descripción de los tipos de cárceles, en el capítulo IV de su obra, «definidora testimonial de aquella realidad jurídica» (45), será el siguiente apartado,

casos que resultan de lo que está notado en los dos precedentes capítulos. //Cap. 11. si el que fuere injustamente encarcelado, puede ser por otra justa causa que nuevamente pareciese detenido: y por que causas puede ser injusta la captura. //1. por falta del que hiciere la instancia. /2. por falta de jurisdicción. /3. por falta de comisión. /4. por privilegio de la persona. /5. por privilegio del lugar. /6. por privilegio del tiempo. //Cap. 12. si el encarcelado injustamente por deudas, o por delito, después de proveído que sea librado por el primer caso, puede ser detenido por otra causa. //Cap. 13. en que casos el delincuente puede ser preso, y detenido en la cárcel hasta sentencia y ejecución de ella, y en que casos le deben sacar antes. //Cap. 14. de la libranza de los presos a sí en causas civiles como criminales. //Cap. 15. del Carcelero, y de la obligación que tiene, y de lo que ha de hacer acerca de la cárcel, y de los presos. //Cap. 16. de lo que ha de hacer de los cuerpos de los condenados a muerte». Vid. Cerdán de Tallada, T.: *Visita de la cárcel...*, op. cit., p. 5

(43) Cfr. Cerdán de Tallada, T.: *Visita de la cárcel...*, op. cit., p. 3. El elemento de necesidad de la cárcel como institución de la justicia penal (entiéndase con principal carácter procesal, de prisión provisional o preventiva) asimismo se encontraba en Sandoval cuando recoge en su Capítulo Primero «de la necesidad de la cárcel y de su antigüedad, y de tres maneras de cárceles de que hace mención Platón». Vid. Sandoval, B.: *Tractado del cuidado...*, op. cit., pp. 1 y 2 (ambas caras).

(44) Vid. Cerdán de Tallada, T.: *Visita de la cárcel...*, op. cit., p. 4.

(45) Cfr. Salillas, R.: *Evolución penitenciaria...*, I, op. cit., p. 27. Destacable, pudiera ser el carácter indefinido que en la práctica adoptaron algunos modos de reclusión, hasta la perpetuidad en ocasiones, resaltados por el autor en su obra: «Aun-

referido al esqueleto material necesario, a «la construcción y forma que ha de tener la cárcel, y del orden y concierto que en ella ha de haber», el que se nos aparece de mayor trascendencia en relación con la posible reforma futura. Y es que el autor, desde su condición de abogado de presos (46), jurista y conocedor del sistema, se adelantaba al tiempo aportando soluciones en cuestiones de relevancia tales como la ubicación, forma exterior, distribución interior, criterios de clasificación, y condiciones del establecimiento objeto de estudio (47).

que esto que hauemos dicho de la pena de carcel perpetua ser de derecho Canonico tan solamente, parece que admite contradiccion, por lo que vemos cada dia que se condenan hombres por las Audiencias y Chancillerias de España, assi en estos reynos de Aragon, como en los de Castilla, a que se sirvan a su Magestad en la Goleta, o en Oran perpetuamente, o a galeras perpetuas, y a otros les dan carcel en algun castillo, o fuerza para tantos años precisos, y despues a beneplacito de su Magestad, que parece ser una misma cosa, y ygualar con la pena de carcel perpetua y que no difieran sino en el nombre». *Vid.* CERDÁN DE TALLADA, T.: *Visita de la cárcel...*, *op. cit.*, pp. 40 y 41.

(46) *Vid.*, al respecto de la figura del abogado de presos pobres, LASALA NAVARRRO, G.: «El abogado de presos pobres», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núm. 141, julio-agosto 1959, pp. 1459 y ss.

(47) Postulando las características externas (medidas disuasorias) e internas de la cárcel; llevando a cabo una pormenorizada y bien estructurada relación de estancias y aposentos, en orden a la separación interior; proponiendo clasificaciones de Mayor amplitud y separación según la gravedad de los delitos; así como múltiples detalles propuestos para un mejor régimen de vida carcelario. *Vid.*, al respecto, CERDÁN DE TALLADA, T.: *Visita de la cárcel...*, *op. cit.*, pp. 47-61. Valga, para ello, la remisión a la más certera síntesis de Cuello Calón: «Se ocupa de la construcción de la cárcel y como Bernardino de Sandoval (...), opina que debe ser construida con piedras toscas y negras, para atemorizar a los malos y debe contener varios aposentos según la diversidad de condición y estado de los encarcelados. A la preocupación higiénica se une el fin de seguridad. Debe ser edificada de modo que «los presos no sean privados de la luz del cielo» y haya un lugar descubierto para que puedan gozar del sol y aire; ha de haber un lugar más cerrado para recogerlos de noche doblando la guardia, pero han de ser lugares sanos aun para los que hubieran cometido los más graves delitos. Traza un embriionario bosquejo de clasificación de los presos; debe haber un aposento para mujeres, sin comunicación con la cárcel de hombres; las mujeres honestas deben estar separadas de las ramerías por la depravación en que pueden caer; habrá un aposento especial para las personas constituidas en dignidad, hijosdalgo, caballeros, doctores y ricoshombres o que tuvieren cargo de administración de justicia. En atención a las necesidades espirituales, señala la necesidad de un oratorio o capilla donde puedan oír misa y dar el Santísimo Sacramento a los sentenciados. Especifica las obligaciones del carcelero, llevar cuenta de los presos detallando su número, nombre, edad y delitos cometidos, no ha de tratarles mal, ni darles «malas prisiones», ni darles mal de comer, ni hacerles mal alguno». Cfr. CUELLO CALÓN, E.: *La moderna penología...*, *op. cit.*, p. 359, nota 5. Las últimas referencias aportadas por Cuello relativas a qué «personas ha de haber para la custodia de los presos, y para defenderles sus causas y justicia (se describe al Alcaide, carcelero o «príncipe» de la cárcel y a quienes le ayudan», pertenecen ya al capítulo 6 de la obra de Cerdán.

El reconocimiento doctrinal, se ha dicho, llegaría posterior, empero indemne a reinterpretaciones interesadas. Así, lejos de afectados matices (48), Salillas dispensará, en su más efervescente obra, objetividad y críticas por igual, si bien quiso en este punto adjuntarse al rescate de aquellos cronistas carcelarios clásicos del olvido patrio, ahondando en su rehabilitación. En sus palabras, que siguen, se condensaba una reivindicación similar a la expresada por otros autores: «Que Bernardino de Sandoval fué con muchísima antelación “precursor del insigne Howard”»: nada más cierto, pero la obra de aquél no consiguió modificar las leyes y las costumbres, y á la iniciativa del propagandista inglés se debe la reforma de las prisiones y de los manicomios. Que Cristóbal de Chaves, su tocayo Suárez de Figueroa, Mateo Alemán, Quevedo, Cervantes, Espinel, etc., exteriorizaron la vida de la galera y de la cárcel y trazaron con antelación cuadros perfectos del desorden penal y de la iniquidad jurídica y administrativa: es tan exacto como estériles sus revelaciones, que debieron ser miradas con desdén por los Poderes ó tomadas á burla y discreto literario. Que Cerdán de Tallada colaboró con buen sentido en la obra de Sandoval: pero las miserias de la cárcel de las casas de la ciudad de Valencia las destruyó el fuego, y los hombres, más impíos, las trasegaron á sitio peor (...). Que nos corresponde gloriosa iniciativa en la educación correccional de la juventud, díganlo los célebres *Toribios de Sevilla* (49): pero lo que hizo con amor y esmero el piadoso y va-

---

(48) Ejemplificativa es la postura del Padre Montes quien resaltaba, desde una clara y excesiva perspectiva escolástica, abundante de críticas hacia las letras ilustradas, la anticipación de determinados pensadores patrios. Así, afirma: «Dos siglos antes que Beccaria, y con más fundamento, Alfonso de Castro dedicaba un extenso tratado al estudio de la penalidad, Luis Vives impugnaba con energía la prueba del tormento, y todos los moralistas españoles (*sic.*) protestaban contra la crueldad y desproporción de ciertas penas arraigadas en toda Europa por una tradición de muchos siglos. Lo que sucedió es que la voz de estos insignes tratadistas se perdió en el vacío, mientras que la obra de Beccaria tuvo la suerte de llegar á tiempo, en una época de verdadera fiebre reformista, en que leyendas como la del pacto social pasaban por indiscutibles teorías filosóficas, y á pesar de todos sus defectos prosperaban...». *Vid.* MONTES LUENGOS, J.: *Los principios del Derecho...*, *op. cit.*, p. 3; en un sentido similar, aunque matizando la influencia de la Iglesia en la apertura de aquella etapa humanitaria, se expresaba más tarde Asúa, quien resuelve: «Lo cierto es que en tan oscuros y dilatados tiempos, en que el delincuente contaba su vida por noches, no faltaron voces ilustres, abundantes en España, que pedían la humanización de las penas, como Chaves, Sandoval y Cerdán de Tallada, que proclamaban la inutilidad de la pena de muerte, como Fray Martín Sarmiento, y que protestaron de los tormentos, como Juan Luis Vives, Feijóo, Alfonso de Azevedo y Lardizábal. Estos hombres preparaban el terreno para la Filosofía y para el Derecho penal liberal». Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado de... I*, *op. cit.*, p. 247.

(49) La obra relativa a los *Toribios de Sevilla*, que aun referida al primer cuarto del s. XVIII suele citarse contigua a la de los prácticos del XVI, que el autor resalta

ronil *hermano* Toribio y su colaborador el menestral Antonio Manuel Rodríguez, murió á manos de un funcionario ignorante, egoísta y desidioso, y de una Comisión ceremoniosa, formalista y negligente. Que la disciplina penitenciaria que Montesinos aplicó en el presidio de Valencia fué según el Sr. Lafuente, copiada y desarrollada en Escocia: ¡triste consuelo! emigró de este clima moral tan inconstante, y de esta patria de la espontaneidad y tierra estéril y no pudo vivir donde había nacido» (50). Los inmejorables términos del maestro, desde un tardío y nostálgico reconocimiento, ilustran cada una de las prioridades.

---

como primera noticia del inicio de la educación correccional en nuestro país, es la de Gabriel Baca, en su relato de las actividades y método del padre Thoribio quien «les pudo proponer (a sus vecinos), que respecto de que su pobreza no les facilitaba medios para poner à sus hijos à una escuela, y que por esto se estaban todo el día jugando y travesando en la calle, podían (si gustaban de ello) enviárselos à su casa à ciertas horas del día y les enseñaría la Doctrina Christiana, teniendolos allí recogidos todo el tiempo que quisiesen (...), enviando à sus hijitos a casa del Montañés Thoribio, en donde se juntaba, especialmente à prima noche, un buen número de chicuelos, à los que agasajaba con tan industrioso cariño, que los mas se le iban yá sin repugnancia à su casa». Después de solicitar ayuda al Arzobispado de Sevilla, «en los principios de Agosto de dicho año de 1726, abrió su humilde Escuela para los Niños desamparados (...), con esto los fue blandamente apartando de aquella libertad licenciosa en que vivían y habituandolos à alguna leve sujecion, que los fuera disponiendo para la total reclusion, que tenia premeditada». «(...) con sus descuidados padres y parientes, que era regular no llevasen à bien la reclusion de sus hijos...». «Asegurado así de la aprobación de ambas Potestades Eclesiastica y Secular, dió principio à sus piadosas capturas, tomando para ellas medidas tan prudentes, que pudo, sin escandalo ni alboroto recoger à quantos muchachuelos tenía ya observados y conocidos como vagos, ò destituidos de toda sujecion y educacion christiana, por lo que en poco tiempo vió llena de estos pobrecitos desamparado la Casa de su Escuela; y como los mas, aunque rapaces, habian sido traídos à ella contra su voluntad, fue preciso, para asegurar su permanencia y evitar todo peligro de fuga, guardar las puertas con porteros cuidadosos. Este Ministerio confió nuestro Hermano à aquellos mas grandezuelos (...), ordenandoles que à ninguno, ni chico, ni grande, permitiesen salir de la Casa sin expresa licencia suya, la que solo daba para las cosas y en los casos indispensables à muy pocos, y con admirables precauciones, dexando à los demás encerraditos y santamente exercitados». Vid. BACA, G.: *Los thoribios de Sevilla: Breve noticia de la fundación de su Hospicio, su admirable principio, sus gloriosos progresos, y el infeliz estado en que al presente se halla*. Imprenta de Francisco Xavier García, 1766, reimpresso en Madrid, 1880, pp. 5-14. Vid., asimismo sobre esta materia, DE LA FUENTE, V.: «Los Toribios de Sevilla». Memoria leída en la sesión de 17 de febrero de 1880. Tomo V de las Memorias de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1884, pp. 329-340. Entre la bibliografía de interés, más actual, específica, relativa a la historia de la reclusion de jóvenes, asimismo se ha destacado el establecimiento de caridad de Los Toribios de Sevilla como antecedente de todas las Casas de reforma. Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: *Los presos jóvenes... op. cit.*, pp. 84 y 85.

(50) Vid. SALILLAS, R.: *La vida penal...*, op. cit., pp. 395 y 396. La colaboración, a la que hace mención Salillas, de Cerdán de Tallada en la obra de Sandoval, tiene como probable fundamento, aparte de la temática e inquietudes humanitarias

El otro gran penitenciario del momento, teórico y práctico del siglo XIX y principios del siglo XX, preocupado por el devenir histórico, al cabo de mayor nombradía y reconocimiento oficial en vida, también caracterizó a aquellos «Tratadistas» (51), antecesores de la reforma, atendiendo a las obras citadas. Así resumía su percepción Fernando Cadalso: «En la de Sandoval se ve al filántropo y al místico (...). Cerdán es el reformador austero y erudito que con valor cívico clama contra la corrupción carcelaria (...). Chaves es el severo censor», para continuar diseccionando la proyección posterior de tales obras: «El primero como sacerdote, echó en nuestro país la semilla

---

mutuas, las referencias expresas que el abogado de presos hace en su obra de la del toledano. Así, por ejemplo, cfr. CERDÁN DE TALLADA, T.: *Visita de la cárcel...*, op. cit., p. 48. La referencia al Sr. La Fuente deviene de la Memoria citada *supra* en la nota anterior. De otro modo expresada la relación, Jiménez de Asúa recuerda que Cerdán de Tallada «no sólo recopiló lo dispuesto hasta entonces, sino que, secundando a Sandoval, llamaba la atención sobre la necesidad de que los jueces y personas piadosas se preocuparan de la suerte de los reclusos...». Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado de...* I, op. cit., p. 847. Asúa también hará propia y plural la expresión de Salillas, «precursor de Howard», extendiéndola a Chaves y Cerdán (p. 259), expresión que asimismo maneja y amplía de significado, con posterioridad, Garrido Guzmán al definirlos como «precursores de la reforma penitenciaria». En sus palabras: «Estos tres españoles del siglo XVI constituyen una bien cimentada plataforma de lo que más adelante sería denominada reforma penitenciaria, anticipándose nada menos que doscientos años a las obras de Beccaria y Howard». Vid., al respecto, GARRIDO GUZMÁN, L.: *Manual de...*, op. cit., pp. 104 y 109. Previamente, Del Rosal los denominaba «dignos antecesores de una ciencia penitenciaria humana, generosa y preventiva». Cfr. DEL ROSAL, J.: *Derecho penal...* op. cit., p. 100. La relevancia de tales autores y especialmente de Tomás Cerdán de Tallada se había resaltado por Salillas, detenidamente, quien en su gran obra crepuscular evolutiva hablará de «manifestaciones doctrinales significativas de caracterizaciones de tendencias» y otorgará, al ilustre jurista, con esparcimiento, toda la relevancia debida. Vid., al respecto, SALILLAS, R.: *Evolución penitenciaria...*, I, op. cit., pp. 23, 24 y ss, 45, 46, 48, 49, 51 y 57, donde analiza los datos referentes a la arquitectura penitenciaria del momento, el régimen económico de tales lugares de encierro, así como el carácter de la cárcel en sustitución de la pena de muerte. Y más adelante (pp. 166 y 341), las iniciativas de la época en lo referente a la iniciativa social (asociaciones benéficas) y al personal penitenciario, respectivamente. La obra de Cristóbal de Chaves asimismo será objeto de estudio por parte del maestro de Argués, esta vez desde la perspectiva criminológica. Vid., el mismo: «Caracteres de los delincuentes según el licenciado Chaves (siglo XVI)», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Año Cuadragésimo. Tomo 81, Madrid, 1892, pp. 279 y ss. De igual modo, en otro lugar, no dejará de hacer mención a Chaves, al referirse al «influjo tradicional» y a lo que denominara «régimen de tolerancia» relativo a la organización en aquella cárcel de la ciudad hispalense; ni a la iniciática obra de reforma para jóvenes del padre Toribio, cuando reivindica en nuestro país la «tan anticipada y fecunda prioridad de los Toribios de Sevilla». Vid., al respecto, SALILLAS, R.: *Informe del negociado...*, op. cit., pp. 147 y 120, respectivamente.

(51) Vid. CADALSO, F.: *Instituciones penitenciarias...*, op. cit., pp. 164 y 173-175.

del patronato, inspirado en la caridad, que más tarde había de dar su fruto; el segundo, como jurisconsulto, representó la justicia y dio normas para la organización de prisiones, que después han encarnado en sistemas; el tercero, como crítico, sentó la pauta para dar a conocer los males públicos, y orear por tal medio los centros en que el morbo moral se origina y se extiende y se contagia» (52).

La preeminencia, por la proyección de sus contenidos, se ha de otorgar, en cualquier caso, a la obra de Tomás Cerdán de Tallada. En este sentido, ya el propio Cadalso hizo referencia al gran relieve de las obras de aquél, considerándolas «más científicas y más orgánicas» (53) que las de sus similares. Más aún, en cuanto a la influencia de la obra y visión del jurista valenciano, el acreditado Inspector de prisiones no se quedaba en el mero reconocimiento de la misma, sino que resaltaría su posible proyección. Según su criterio, el abogado de presos «pudo influir más que Sandoval y más que Chaves desde los cargos que desempeñó» (54), para desde ahí vislumbrar la plasmación de tales postulados en la legislación de aquél tiempo, específicamente la acción ejercida sobre la Nueva Recopilación de Felipe II (55).

No obstante, esa clara corriente «filantrópico-humanitaria» de la tradición carcelaria y penitenciaria española, a la que han hecho refe-

---

(52) Cfr. CADALSO, F.: *Instituciones penitenciarias... op. cit.*, p. 173. Las dos principales obras, por su Mayor contenido reformador, también habían sido contempladas por Salillas, que sintetizaba su carácter en estos términos: «En el *Tratado del cuidado que se debe tener de los presos pobres*, lo religioso es fundamental y lo jurídico secundario, al revés que en la *Visita de la cárcel y de los presos*, donde el hombre de ley se sobrepone al devoto, aunque el devoto nunca se elimina». Cfr. SALILLAS, R.: «Doña Concepción Arenal...», *op. cit.*, pp. 6 y 7.

(53) Cfr. CADALSO, F.: *Últ. op. cit.*, p. 174. De «hermanamiento entre el sentido piadoso con la preocupación por los problemas técnicos de la prisión», hablaría asimismo Cuello, años después. Vid. CUELLO CALÓN, E.: *La moderna penología... op. cit.*, pp. 358 y 359, nota 5.

(54) Cfr. CADALSO, F.: *Instituciones penitenciarias... op. y últ. loc. cit.*

(55) Vid. CADALSO, F.: *op. y últ. loc. cit.* Así también lo creyó Francos Rodríguez refiriéndose a «un gran influjo» en la Nueva Recopilación. Vid. FRANCOS RODRÍGUEZ, J.: *Discurso... op. cit.*, p. 18. En un sentido similar, aunque no decantándose definitivamente por esa probabilidad, también Rafael Salillas, en el análisis de la arquitectura de la Cárcel de Sevilla, afirmaba la proyección posterior de la obra del abogado de presos valenciano en estos términos: «Cerdán de Tallada formula su preceptiva de la cárcel según los textos de los jurisconsultos, que cita puntualmente, y esto quiere decir que, conforme a estos textos y tal vez a la recopilación citada, se desarrolló en la gran cárcel de Sevilla descrita por Chaves, y en la monumental cárcel de Madrid, construida en tiempo de Felipe IV (1634), una arquitectura expresiva de una tendencia». Cita inmediatamente Salillas las consideraciones de Cerdán en orden a la organización interior y arquitectónica de la cárcel. Vid. SALILLAS, R.: *Evolución penitenciaria... I, op. cit.*, p. 45, nota 2.

rencia García Valdés o Garrido Guzmán (56), en la que como antecedentes podemos situar a los autores clásicos citados (57), tendría, a la postre, una escasa influencia en la praxis de sus contemporáneos (58). Y es que el sustrato moral y técnico que perdura en el tiempo habrá de hallarse ulteriormente, en las palabras sí advertidas y reconocidas de Beccaria y Howard y, especialmente en relación con su manifestación teórica y práctica en tierras españolas, a partir de la obra de Lardizábal. Y ese salto nos llevaría a la primera etapa primordial y trascendente en el camino de la reforma carcelaria y penitenciaria que se corresponde con el siglo XVIII en su segunda mitad, conviviendo el sentido utilitario y el naciente correccional. Tiempo después, tras algunas realizaciones prácticas notables, el siguiente período de relevancia e inflexión habrá de buscarse, ya implantada la segunda idea, tras un largo espacio de rigorismo y atrofia penal, en los decenios finales del XIX y en los comienzos del XX, confeccionando las líneas definitivas de la reclusión preventiva y del penitenciarismo actual.

Si el panorama carcelario, de custodia, se nos mostraba claro y diverso en la citada obra de Cerdán de Tallada (59), la misma dejaba entrever cómo el arsenal específicamente punitivo del Estado integraba otras modalidades reclusivas que no pueden orillarse. No es el caso de la obra de Chaves que, como señala Cadalso (60), omite cualesquiera referencias a los presidios. Las usuales prácticas sancionadoras

---

(56) Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: «Sistema penitenciario español...», *op. cit.*, p. 54; GARRIDO GUZMÁN, L.: *Manual de...*, *op. cit.*, p. 109.

(57) El antecedente también es resaltado por Antón Oneca quien, haciendo un paralelismo con la figura francesa iniciadora de los estudios penitenciarios, Jean Maillon, resuelve la anterioridad de las obras españolas. Vid. ANTÓN ONECA, J.: *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 539, nota 7.

(58) Así se expresa MAPELLI CAFFARENA, B.: Voz «Pena privativa de libertad», *op. y loc. cit.* En otro sentido, Garrido Guzmán ha querido ver una proyección futura de las obras de los Tratadistas; y así concluye: «La acción de estos escritores preocupados de temas penitenciarios fue secundada tímidamente por algunos reyes españoles, observándose un movimiento en la legislación favorable a la situación de los encarcelados»; o «Los esfuerzos de Sandoval, Cerdán de Tallada y Chaves en el siglo XVI, aunque tardaron en dar sus frutos, no resultaron baldíos. Al finalizar el siglo XVII se constituyeron en España diversas Asociaciones que tenían como finalidad principal aliviar a los presos sin medios económicos, al tiempo que preconizaban la reforma del régimen carcelario». Cfr. GARRIDO GUZMÁN, L.: *Manual de...*, *op. cit.*, pp. 101 y 110, respectivamente.

(59) Vid., al respecto, la citada descripción de su capítulo IV referido a «Quantas especies hay de cárceles», incluyendo aquellas modalidades de reclusión de Mayor amplitud temporal, en CERDÁN DE TALLADA, T.: *Visita de la cárcel...*, *op. cit.*, pp. 40 y 41.

(60) Vid. CADALSO, F.: *Estudios penitenciarios. Presidios españoles, escuela clásica y positiva y colonias penales*. Madrid, 1893, p. 12.

del siglo XVI llegarán hasta una época que, aun manteniendo una obstinada memoria en lo anterior (61), comienza a vislumbrar nuevas posibilidades. El encierro y la privación de libertad, consecuencia de destinar penados a una utilidad (62), a un servicio al Estado, desempeñarán ese papel punitivo cada vez más preponderante. Salillas habló, al respecto, del quebranto de una penalidad hasta entonces uniforme, tras «el largo período de la penalidad simplemente afflictiva y eliminatória», por exigencias utilitarias (63); o de la transmutación de «las aflicciones en servicios» (64). En su atinado criterio, el sentido utilitario, que con el sentimiento de venganza habían determinado la ejecución penal, llegará «hasta que el progreso de las costumbres proclama otros principios más humanos ó humaniza aquellos dándoles sentido legal» (65). Hasta el siglo XIX en España.

## II. LA «INICIATIVA SOCIAL» (66). LAS ASOCIACIONES CIUDADANAS EN FAVOR DE LOS PRESOS

La tendencia actual hacia la no desocialización ha favorecido, especialmente desde el ideal reinsertador, el factor social y la implicación de la sociedad en el hábitat carcelario, posibilitando la vinculación del recluso con el entorno que abandonó, como un elemento coadyuvante a la mejor función penitenciaria y a la estabilidad regimantal. Tal permeabilización del medio reclusivo tiene hoy su traslación a las normativas nacionales desde el rango legal, reglamentario y administrativo (67).

---

(61) En este sentido, Luis Jiménez de Asúa, afirmaba: «todavía en la linde del setecientos al ochocientos se torturaba como método inquisitivo (...) y se quemaba en las hogueras a brujas y judaizantes (...)». Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Tratado de...* I, *op. cit.*, p. 247.

(62) Al respecto, en el Anuario penitenciario de 1889 ya se afirmaba con rotundidad: «Nuestras tradiciones en materia de penalidad responden, como queda plenamente demostrado, á la aplicación de los penados á obras ó servicios de pública utilidad». Cfr. DIRECCIÓN GENERAL DE ESTABLECIMIENTOS PENALES: *Anuario Penitenciario...*, *op. cit.*, p. 249.

(63) Vid. SALILLAS, R.: *Evolución penitenciaria...*, I, *op. cit.*, p. 3.

(64) Vid. SALILLAS, R.: *Evolución penitenciaria...*, II, *op. cit.*, p. 107.

(65) Vid. DIRECCIÓN GENERAL DE ESTABLECIMIENTOS PENALES: *Anuario Penitenciario...*, *op. cit.*, p. 164.

(66) Así la denominó Salillas, en el trabajo más completo e ilustrativo al respecto, introduciendo a la Asociación de señoras. Vid. SALILLAS, R.: *Evolución penitenciaria...*, I, *op. cit.*, pp. 163 y ss.

(67) Vid., al respecto, en la normativa española actual los artículos 69.2 LOGP, 17.6, 111.3, 114, 116.2, 117, 182 y 195 del Reglamento Penitenciario

No obstante, la participación o asistencia privada en los ámbitos carcelario y penitenciario ha presentado históricamente formas diversas, incluso antagónicas, habida cuenta de la diferente motivación inherente a las mismas. En las viejas cárceles, tales modos de intervención estuvieron en gran parte caracterizados por el interés individual, por un propósito lucrativo, vinculado de ordinario a la reclusión preventiva o custodial y, en otros recintos, a la actividad penitenciaria (68); en contraste, otras manifestaciones particulares y asociativas, renuentes a los anteriores modos especuladores, se caracterizaron por una loable intención filantrópica, a la que hoy prestamos mayor atención.

Se trataría, en cualquier caso, de un empeño secular. La semilla humanitaria desplegada en preceptos garantistas en favor de los presos pobres, desde Partidas, vino a germinar en actitudes sociales y manifestaciones efectivas, especialmente tras la luz ilustrada de finales del siglo XVIII. Así pudiera surgir el vínculo, que parecía perdido, y que advierte generosamente Francisco Lastres (69), entre las obras de los mencionados prácticos españoles del siglo XVI y los movimientos asociativos de inicios del siglo XIX; influyentes (70), impulsores de una sensibilidad dadivosa, favorable al socorro y mejora de las condiciones de vida carcelarias, y a su puesta en práctica.

En esta dirección rehabilitadora, la prioridad de la noticia asociativa se halla en autores como Posada Herrera, o más tarde y ampliamente en Romero y Girón, señalando la existencia, hacia 1572, de asociaciones religiosas dedicadas al cuidado de los presos pobres y citando, al respecto, «los estatutos de la del dulcísimo Corazón de

---

vigente y, con mayor detalle, en relación con el artículo 62 RP que establece un marco general de participación y colaboración de las organizaciones no gubernamentales, la Instrucción 5/2000, de 6 de marzo, que derogaba la anterior Instrucción 3/1998, de 13 de enero, sobre voluntariado y colaboración ONG. Y al respecto de otros modos de intervención del sector privado, SANZ DELGADO, E.: «Los límites de la participación privada en el ámbito penitenciario», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo LII, 1999 (2002), pp. 385 y ss.

(68) *Vid.*, al respecto de las más características manifestaciones históricas de la intervención privada en los espacios de reclusión y en el Derecho comparado, SANZ DELGADO, E.: *Las prisiones privadas. La participación privada en la ejecución penitenciaria*. Madrid, 2000, pp. 31 y ss.; el mismo: «Los límites de la participación...», *op. cit.*, pp. 394 y 395.

(69) *Vid.* LASTRES, F.: *Estudios penitenciarios...*, *op. cit.*, p. 11.

(70) Por cuanto, como resalta Cadalso, tal influencia se advertía en manifestaciones de la protección hacia los presos y el espíritu de caridad, «llegando a las más altas esferas de la sociedad española». Cfr. CADALSO, F.: *Instituciones penitenciarias...*, *op. cit.*, p. 177.

Jesús» (71). Con posterioridad, será especialmente Salillas, atendiendo a tales iniciativas filantrópico-cristianas, quien anexaría otros datos previos acerca de aquella sensibilidad, en términos como los que siguen: «De aquí ese generalizado espíritu de cristiana asociación que promueve en 1525 en Granada la Sociedad de San Pedro Advíncula y la de Caridad y Refugio; en 1537 otra asociación semejante en Salamanca; en 1569, 72 y 85, las de Dulcísimo Corazón de Jesús, Mayor Amor de Cristo «bien aplicado en sus pobres encarcelados» y Nuestra Señora de la Visitación «para sacar presos de la cárcel», todas en Sevilla. En ellas se confunden el sacerdote, el magistrado y el aristócrata. Revelan nuestro carácter nacional, al parecer contradictorio, que es idealista y utilitario, fiero y compasivo, inflexible por la rigidez de sus ideas, reductible por la piedad...» (72). Y será, en fin, el mismo autor, quien venga a acentuar, a partir de las notas de Ventura de Arquellada, «la manifestación de un poderoso movimiento asociativo, primera forma a la moderna del Patronato español» (73), abordando la más extensa aproximación relativa a la actividad caritativa de tales asociaciones pre y postdecimonónicas (74), en la idea de realzar aquel loable interés privado o social de intervención no lucrativa en el ámbito carcelario.

Si bien alguna aproximación historicista más reciente ha negado el desinterés aludido en el ejemplo desplegado por tales asociaciones (75) nos parece que desde una visión objetiva, a la vista de las

---

(71) Vid. POSADA HERRERA, J.: *Lecciones de Administración*, Madrid, 1843, moderna ed., 1978 (por la que se cita), p. 73; ROMERO y GIRÓN, V.: «Introducción», *op. cit.*, p. 74.

(72) Cfr. SALILLAS, R.: «Doña Concepción Arenal...», *op. cit.*, pp. 8 y 9; previamente, el mismo: *La vida penal...* *op. cit.*, pp. 407 y 412.

(73) Cfr. SALILLAS, R.: Advertencia editorial, en LA ROCHEFOUCAULD-LIANCOURT: *Noticia del estado de las cárceles en Filadelfia*. Traducida por Don Ventura de Arquellada, 1.<sup>a</sup> ed. 1801 (Ed. de la Biblioteca Criminológica y Penitenciaria), Madrid, 1916, p. 10; con anterioridad, el mismo, resaltando tal influjo: «Prioridad de España en las determinantes del sistema penitenciario progresivo y penetración de las ideas correccionales en nuestro país á fines del siglo XVIII y comienzos del XIX», en *Asociación Española para el Progreso de las Ciencias*. Tomo VI. Sesión del 18 de junio de 1913. Congreso de Madrid. Madrid, 1914, pp. 9 y ss.; influencia limitada en cualquier caso para el ámbito estrictamente penitenciario, pues tales sistemas de patronato o de asistencia después de la liberación de los penados no existían como tales a mediados del siglo XIX, como así lo expresaba Manuel Montesinos en contestación a Matthew Davenport Hill, acerca de tales posibilidades en la realidad penitenciaria española del momento. Vid. HILL, M. D.: *Suggestions for the Repression of Crime, contained in Charges delivered to Grand Juries of Birmingham*. London, 1857, p. 578.

(74) Vid. SALILLAS, R.: *Evolución penitenciaria...* I, *op. cit.*, pp. 61-410.

(75) Así, Trinidad, ha matizado tal pretensión humanitaria en estos términos: «Toda ayuda filantrópica siempre tiene dos aspectos: el socorro nunca es generoso, a

realizaciones y de las condiciones propias de la reclusión preventiva en las épocas objeto de estudio, tales avances humanitaristas no debieran ofrecer duda alguna.

Diez años después de publicarse la obra de Howard, probablemente sin noticia de su difusión pues la edición que llega a España es la primera francesa de 1788 (76), se creaba en Madrid una asociación

---

cambio se espera que los necesitados, en este caso los presos encerrados, transformen su comportamiento moral de acuerdo con el modelo del filántropo». Vid. TRINIDAD FERNÁNDEZ, P.: *La defensa de...*, op. cit., p. 126; en cercano y receloso sentido, acentuando una supuesta indiferencia institucional, y en relación con el freno de la actividad de tales iniciativas, Roldán Barbero afirma: «La lentitud de los trámites administrativos dieron tiempo a que subviniera la Guerra de la Independencia y a que se encontrara un pretexto para la inacción»; para en otro exceso reduccionista expresar: «La admiración a la postre que sintieron las personas aglutinadas en esas Asociaciones por la vida penitenciaria en Estados Unidos, llegó hasta el punto de condicionar las transformaciones penales en España a la adopción del sistema filadélfico». Cfr. ROLDÁN BARBERO, H.: *Historia de la prisión...*, op. cit., pp. 93 y 89-90, respectivamente. Olvida de esta forma el autor las actividades nucleares de tales asociaciones que, desde los primeros tiempos, dirigieron su acción a la eliminación del carcelaje, a la reversión de las alcaldías enajenadas, al planteamiento de una casa de corrección con actividad laboral formativa, o al auxilio, alimento y educación diarias. Este tipo de acercamiento que despliega Roldán es el que ha llevado a autores de esa corriente incluso a responsabilizar a John Howard de los males de las prisiones celulares, triunfante el sistema filadélfico. Así, en términos de Ignatieff: «El éxito de Howard presentando el ideal de reforma como una visión recuperadora de la moral humana, ha ocultado su función para legitimar el aumento del poder carcelario». Cfr. IGNATIEFF, M.: *A Just Measure of pain. The Penitentiary in the Industrial Revolution*. London, 1989, p. 46. En contra de esta perspectiva, que con frecuencia acentuó las funciones represivas de las penitenciarías y asilos, y el deseo de control por parte de los reformadores penales, entre otros, véanse: SPIERENBURG, P.: *The Prison Experience. Disciplinary Institutions and their Inmates in Early Modern Europe*. New Brunswick/London, 1991, p. 1; ZIMRING, F. E./HAWKINS, G.: *The Scale of Imprisonment*. Chicago/London, 1991, p. 54; SEMPLE, J.: *Bentham's Prison. A Study of the Panopticon Penitentiary*. Oxford, 1993, p. 133; o en la bibliografía española, SANZ DELGADO, E.: «A Just Measure of Pain. El nacimiento de la penitenciaría en Inglaterra», en García Valdés (Dir.): *Historia de la Prisión. Teorías Economicistas. Crítica*. Madrid, 1997, pp. 391 y ss.; el mismo: *Las prisiones privadas...* op. cit., pp. 99 y ss.; el mismo: *El humanitarismo...*, op. cit., pp. 28 y ss.; TÉLLEZ AGUILERA, A.: Prólogo en RERNART GARCÍA, F.: *El régimen disciplinario en el ordenamiento penitenciario español. Lucas y sombras*. Alicante, 2002, p. 14; el mismo: *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones...*, op. cit., pp. 37 y ss.

(76) Vid. HOWARD, J.: *État des Prisons...*, op. cit., passim. Al margen de su verdadera autoría –conjunta– en la redacción (vid. ENGLAND, R. W.: «Who Wrote John Howard's Text? The State of the Prisons as a Dissenting Enterprise», en *The British Journal of Criminology*. Vol. 33, núm. 2, Spring 1993, pp. 203 y ss.), acerca de esta obra y la valía de su plasmación de la realidad carcelaria hispana, vid., por todos, SALILLAS, R.: *Evolución penitenciaria... I*, op. cit., pp. 102 y ss.; o más breve y recientemente, CUELLO CALÓN, E.: «Lo que Howard vio en España...», op. cit., pp. 12 y ss.

de señoras fundada por el Padre Pedro Portillo (77), presbítero del Real Oratorio del Salvador y dirigida inicialmente por la condesa viuda de Casasola, que tuvo entre sus primeras actividades las de auxilio en la casa galera (78). Pasó a denominarse, en 1788, Real Asociación de Caridad de Señoras, bajo la autoridad de Carlos III y se dotaba con sesenta y seis mil reales anuales, cobrados por cuatrimestres adelantados del fondo de correos y arbitrios píos (79). Entre las labores de su responsabilidad, ejemplificativamente, como recuerda Ventura de Arquellada, además de enseñar a las presas «las labores propias de su sexo, que les permite su situación», «no satisfecho el celo de las señoras asociadas con los frutos que recogía en la galera, extendió su beneficencia a las cárceles de corte y de villa, donde ha erigido salas en que corrigen, enseñan, visten, mantienen, de cuenta de la asociación, aquellas jóvenes de cortos delitos que la justicia sentencia; han puesto enfermerías en ambas cárceles, provistas de camas y de todo lo necesario donde las señoras cuidan y asisten a las enfermas con el mayor esmero, y en las salas comunes de presas han puesto jergones y mantas. Asiste esta asociación a las mujeres encerradas en ambas cárceles y a los encerrados en la de corte con un cuarterón de pan todas las mañanas para el desayuno y algún poco de fruta cuando se proporciona; cuida del lavado y aseo de la ropa, y se le da nueva a la que lo necesita; todo suministrado por las mismas señoras» (80).

---

(77) Del primer ejemplo aludido de entidad, daba primera noticia Ventura de Arquellada en 1801, como sigue: «En el año 1787 se estableció en Madrid una asociación de señoras, que en nada cede, sino aventaja en mucho a la de París; se debe su fundación a la caridad del Padre don Pedro Portillo, presbítero del Real Oratorio del Salvador, de esta corte, padre verdaderamente de los presos, que habiendo adquirido por la continua asistencia a las cárceles y a la galera, casa donde la justicia recoge y encierra a las mujeres criminales en pena de sus delitos, un conocimiento práctico de los males que causaba la ociosidad y la confusa mezcla de muchas mujeres delincuentes, excitó el celo de varias señoras de la primera distinción, que se asociaron gustosamente a ganar para la virtud los corrompidos corazones (...). Extendió su beneficencia a las cárceles de corte y de villa, donde ha erigido salas en que corrigen, enseñan, visten y mantienen, de cuenta de la asociación, aquellas jóvenes de cortos delitos que la justicia sentencia; han puesto enfermerías en ambas cárceles, provistas de camas y de todo lo necesario, donde las señoras cuidan y asisten a las enfermas. Cfr. ARQUELLADA, V. Nota primera al párrafo séptimo, en LA ROCHEFOUCAULD-LIANCOURT: *Noticia del estado de las cárceles...*, op. cit., pp. 76 y 77.

(78) Vid., en profundidad, acerca de la reclusión femenina y sus específicos caracteres, MARTÍNEZ GALINDO, G.: *Galerianas, corrigendas y presas. Nacimiento y consolidación de las cárceles de mujeres en España (1608-1913)*. Madrid, 2002, *passim*.

(79) Datos reproducidos por Salillas del Memorial dirigido al Rey, en 19 de Agosto de 1815, por la entonces directora de la Asociación Marquesa de Fuente-Hijar. Vid. SALILLAS, R.: *Evolución penitenciaria...* I, op. cit., p. 192.

(80) Cfr. ARQUELLADA, V. Nota primera al párrafo séptimo, en La Rochefoucauld-Liancourt: *Noticia del estado de las cárceles...*, op. cit., pp. 77 y 78.

Poco más tarde iba a surgir, a su imagen, la asociación de caballeros que tuvo por título Real Asociación de Caridad (81) bajo la advocación del Buen Pastor. Como recordara Salillas, empezaba sus Juntas el 2 de septiembre de 1799, instalándose en la cárceles de Corte y de Villa el 5 de enero de 1800 y el 12 de enero respectivamente (82), y reconocía en sus constituciones la prioridad en la labor de la citada asociación de mujeres. Como ha expresado Burillo, sus miembros se movían «dentro de los parámetros del pietismo cristiano y del reformismo ilustrado» (83) y bajo la presidencia del Conde de Miranda. Su acercamiento a los postulados teóricos y prácticos provenientes de la reforma penitenciaria norteamericana se plasma en el interés por la traducción de obras que contemplaran dichos principios. La obra de *La Rochefoucauld-Liancourt*, traducida por el secretario de la Asociación, Ventura de Arquellada, es la que nos ofrece hoy, tras la reedición de Salillas, la mejor información al respecto de la actividad de la primera de las asociaciones citadas.

Entre los objetivos de esta Asociación, se encontraban los advertidos en la asociación de mujeres (84), y entre sus propuestas concretas estaban las dirigidas a la introducción de actividad laboral para los reclusos mediante pequeñas manufacturas con las que poder enseñarles algún oficio, procurándoles, además, ciertos ingresos. En este senti-

---

(81) Como expresaban en sus Constituciones, recogidas por Salillas, la caridad se realiza como el fin protagonista en los términos siguientes: «la caridad, que sin turbar el orden de la justicia, extiende su beneficencia a todo lo que padece, vió estos males y pensó seriamente en remediarlos»; o «la suma de toda la religión es la caridad». Cfr. SALILLAS, R.: *Evolución penitenciaria...* I, *op. cit.*, pp. 247, 248 y 256 y ss.

(82) SALILLAS, R.: *Últ. op. cit.*, p. 265. Cita como fuente el autor, el Extracto formado por D. Ramón Giraldo, secretario segundo de gobierno de la Asociación de Caridad de Cárceles de Madrid y fiscal del Consejo Real de Navarra, leído en Junta general de 30 de junio de 1802. Es asimismo de interés, reforzando lo afirmado *supra*, el texto que Salillas transcribe acerca de la prioridad de la normativa castellana del siglo XII, que reivindicara el doctor Francisco Xavier Vales Asenjo en relación con la causa de defensa de los presos y de las exigencias legales a satisfacer en la reclusión preventiva citando la ley 2.<sup>a</sup> del Título 29 de la Partida 7.<sup>a</sup>, en estos términos de su discurso del año 1800: «Muchos siglos antes que Howard y Liancourt (...), defendiesen la causa de los presos, Castilla tenía en esta razón unas leyes, cuya sabiduría será una eterna materia de alabanzas». *Vid.* «Discurso pronunciado en la Junta general de la Asociación de Caridad de Cárceles de Madrid, celebrada el día 30 de junio de 1800 para la elección de oficios, por el doctor don Francisco Xavier Vales Asenjo, Canónigo de la Real Iglesia de San Isidro, y consiliario de dicha Asociación. Madrid, MDCCC», citado en SALILLAS, R.: *Evolución penitenciaria...*, I, *op. cit.*, pp. 290 y 291.

(83) Cfr. BURILLO ALBACETE, F. J.: *El nacimiento de la pena privativa de libertad*. Madrid, 1999, p. 65.

(84) En opinión de Burillo, «ni una sola idea nueva encontramos conforme a lo propugnado a principios de siglo por la Real Asociación de Caridad». Cfr. BURILLO ALBACETE, F. J.: *El nacimiento...*, *op. cit.*, p. 170.

do, la Asociación se encargaría de proporcionar las materas primas y herramientas necesarias, así como de comercializar posteriormente el producto del esfuerzo laboral, asumiendo de igual modo el pago de los correspondientes salarios. La clasificación de los reclusos en los establecimientos por el tipo de delito cometido era otra de las prioridades, pero el mayor interés se encontraba en el fomento de la desaparición de las denostadas prácticas de encarcelaje y en el consecuente interés relativo a la reversión de las alcaldías enajenadas a la Corona (85). Así, en opinión de Salillas, «el momento culminante de la Real Asociación de Caridad es el de sus dos grandes proyectos: la reintegración a la corona de las alcaldías de cárceles y nombramientos de un personal de garantía, y el establecimiento de una Casa de Corrección. Con este último proyecto, con plan y presupuesto de obras culmina la Asociación en 1805» (86).

Es un tercio de siglo más tarde, a principios de 1839 cuando, tras la creación de la Comisión para la reforma carcelaria, surge de nuevo la iniciativa privada al fundarse la denominada Sociedad Filantrópica para mejora del sistema carcelario, correccional y penal de España. Como vislumbraba Salillas, la nueva terminología nos muestra una transformación en los fines. Así, se sustituye la Asociación por Sociedad y la Caridad por Filantropía (87). Pero el interés filantrópico sigue vigente. Y la difusión de los sistemas penitenciarios norteamericanos y, en especial, el pensilvánico o celular, que se convirtió en uno de sus principales motivaciones. Con tales premisas se terminaría por plantear por la sociedad la construcción de una penitenciaría modelo en Madrid, encargándose el modelo arquitectónico a Aníbal Álvarez, uno de los integrantes de la sociedad.

La actividad de la sociedad fue fructífera si bien de breve recorrido, pues se disuelve a raíz de los sucesos políticos (88) del momento.

(85) *Vid.*, al respecto, *infra*, el apartado relativo a estas cuestiones.

(86) Cfr. SALILLAS, R.: *Evolución penitenciaria... I, op. cit.*, p. 386.

(87) *Vid.* SALILLAS, R.: *Evolución penitenciaria... I, op. cit.*, p. 393; con los mismos términos, BURILLO ALBACETE, F. J.: *El nacimiento...*, *op. cit.*, p. 180, quien ha resaltado que «en lo sociológico pasarán de ser aristócratas a burgueses, y en lo ideológico del agotado paradigma del reformismo ilustrado al pensamiento liberal». Cfr. *últ. op. y loc. cit.*

(88) Así lo resaltaba Ramón de la Sagra en el Congreso penitenciario de Bruselas de 1847, y que Romero y Girón recoge en estos términos reproduciendo aquel discurso: «conocéis las primeras tentativas hechas en España en 1839 y 1840 para mejorar el sistema penitenciario (...). Por ese tiempo se constituyó una sociedad para la reforma (...), pero esta sociedad se ha disuelto. Los tristes sucesos políticos acaecidos allí (...), han dispersado los miembros de la Asociación: los unos están en el desierto, los otros descontentos de su posición la han abandonado para lanzarse a la política». Cfr. ROMERO Y GIRÓN, V.: «Introducción», *op. cit.*, p. 113.

No obstante, atendiendo al ámbito legislativo, se aprecian sus mejores huellas; y el aludido fortalecimiento o la articulación de organismos destinados a fines de mejora como la Comisión de cárceles o la Sociedad filantrópica, supondría, en fin, otra de las medidas gubernamentales de carácter reformador e ineludibles consecuencias garantistas. Merece mención, por ello, la valorativa y sintética exposición que queda para la historia, de la Real Orden de 13 de diciembre de 1840, del Ministerio de la Gobernación, «mandando que la Comisión de cárceles creada por la de 5 de marzo de 1838, se refunda en la Sociedad filantrópica para mejorar el sistema carcelario, y que esta proponga lo que crea conveniente á fin de obtener pronto resultados». En este sentido, tras una muestra de las anteriores actuaciones en materia de reforma carcelaria, se evaluaba positivamente la función y competencias encomendadas a la Sociedad filantrópica en estos términos que enmarcan tal reconocimiento institucional y que por su interés se transcriben: «Por Real Orden de 5 de marzo de 1838 se nombró una Comisión especial para formar un proyecto de reglamento de las cárceles del Reino, eligiendo a D. Antonio Posada Rubin de Celis, Arzobispo electo de Valencia para presidente, y a D. Fermín Gil de Linares, decano de la Audiencia territorial de Madrid, D. Marcial Antonio López, Ministro Honorario del Tribunal Supremo de Justicia, D. Ramón de la Sagra, Diputado a Cortes por la provincia de La Coruña, y D. Juan Miguel Inclán, Vicesecretario de la Academia de San Fernando, para vocales (...). Pidió esta Comisión y se le facilitaron los antecedentes y trabajos que en varias oficinas y establecimientos existían, y en 15 de mayo siguiente presentó una Memoria sobre el estado de las cárceles, los vicios y defectos que en él se advertían, los males que unos y otros originaban y los remedios que podían aplicarse, manifestando al propio tiempo el orden que en sus trabajos sucesivos se proponía adoptar. En 30 de mayo del mismo año se aprobaron las bases presentadas por la Comisión para el arreglo de las cárceles del Reino, y en consecuencia se expidió con fecha de 9 de junio una Real Orden, con el laudable fin de poner coto á los abusos de las Alcaldías que debían oponer un poderoso estorbo á las reformas que se intentaren, y se adoptaron algunas otras disposiciones con el mismo objeto, y á fin de adquirir edificios que pudiesen servir por sus buenas circunstancias, para trasladar á ellos con ventaja muchas de las cárceles existentes. Casi todos los Jefes políticos, correspondiendo á la excitación del Gobierno, remitieron las noticias que se les pidieron; pero por desgracia y no por culpa del Ministerio de Gobernación, dejaron de ser atendidas las reclamaciones que se hicieron en más de una ocasión, para que se destinasen á cárceles algunos edificios de conventos suprimidos, ni tampoco tuvo mejor éxito la peti-

ción especial que del de San Francisco el Grande de esta Corte hizo la Comisión, animada del mejor deseo. No pudieron por tanto realizarse las mejoras que desde luego hubiera sido conveniente llevar a cabo (...). Creóse en tanto una Sociedad filantrópica para la reforma del sistema carcelario, penal y correccional de España, que considerando esta cuestión bajo el aspecto más elevado y trascendental, se propuso aplicar las buenas doctrinas realizadas ya con buen resultado en otros países, y prévia la autorización del Gobierno ideó la construcción de una penitenciaría-modelo, que había de ejecutarse con el auxilio de la caridad pública (...). La sociedad de que desde luego convenía plantear ciertas mejoras indispensables, proporcionó, á costa de generosos y constantes esfuerzos, vestido y trabajo á algunos presos menesterosos; hizo lo mismo y aun más particularmente con las presas; solicitó y obtuvo del Ayuntamiento un local adecuado para establecer una cárcel especial de mujeres; visitó con frecuencia y con buen fruto las prisiones, publicando el resultado de sus observaciones; separó á los jóvenes del contacto de los presos de mayor edad y estragadas costumbres; remedió con largueza su desnudez y miseria; estableció una cárcel para esta clase de penados, formando celdas con el fin de conseguir un cabal aislamiento durante la noche; introdujo en estas reclusiones la buena disciplina, el silencio y el trabajo, y proporcionó en fin á los jóvenes presos los medios necesarios de mejorar su instrucción y corregir su moral. En tal estado, y á fin de dar nuevo impulso á este importante asunto, se expidió la Real orden circular de 26 de enero de este año, en la cual se reprodujo con corta diferencia lo prevenido en la de 9 de junio de 1838 sobre edificios y tanteos de Alcaidías, disponiendo además que respecto á las de las cárceles de Madrid se procediese desde luego a proceder la conveniente demanda, para lo que anticiparía el Gobierno los fondos necesarios por cuenta del Ministerio de Gobernación. Estas disposiciones y algunas otras relativas á la manutencion de presos pobres, que fue preciso revocar por falta de fondos, son todas las que hasta el día se han dictado para la reforma de las cárceles. Ineficaces han sido sin duda y no podían menos de serlo, atendidas las circunstancias en que el país se ha encontrado, para conseguir el laudable fin á que iban encaminadas; pero fundadas en buenos principios han marcado el mismo camino que en la reforma carcelaria puede por ahora conducir á ventajosos resultados, porque para llegar á tener establecimientos penitenciarios arreglados á los sistemas modernos, mas ó menos rigurosos, se necesitan gastos inmensos que la penuria del Estado no permite hacer, y una reforma radical en la legislación penal que aun no se ha ejecutado. Hay por de pronto que atenerse á estirpar los abusos que son conocidos: mas esto ha de hacerse con prontitud y eficacia, para que los

resultados sean provechosos y allanen el camino para otras reformas que sucesivamente convenga hacer. Para conseguirlo puede felizmente contar el Gobierno con la Sociedad Filantrópica ya mencionada, que compuesta de hombres de saber, y animada de toda la energía que excita la convicción íntima de hacer el bien, puede desde luego promover con ahinco y aun ejecutar con rapidez las reformas y mejoras que sean asequibles, teniendo ya en algunas provincias, y pudiendo establecer en las demas, Comisiones subalternas animadas de los mismos sentimientos. Por tanto la Regencia provisional del Reino ha tenido á bien resolver que dicha Sociedad proponga desde luego todo lo que en su entender pueda ser conveniente para obtener resultados pronto, seguros y beneficiosos, refundiéndose en ella la actual Comisión de cárceles, que habiendo ya puesto en evidencia los males y defectos que en aquellas existen, y propuesto el remedio conveniente, ha cumplido con el principal encargo que se le confirió...».

Las competencias y funciones de la Sociedad citada se ampliaron en diversas disposiciones que reestructuraban el entorno carcelario, adecuándolo a las propuestas humanitarias y de reforma organizativa de aquélla. En este sentido, el número de cárceles previstas para la capital del Reino y el arreglo de las mismas, sirviendo de modelo para todas las demás, sería otra de las iniciativas de la Sociedad Filantrópica con respaldo legislativo. En esa línea de aceptación y valoración positiva de la labor benefactora en el ámbito carcelario, la actividad de sociedades filantrópicas en los establecimientos para la enseñanza de oficios y dirección de los trabajos, se vino a regular en preceptos como el número 68 del Reglamento para las Cárceles de capitales de provincia, de 25 de agosto de 1847, en virtud del cual debía procurar el Jefe político tal asociación.

La intervención de asociaciones religiosas y filantrópicas sigue contemplándose de modo favorable por la Administración pero sujeta a las disposiciones reglamentarias, y el procedimiento de actuación así se plasma en el Reglamento para las Cárceles de Madrid de 1874 que, en relación con la labor de la Junta auxiliar de cárceles, en su artículo 18 prescribía: «La Junta, cuya misión es alta y esencialmente filantrópica, se ocupará con el mayor celo y eficacia en mejorar, por cuantos medios le sugiera su ilustración la condición material y moral de los presos, aceptando el concurso y la ayuda de las personas caritativas y de las asociaciones religiosas y filantrópicas que quieran contribuir á la instrucción, socorro y consuelo de aquellos desgraciados. Para que esa ayuda sea eficaz y pueda ejercerse de una manera conveniente y compatible con el orden y disciplina indispensables en las Cárceles, los particulares ó asociaciones que quisieran visitar los establecimientos con el indicado objeto, se pondrán previamente de acuerdo con la

Junta, que por sí ó por medio del Vocal eclesiástico ó Visitador, según los casos y circunstancias, fijará las reglas...». Con posterioridad, en virtud del Real Decreto de 24 de junio de 1890 se establecía la denominada Junta local de prisiones de Madrid y se venía a reorganizar por Real Decreto de 19 de julio de 1899, pasando a denominarse Junta de Patronato, años después, por Real Decreto de 20 de enero de 1908.

Otra muestra de colaboración se contempla ya en el nuevo siglo y tras la promulgación del trascendente decreto cadalsiano de 3 de junio de 1901, que asimismo posibilitaba la acción de las Sociedades de patronato en virtud de sus artículos 5 y 26.2. La iniciativa institucional impulsará, por Real Decreto de 17 de junio de 1901 que transformaba el penal de Alcalá de Henares en Escuela de Reforma (89), la creación en la misma ciudad de una Sociedad de sistema mixto, de carácter oficial y particular, denominada Sociedad de corrección y reforma, encargada de ejercer el patronato educativo de los jóvenes, así delinquentes como sujetos a corrección paterna, cuando obtuvieran la libertad. Más adelante, por Real Decreto de 8 de agosto de 1903, se autorizaba a la Junta local de prisiones de Alcalá para gestionar la formación de una Sociedad de patronato, con personalidad para organizar el establecimiento reformativo, establecer el régimen de visitas, preparar y disponer la reintegración del penado a la vida libre, etc.

Esta materia también encuentra una regulación favorable en el Reglamento Provisional para la Prisión Celular de Barcelona, formado por la Junta local de prisiones en 16 de julio de 1904. Así, en sus artículos 63 a 65 se disponía lo relativo a las Asociaciones de Patronato, facultando a los individuos que las integraban a usar un local independiente en la Casa-administración, así como penetrar en la Prisión y en las celdas de los presos, con objeto de poder cumplir con su redentora misión.

En cualquier caso, la principal medida legal específica que regulará con suficiencia el Patronato, en los primeros años del siglo XX, vino a ser el Real Decreto de 20 de enero de 1908, cuyo funcionamiento respondería a las instrucciones previstas en la Real Orden Circular de 25 de enero del mismo año. Finalmente, los artículos 143 a 145 y 237 del Real Decreto de 5 de mayo de 1913 serán los que ocupen de la materia relativa a las Sociedades particulares de Patronato de reclusos y a sus competencias en labores de visitas a los establecimientos carcelarios.

---

(89) Regulada asimismo en el artículo 11 del RD de 10 de marzo de 1902, que introducía una nueva clasificación de los establecimientos penales, bajo el nombre genérico de prisiones, incluyendo, en virtud de su artículo 2.º, las Escuelas de Reforma.

### III. OBJETIVOS HUMANITARISTAS Y MANIFESTACIONES LEGALES REFORMADORAS EN LAS CÁRCELES. LA PROSCRIPCIÓN DE LOS ABUSOS Y DEL CARCELAJE

Mientras la función punitiva se resuelve, a partir del siglo XVI, con la posibilidad de ocupar, aprovechar o explotar a los penados en trabajos al servicio del Estado, ya de carácter militar (galeras, presidios arsenales y presidios norteafricanos), ya de índole infraestructural y económico (obras públicas y minería), en las cárceles, donde como afirmara Salillas, «hay menos seguridad y más abandono que en el presidio» (90), sobreviven los sujetos a reclusión custodial o preventiva y los sometidos a penas menores, de arresto y correccionales.

En esta materia, el interés económico institucional no se advierte diáfano sino en el mantenimiento de una estructura procesal y penal que favorecía los intereses privados, de aquellos particulares concesionarios de la custodia, profesionales del cautiverio, amparados por la función pública que desempeñaban. Dinámicas que aceptadas durante siglos, en cuanto liberaban de aquella responsabilidad a las instituciones públicas, habrían surgido como mecanismos de financiación mucho antes de establecerse, a mediados del siglo XIX, un criterio presupuestario público estatal para el sostenimiento de las cárceles (91).

El más subrayado sistema de los derechos de carcelaje, amparado legalmente como exigencia económica a satisfacer por los reclusos, constituía, en puridad, sin otra remuneración legal, el efectivo haber de los alcaides (92), concretándose, ya desde el Fuero Juzgo (93), en

(90) Cfr. SALILLAS, R.: *La vida penal...*, *op. cit.*, p. 392.

(91) El último citado recordaba, en 1889, el dato del no tan lejano carcelaje como una delimitación ejemplificativa del cambio, señalando cómo hasta muy entrado el XIX, «no se había podido conseguir que ni en los presupuestos municipales ni en los del Estado, se consignara lo necesario para atender al sostenimiento de los presos (...). Esta falta de recursos ejerció poderosa influencia en el arbitrio judicial, establecido más por obra de las circunstancias que como criterio jurídico, determinando la imposición de penas que no exigieran como condición necesaria el sostenimiento del delincuente, á no ser que á éste se le utilizase en determinadas necesidades del Estado». Cfr. DIRECCIÓN GENERAL DE ESTABLECIMIENTOS PENALES: *Anuario Penitenciario...*, *op. cit.*, p. 164. El mismo recordaría, en otra parte, como «el presupuesto carcelario no tiene estado legal hasta 1850». Cfr. SALILLAS, R.: *Evolución penitenciaria... I*, *op. cit.*, p. 168.

(92) En suficientes y descriptivas palabras de Romero y Girón, el alcaide, «con este y otros rendimientos análogos, se indemnizaba del precio que el oficio le costara». Vid. ROMERO y GIRÓN, V.: «Introducción»..., *op. cit.*, p. 68.

(93) La expresión legal prescribía: «(...) si los presos salieren sin culpa, non demanden a estos presos nada por la guarda nin por los soltar. E si fueren culpados

el devengo que habían de satisfacer los presos al ser puestos en libertad. La diversidad de conceptos de pago propios de la vida carcelaria (94) conformó tales progresivas exacciones, arancelarias (95), correlativamente allanadoras del malestar diario, estimuladoras de una

---

(...), por cada uno dellos deven aver (...), las dos partes de un sueldo». *Vid.* Libro VII, Tít. IV, ley IV, cuyo epígrafe rezaba: «De lo que deven tomar los guardadores de los omnes que guardan». En todo caso, la primera parte de la referencia citada, exoneradora, se reiteraría en disposiciones como el Libro IV, Tít. XIII, Ley XII del Fuero Real de España; en el Libro II, Título XIV, Ley IX de las Ordenanzas Reales de Castilla; y en el Libro XII, Tít. XXXVIII, ley 19.<sup>a</sup> de la Novísima Recopilación.

(94) Ejemplificativa de la tasación que había de hacerse por los Corregidores y Justicias de lo que debieran pagar los presos por las camas y lumbres en las cárceles, y de la exigencia legal de moderación en tales cometidos, se contempla la ley 15 del Título XXXVIII, Libro XII, de la Novísima Recopilación, dictando «que los presos no resciban agravio, y sean bien tratados, y mandamos á los dichos Corregidores y Justicias, que tengan particularmente cuidado de se informar si se lleva mas de lo tasado, y de castigar al que lo llevare». En todo caso, sirve de útil referencia para conceptos y precios, por no encontrarse una correspondencia en la Novísima Recopilación, lo dispuesto en la Nueva Recopilación, en la Ley única del Título XXVIII del Libro IV relativa a «los derechos que han de llevar los carceleros de los presos en las cárceles de corte i chancillerías, i justicias ordinarias». *Vid.*, al respecto, más detenidamente, BRAVO MOLTO, E.: *Legislación penitenciaria*. Tomo Primero. Madrid, 1891, pp. 34, 35 y 36.

(95) Valgan, al respecto, las cuantías, en orden al tipo de estancia, del Arancel provisional formado para la Real Cárcel de Corte, fechado en Madrid a 28 de febrero de 1832, y recogido por Rafael Salillas, que por su notable interés transcribimos: «Artículo 1.º A cada preso que entre en el cuarto del Alcaide, se le exigirán siete reales vellón diarios, y suministrándole cama y muebles, diez; pero únicamente se entenderá por cuarto del Alcaide lo que comprende su antigua demarcación.—Artículo 2.º A los que quieran habitar el departamento llamado de Corrección, se les exigirán cinco reales vellón diarios; pero su importe se recaudará por separado para la reposición y conservación de la enfermería y compra de los enseres necesarios en ella, a cuyo efecto se dará cuenta diariamente por el parte del Alcaide a la Sala de los que hayan salido o entrado, y el día primero de cada mes, se hará un arqueo por el Alcaide del repeso para la oportuna cuenta y razón.—Artículo 3.º Los presos en cuarteles pagarán dos reales diarios para el Alcaide.—Artículo 4.º Y los de cuartelillos, uno, que servirá para hacer un fondo de donde se extraiga lo necesario para aumentar a los demandaderos su salario hasta tres reales diarios o una peseta, según lo exijan las circunstancias y permita el estado de los fondos, haciéndose todo lo demás que previene el artículo 2.º para la cuenta y razón.—Artículo 5.º Por cada persona que haya estado presa y se la manda poner en libertad, cobrará el Alcaide treinta reales de vellón, por razón de limpieza, agua y utensilios, y nada por el derecho llamado de puertas (*vid.*, en nota, lo relativo a la cárcel de Sevilla).—Artículo 6.º A todos los rematados que de fuera de la Corte hagan escala en esta Real Cárcel, se les exigirán seis reales vellón, no siendo pobres, desertores o defraudadores de Rentas Reales.—Artículo 7.º A los que fueren conducidos a esta cárcel por segura, no siendo de las tres clases manifestadas en el artículo anterior, se les exigirán los mismos treinta reales que señala el artículo 5.º por razón de limpieza, agua, etc.—Artículo 8.º No puede el Alcaide por sí solo mandar poner ni quitar grillos a ningún encarcelado; pero cuando lo haga por

incontestable desigualdad (96). En este sentido, si bien la cobertura de las necesidades básicas de los reclusos más desfavorecidos se articulaba legislativamente desde antaño, el efecto empírico de tales preceptos no se aprecia claramente, ni se vislumbra entonces, a tenor de la reiterada censura de la práctica, manifestada en notable literatura carcelaria desde el siglo XVI; y en las sucesivas, aun desatendidas a tenor de su reiteración, disposiciones garantistas al respecto (97). No

---

orden judicial, exigirá para cada una de estas operaciones diez reales de vellón.—Artículo 9.º Por cada rueda de presos que se le mande ejecutar, se le tasarán treinta reales de vellón, que satisfarán el reo o reos condenados en costas en la causa en que se hubiese mandado.—Artículo 10. Cada uno de los presos que sufran las penas de azotes y vergüenza pública, pagará quince reales vellón al Alcaide de la Cárcel, y veinte y cuatro si sufriesen la pena capital.—Artículo 11. Todos los derechos señalados en este Arancel se exigirán solamente a los presos que no hayan sido declarados pobres, pues á estos no pueden llevarse derechos de ninguna clase, como tampoco a los que hayan sido absueltos libremente». Cfr. SALILLAS, R.: *Evolución penitenciaria... I*, *op. cit.*, pp. 169 y 170.

(96) Desigualdad que, tras la proscripción del carcelaje a mediados del s. XIX, sorprendentemente se amparaba subrepticamente todavía a finales del s. XIX, al regularse la posibilidad del preso o penado de ocupar una celda de pago en los artículos 178 y 179 del Reglamento de la prisión celular de Madrid aprobado por Real Orden de 23 de febrero de 1894; circunstancia repetida en la normativa específica, aun provisional, de 1904, para la prisión celular de Barcelona, que admitía tal posibilidad en el artículo 126 del Título V relativo al régimen de la prisión preventiva.

(97) Así lo veía Salillas quien hiciera referencia a aquellas no tan lejanas circunstancias y a las «resistencias que hubo que vencer, al imponer á los municipios la obligación de sostener á los presos pobres». Cfr. SALILLAS, R.: *La vida penal... op. cit.*, p. 386. En cercano sentido, Posada Herrera, sensibilizado al respecto, había resaltado con anterioridad la falta de una legislación completa en esta materia. Vid. POSADA HERRERA, J.: *Lecciones...*, *op. cit.*, p. 73. Como expresión de tal reiterado interés véase la ilustrativa y extensa regulación que, incluso para supuestos particulares, solamente en el período que abarca desde principios del XIX hasta 1860, se recogía en la Colección Legislativa de Cárceles, de la que extractamos una selección de las más significativas, empezando en la Novísima Recopilación con la Nota 2.ª a la ley 15, Título XXXVIII, Libro XII, «determinando de qué fondos debe atenderse á la manutencion de presos pobres»; del mismo modo, las leyes 26 y 27 del mismo Título y Libro disponiendo, respectivamente, la prevención «á Jueces y Tribunales que al remitir presos pobres á la cárcel de Corte, aseguren sus alimentos para el tiempo de la prision», o «determinando quien debe subvenir á la manutencion de los matriculados de Marina pobres y presos en las cárceles reales». O la Nota 1.ª a la precedente, procedente de un Auto de 10 de noviembre de 1797, «declarando que los reos no son responsables de las raciones devengadas en las cárceles por sus correos pobres, aunque en la sentencia se hubiese establecido mancomunidad de costas»; la Real Orden de 24 de julio de 1819, «mandando que los cuerpos de casa Real socorran á los presos paisanos pobres procesados por sus juzgados; RO de 26 de octubre de 1826, «previniendo que los Tribunales y Juzgados mantengan á los presos pobres de sus respectivos fondos de penas de Cámara; RO de 27 de octubre de 1826, «mandando que la Policía mantenga a los presos pobres que hiciere con las multas que impone»;

obstante, se establecía y mantenía este uso como moneda común a casi toda experiencia carcelaria en sus diversas manifestaciones continentales (98), acompañado, por lo usual, de la imposición de determi-

RO de 15 de marzo de 1828, «previniendo que se haga extensivo á los cuerpos de todas las armas lo dispuesto en la de 24 de julio de 1819; RO de 31 de julio de 1831, «estableciendo el modo de mantener á los presos pobres por delito de contrabando; RO de 15 de enero de 1836, «estableciendo prescripciones para asegurar y regularizar el suministro de alimentos á los presos pobres»; el desamparo trataba de paliarse asimismo con la RO de 23 de enero de 1837, «previniendo á las Diputaciones provinciales que procuren recursos con que mantener á los presos pobres y á los Ayuntamientos que vigilen para que ninguno de ellos sea asistido como tal, no siéndolo positivamente». Al respecto de tal norma, Posada Herrera afirmaba que se trataba de una ley «que no ordenaba nada, porque no hacía sino decir á los gefes políticos que escitasen el celo á las diputaciones (...). Los gefes políticos por supuesto que habrán circulado esta real órden á los ayuntamientos y unos y otros se habrán dado por escitados pero sin hacer absolutamente nada». Cfr. POSADA HERRERA, J.: *Op. cit.*, p. 74. El resultado, como cita el mismo autor, fue la cercana en el tiempo RO de 3 de mayo de 1837, «haciendo aclaraciones de la de 23 de enero anterior sobre manutención de presos pobres». Se proponía que inmediatamente que un preso entrara en la cárcel por mandato del juez, el alcaide le debía proveer de todo lo necesario los ocho primeros días. Si el preso tuviera bienes, habían de venderse para pagar los gastos, si no los tenía implicaba el suministro por parte del alcalde de todo lo necesario. Sirve esta norma al autor citado para exponer, ejemplificativamente, como la práctica podía desvirtuar lo dispuesto en las normas en este sentido, a empañar los buenos propósitos de la disposición legal. Así, en palabras de José Posada: «Con frecuencia que el juez de primera instancia no despacha la información de pobreza en los ocho primeros días, ya porque el reo no es del mismo pueblo en que se está formando la causa, ya porque el juez se ha descuidado en el cumplimiento de su deber. Pasan los ocho días (...) y los alcaldes se niegan á suministrar lo necesario para el sustento de los presos y tocamos en el inconveniente que se trataba de evitar». Cfr., *Últ. op. cit.*, pp. 74 y 75. Posteriormente se siguen dictando la RO de 13 de mayo de 1837, «declarando que no hay motivos para alterar la de 3 del mismo sobre manutención de presos pobres»; RO de 10 de julio de 1838, «mandando que se socorra á los presos pobres de los rendimientos de Cámara, cargando su importe á Gobernación por cuenta de gastos imprevistos»; RO de 20 de abril de 1839, «recomendando el cumplimiento de las de 23 de enero y 3 de mayo de 1837 sobre manutención de presos pobres»; RO de 24 de abril de 1839, «disponiendo que los reos pobres condenados á reclusión en las cárceles, sean socorridos como tales»; RO de 29 de mayo de 1841, «determinando el modo de socorrer á los presos pobres procedentes de cuerpos francos»; RO de 3 de julio de 1841, «previniendo que se socorra á una mujer condenada á prisión en la cárcel de Pontevedra, con los fondos destinados á los presos pobres»; RO de 7 de enero de 1842, «mandando que los presos paisanos pobres procesados por Tribunales militares sean socorridos por el ramo de Guerra»; RO de 19 de marzo de 1842, «disponiendo que los presos pobres matriculados de Marina sean socorridos por los Ayuntamientos»; RO de 10 de junio de 1842, «mandando que los presos pobres transeúntes sean socorridos por el partido en cuya cárcel se hallaren»; RO de 10 de mayo de 1844, «mandando que no se socorra como á presos pobres á los carabineros reducidos á la clase de paisanos»; RO de 26 de mayo de 1844, «mandando que se socorra como á presos pobres á los vagos y mal entretenidos»; RO de 19 de setiem-

nadas exacciones que, de igual modo, vinieron a revertir en el administrador del establecimiento. De todo ello dieron prioritaria noticia los *supra* citados cronistas del siglo XVI, bastando como categórico

---

bre de 1844, «mandando que los demanderos de cárceles que justifiquen ser pobres, sean mantenidos como tales»; RO de 23 de octubre de 1844, «mandando que se socorra como á pobre, con cargo al presupuesto de Gobernacion, á una mujer penada á reclusion en la cárcel de Mondoñedo»; RO de 7 de enero de 1846, «disponiendo que se continúe alimentando á los presos pobres rematados hasta que ingresen en el presidio»; RO de 29 de setiembre de 1846, «mandando que los presos pobres condenados a correccional mantenidos á sus expensas, sean obligados á reintegrar cuando llegaren á mejor fortuna»; RO de 18 de diciembre de 1847, «reproduciendo lo dispuesto en la precedente»; RO de 31 de diciembre de 1847, «mandando que los gastos de manutencion de presos pobres en las cárceles de las Audiencias se comprendan en los presupuestos provinciales, y en las de los municipales los de la de los partidos»; RO de 6 de noviembre de 1848, «determinando el modo de socorrer á los presos pobres en las cárceles de las Audiencias»; RO de 17 de noviembre de 1848, «mandando que se socorra como á los presos pobres á los militares que no gocen de sueldo»; El rango legal se advierte en la previsión de la Ley de prisiones de 26 de julio de 1849 que asimismo disponía, en el artículo 28 del Título VI, que «la manutención de presos pobres en las cárceles de partido y Audiencia será también de cuenta del partido ó partidos á los que los establecimientos correspondan»; Seguidamente se venían a dictar la RO de 31 de julio de 1849, «mandando que los jefes políticos señalen á los pueblos la cuota que les corresponda para la manutencion de presos pobres, y que sean administradores de estos fondos los Alcaldes de cabeza de partido»; RO de 13 de setiembre de 1849, «dictando reglas para la ejecucion de la ley de prisiones de 26 de julio anterior», en sus disposiciones 7.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup> referidas a la manutención de los presos pobres en cárceles de partido y Audiencia y transeuntes, respectivamente; RO de 21 de enero de 1850, «determinando el máximo de la racion de presos pobres»; RO de 28 de febrero de 1850, «mandando que se socorra, de fondos municipales á los penados con arresto Mayor que cumplan en la cárcel»; RO de 12 de mayo de 1850, «mandando que cuando no pueda contratarse el suministro de socorro á presos pobres se haga por administracion»; RO de 25 de octubre de 1850, «recomendando el cumplimiento de la de 3 de mayo de 1837 sobre manutencion de presos pobres, y mandando que se considere como á tales á los aforados de guerra que no tengan sueldo»; RO de 13 de diciembre de 1850, «ampliando hasta un mes para las Islas Baleares y Canarias el término para practicar la justificacion de pobreza de los presos»; RO de 14 de marzo de 1856 señalando al Ayuntamiento de Madrid el interés Real de que se cubran con puntualidad las obligaciones que la manutención de presos pobres hace necesarias; RO de 12 de febrero de 1857, «aumentando el máximo de racion de presos pobres»; RO de 31 de Agosto de 1857, «derogando la precedente y restableciendo la de 21 de enero de 1850, sobre racion de presos pobres»; RO de 19 de julio de 1858, «restableciendo en varias provincias la de 12 de febrero de 1857, sobre aumento de racion á presos pobres»; RO de 6 de junio de 1859, «mandando que los pobres presos por delitos de defraudacion sean socorridos como los demas presos pobres». El ejemplo más evolucionado del s. XIX se hallaría en el Reglamento dictado para la prisión celular de Madrid de 23 de febrero de 1894, que en sus artículos 180-182 prescribían: Artículo 180: «A su ingreso en las celdas que no sean de pago, igualmente que en los departamentos de aglomeración, manifestarán los reclusos si han de mantenerse á sus expensas, ó si, como pobres, quieren recibir la manutención del

ejemplo, por su claridad expositiva, la obra de Cristóbal de Chaves referida a la Cárcel de Sevilla (99), resumida aquella estancia en la colorista síntesis posterior de Salillas (100). El propio Manuel de Lar-

---

Establecimiento...». Artículo 181: «Para ser mantenido como pobre á expensas del Establecimiento, no obsta que el recluso reciba de fuera alimentos; pero si éstos fuesen á diario ó tan frecuentes y de tal naturaleza y medida, que, á juicio del Director, bastaren para la alimentación, se le retirará la ración del Establecimiento». Artículo 182: «Al mantenido á sus expensas, que en cualquier tiempo manifestase no poder continuar en tal situación, se le suministrará ración como pobre...».

(98) La necesaria evolución prohibiendo tales derechos de carcerería se advierte, no obstante, a principios del siglo XIX, en países como Portugal, que prohibía la exigencia de patente o bienvenida o los derechos de carcelaje ya que, según noticia de Ventura de Arquellada en sus notas al libro de La Rochefoucauld-Liancourt, «comúnmente los paga una sociedad que se ha establecido con el nombre de Misericordia, compuesta por personas de la primera distinción»; o en Inglaterra, a partir de las denuncias de John Howard al respecto. *Vid.* LA ROCHEFOUCAULD-LIANCOURT: *Noticia del estado de las cárceles...*, *op. cit.*, pp. 93 y 94; más recientemente, al respecto de otros ejemplos europeos, SANZ DELGADO, E.: *Las prisiones privadas...* *op. cit.*, pp. 34-47.

(99) Entre las primeras referencias descriptivas se nos muestra la distinción entre las tres puertas de la cárcel por las que había que pasar al ingreso, desembolsando las primeras cuotas tarifadas para ello. Sirvan aquellas palabras para una mejor ilustración: «Á la primera llama la jente mordedora la puerta de oro, por el aprovechamiento que tiene el que la guarda; que como es lá primera, recibe mujeres y hombres, y de allí se reparten á el lugar que merecen sus culpas, ó el mucho o poco dinero que da (...), la segunda, la cual llaman la puerta de cobre (porque anda á las sobras de la puerta primera y postrera, en medio de las cuales está), recibeló luego la puerta postrera, porque todas son de reja de hierro fuerte; y á esta la llaman la puerta de plata, porque el portero della manda echar y quitar grillos, encerrar ó desencerrar presos en la cámara del hierro y galera vieja y nueva, que son los aposentos más fuertes: porque en las cámaras altas y enfermerías y sala vieja, donde hay nobles, y en los entresuelos son los más seguros presos y de menos calidad de delitos. No se desencierra preso ni quita prisiones sin propina, la cual lleva el portero que llaman de plata; y es hacienda conocida del alcaide, porque de las puertas de oro y plata lleva cada día dos ducados de cada una más y ménos como son los tiempos; de más de que ponen velas y aceite, y están á peligro tan cierto de irse los presos». Respecto a la entrega de víveres y a la continuación del negocio en la prisión se nos relata: «Tiene la cárcel cuatro tabernas y bodegones á 14 y 15 reales cada día; y suele ser el vino del alcaide, y el agua del bodegonero, porque hay siempre bautismos; sin las tablas de juego que suele haber de mucho aprovechamiento, donde se jura y reniega un poco; y dos tiendas de verdura, fruta, papel y tinta, aceite y vinagre». *Cfr.* DE CHAVES, C.: *Relación...*, *op. cit.*, pp. 12, 13 y 14. La salida o liberación de la cárcel también iba acompañada del devengo de determinadas cuantías por parte de los presos. Así, finalizando la primera parte de la Relación, De Chaves nos explica: «Hay días que se sueltan de ordinario de sesenta á cien presos, y más y menos, cuyos carcelajes son á 13 maravedís; y desto pertenece la mitad al alcaide y la otra al escribano de las entradas, sin las fees que da y presentaciones de los que se vienen á la cárcel, embargos y entregos de esclavos á sus dueños». *Cfr.*, *Op. cit.*, p. 30.

(100) En su brillante prosa retrata aquella particular comunidad mercantil: «Casa de contratación de todo vicio, abuso, torpe consentimiento, inmoral mercancia

dizábal, todavía a fines del siglo XVIII, de igual talante crítico, en su Discurso aludía a tales circunstancias dilatadas hasta el abuso, al señalar: «hay exâcciones indebidas, hay opresiones injustas y acepcion de personas, regulada únicamente por el interes y codicia de los subalternos, en cuya utilidad ceden estos abusos, expresamente reprobados por las leyes» (101). Tal era la deformación práctica, que el provecho lucrativo llegaba incluso a determinados presos, adaptados a esa relación simbiótica, asociados en el crimen, partícipes de la extorsión, conniventes con los carceleros (102). La semejanza en el com-

---

y género adulterado, que hacía poderoso al Alcaide, ricos al lugar-teniente y bodegoneros y acomodados á los porquerones, verdugo, porteros, bastoneros, prestamistas, vendedores de *baratillo*, propietarios del *palo largo con dos tablas*, presos viejos, consejeros, pregoneros, *procuradores de por vida*, patenteros y valientes; mancebía, en cuyas galeras y aposentos dormían ciento y más mujeres cada noche; asilo, en cada una de cuyas rejas altas y bajas pedían limosna siete ú ocho presos; corral de Monipodio, baratería de Maniferro, escuela de Rinconete y Cortadillo, poterna del abuso y la crueldad y puerta falsa de la ley». Cfr. SALILLAS, R.: *La vida penal...*, *op. cit.*, pp. 368 y 369; o, en sus palabras, en referencia a las rentas percibidas por el Alcaide: «El Alcaide lo arrendaba todo; por la puerta de oro dos ducados al día, y otro tanto por la de plata, más ó menos según los tiempos; por cada taberna, 14 ó 15 reales diarios, y además el vino de su cuenta, y el agua de la del bodegonero; por cada tienda de verdura, fruta, papel y tinta, aceite y vinagre, algo menos; por cada tabla de juego, el barato; por cada rancho ó calabozo, lo ya dicho; y además de sus derechos de arancel, por cada mujer y otros permisos de salida ó entrada, la tarifa, cuando no el convenio. Los auxiliares habían de recibir lo necesario para la cuenta del Alcaide y para el propio beneficio». Cfr., el mismo, *op. cit.*, 373; para otros interesantes análisis al respecto: *Vid.*, el mismo: «Caracteres de los delinquentes según el licenciado Chaves (siglo XVI)», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Año cuadragesimo. Tomo 81. Madrid, 1892, pp. 279 y ss.; «La Cárcel de Sevilla en 1597», en *Revista Penitenciaria*, tomo II, 1905, pp. 271 y ss.; *Evolución penitenciaria...*, I, pp. 26, 42, 43 y ss.; CADALSO, F.: *Instituciones penitenciarias...*, *op. cit.*, pp. 168 y ss.

(101) Cfr. LARDIZÁBAL Y URIBE, M.: *Discurso...*, *op. cit.*, p. 715.

(102) Salillas extendía la responsabilidad, pues percibido la inspiración y aclimatación de los reclusos en relación con la legalidad vigente, en «la difundida arbitrariedad» y en la conducta de los guardianes. *Vid.* SALILLAS, R.: *La vida penal...* *op. cit.*, p. 158. Este tipo de usos en la cárcel era variado, como también se recoge en el texto de Chaves: «Hay cuidado en el portero de la puerta de plata al repartir á cada aposento cada día los presos que de nuevo entran, rata por cantidad, para que de ellos se cobre tres reales y medio de aceite cada uno, y medio real de la limpieza; echando por cabeza de lobo los valientes de dicho aposento á estos tres picaros que limpian y encienden lo dicho, que lo cobren, y terciando ellos de buena «que se les debe, y que cuando ellos entraron lo pagaron». En efecto lo pagan ó dan prenda. Esto pertenece al portero la mitad, y la otra á los jermanes del dicho aposento; los cuales dan de comer á los tres que he dicho». Otro ejemplo abunda en ese tema: «Todos los presos que entran de nuevo los mandan encerrar por luego en los aposentos dichos, y no salen alrededor del pátio hasta que los jermanes del dicho aposento ruegan al de la puerta de plata que lo saquen, y sácanlo y tráenlo á conocer; y esto dos reales por mitad, tanto al portero como á los rogadores. Y lo

portamiento de unos y otros se denunciaba por el maestro de criminólogos y penitenciaristas recordando que «al organizar la cárcel no se comprendió que se daba sanción oficial á esas sociedades contra el derecho, y que al establecer un sistema de tarifas se sancionaba el procedimiento barateril. De esto que es exacto, júzguese comparando la conducta del guardián con la del preso, que son absolutamente idénticas» (103).

Este modo de privatización de la justicia penal ha significado el más pesado lastre en el devenir histórico de la privación de libertad, y el origen de múltiples y necesarias críticas respecto a una realidad viciada y constatable. Por ello la progresiva eliminación de los derechos de carcelaje, aranceles indebidos y exacciones ilegales se vislumbra como una de las más claras evidencias de reforma, indicativa del progresivo desinterés social y legislativo por tan enraizadas prácticas de explotación de las personas presas.

Así, el objetivo de la desaparición de cualesquiera prácticas similares presidirá la actividad reformadora carcelaria desde sus más renombradas manifestaciones. Castejón (104) daba noticia de ello en sus referencias legislativas hallando un primer y tímido remedio a los numerosos abusos en la sujeción del carcelaje a tarifa (105). Y es que, no obstante la aceptación institucional en España de los aranceles a satisfacer por la estancia en la cárcel, no ha de excluirse el progresivo filtro legal de los que se estimó constituían abuso. En este sentido, la mayor resonancia reformadora en esta materia carcelaria habría de esperar al tercer cuarto del siglo XVIII, llegando a interpretarse en el reflejo de la labor anticipada y reiterada, aun foránea, de John

---

mesmo es cuando se les ruega que quite prisiones ó que lo dejen estar en buen lugar. Puedo decir que se sustentan desto quinientos y más hombres sin tener quien los haga bien ni conozcan; y así, cuando salen en libertad ó para galeras, llevan de la cárcel mucho dinero». Cfr. DE CHAVES, C.: *Relación...*, *op. cit.*, pp. 17 y 18. Se señala en la obra, asimismo, la existencia de la figura del Sota-alcaide, oficio a la sombra del alcaide que entre otros menesteres tenía a su cargo «el acomodar los presos en sus aposentos, y acomodarlos en la galera nueva y vieja y cámara del hierro, y entresuelos. Y arrienda cada uno á dos presos, cada calabozo por un mes 14 y 15 reales. Y estos viven con su calabozo, porque el que quisiere entrar en ellos ó meter su cama, lo vende como casa de camas, ó si fuese suya...». Cfr., *Op. cit.*, p. 33.

(103) El autor hacía referencia a prácticas como el cobro de «la patente», contribución sobre los nuevos presos, exigida con castigos corporales, «procedimiento igual al de que se valía el carcelero». Cfr. SALILLAS, R.: *La vida penal...*, *op. cit.*, p. 159.

(104) Vid. CASTEJÓN, F.: *La Legislación penitenciaria...*, *op. cit.*, p. 231.

(105) El mismo autor recuerda cómo Las Ordenanzas Reales de Castilla (Ley XXV, Título XIV, Libro II), fijaban la tarifa en cuarenta y quince maravedís, según la clase de los presos. Vid. CASTEJÓN, F.: *Últ. op. y loc. cit.*

Howard (106), impulsando la actividad de censura que retomará, años más tarde, la Real Asociación de Caridad de Madrid, y después la Sociedad Filantrópica, desde la visión crítica, ya ilustrada, del panorama externo y de los posibles proyectos de mejora, reformadores, al respecto.

---

(106) La obra del reformador británico condensó numerosas denuncias en esta materia, plena de referencias a la necesidad de la abolición de los derechos de encarcelaje. La propuesta de Mayor trascendencia se recoge en estas sus palabras: «El carcelero debe tener un salario fijo, proporcional a su estado, a los cuidados que se le imponen y a los gastos que él se vea obligado a hacer». Cfr. HOWARD, J.: *État des Prisons...* II, *op. cit.*, p. 54. Su denuncia en este específico terreno impulsará su plasmación teórico-legislativa en la legislación penal positiva británica que surge de la Penitentiary Act de 1779. Y, de ese modo, hacia 1812 en Inglaterra, las cuotas y las ventas de alcohol habían sido totalmente prohibidas y se establecían salarios para los carceleros. Para el entorno hispano, el propio Howard daba noticia de tales prácticas en su visita a la Cárcel de Corte de Madrid y así lo relataba: «En uno de los calabozos el carcelero tiene camas que alquila a aquellos que quieren dar un real y medio de vellón por cada noche»; o cuando expresaba: «El carcelero puede llevar presos a su casa si éstos le pagan 25 doblones hasta el final de su prisión», e incluso: «Por la suma de dos dólares se les puede quitar los hierros a los presos». Cfr. HOWARD, J.: *État des Prisons...* II, *op. cit.*, p. 7. Otra referencia significativa es la aportada por Madoz, quien en esta materia recogía la actuación de la Sociedad para la mejora del sistema carcelario tanto en la Cárcel de Corte (calle de la Concepción Gerónima núm. 16 y de Sto. Tomás núm. 4), cuanto en la de Villa (Plazuela de Sta. Bárbara, núm. 7). En este sentido, se refería a los «infinitos abusos y socialiñas que en las mismas existían de tiempo inmemorial», aludiendo, asimismo, a la «acertada medida que adoptó el gobierno de sacar las cárceles del dominio de particulares, indemnizando á estos, con lo que hasta cierto punto se ha conseguido que las cárceles sean unos verdaderos depósitos de seguridad para custodia de los detenidos, en vez de lugares de tormento que antes eran». Daba además noticia de la actuación de la Sociedad cuando señalaba que «constituida la indicada Sociedad y nombrada entre los individuos de su seno, una Comisión de *visita de cárceles*, de la que entró á formar parte el digno regidor del ayunt. constitucional de esta corte, D. Antonio Sainz de Rozas, principió desde luego á examinar la causa principal de los males que se observaban en la cárcel (...), conocido el origen, se procedió al remedio, empezando desde luego por uno de los medios mas oportunos al efecto, que fue el de solicitar del Gobierno, con admirable tesón hasta que la consiguió, la redención de las alcaldías, enagenadas á sugetos que no sirviendolas por sí, las arrendaban en un subido precio, de lo que resultaba, que los alcaldes, ó mas bien colonos, no tomaban sobre sí el trabajo y responsabilidad del cargo, por servir al público, sino para sacar, especulando como la desgracia, la Mayor utilidad posible de la grangería que se les daba en arrendamiento; consistían sus productos en los derechos de carcelage y aposentos de pago; pero como estos no podían bastar para el de la renta y la ganancia que el arrendador se había propuesto, se habían ido aumentando de tal modo las esacciones, que en diferentes conceptos se hacían á los presos, que á no haberlo visto, parecería imposible creer los innumerables abusos que existían (...), que cortó la Sociedad desde que redimidas las alcaldías se desempeñó este cargo por personas nombradas a propuesta suya». Cfr. MADUZ, P.: *Diccionario Geográfico-Estadístico-Histórico de España y sus posesiones de ultramar*. Tomo X, Madrid, 1847, p. 894. Respecto a las ganancias del arre-

Esa relativa protección, si no en la práctica, habría pervivido en el sentido legal, encontrando su más decidida expresión, por definitiva de la prisión preventiva, en la reseñable Real Pragmática de Carlos III de 1788 (Cédula de 15 de mayo), dirigida específicamente a «Corregidores y demás Justicias», estableciendo que éstos «cuidarán de que los presos sean bien tratados en las cárceles, cuyo objeto es solamente la custodia, y no la aflicción de los reos; no siendo justo que ningún ciudadano sea castigado antes de que se le pruebe el delito legítimamente. Tendrán pues, muy particular cuidado de que los dichos presos no sean vejados por los Alcaldes de las cárceles y demás dependientes de ellas con malos é injustos tratamientos, ni con exacciones indebidas; á cuyo fin les prohibirán con todo rigor que reciban dádivas de los presos, ni exijan de ellos mas derechos que los que se les deban por arancel, el cual les obligarán á que le tengan patente en la misma cárcel, en paraje adonde todos le puedan ver» (107). Norma complementaria e implementadora de disposiciones previas, vistos sus destinatarios, elevaba la responsabilidad en el cumplimiento de la precaución legal respecto de aquellas conocidas y abusivas prácticas carcelarias, en el intento de suplir el vacío de control inmediato sobre los responsables directos de los presos, que perseveraban en su desatención de los preceptos normativos al respecto. Del mismo modo, la atención legislativo-penal, precodificadora, iba a encontrar su plasmación en el, un año anterior, Plan de Código criminal de 1787, que en su Parte primera referida a los delitos y sus penas y, específicamente, en el Título III intitulado «De los delitos contra el orden público», recogía entre los mismos conductas delictivas como las de «tratar los subalternos con rigor a los reos, para que rediman la vejación con dinero», o «maltratar a los presos en la Cárcel» (108). Reite-

---

datario en la Cárcel de Corte en el período de 1843 a 1847 nos señala Currea que «la renta de la cárcel se calculaba en 39.000 reales de vellón por año, arrojando en el quinquenio indicado un saldo a favor de su arrendatario de 70.000 que, (...) suponía una ganancia ciertamente abusiva si consideramos el reducido contingente de aquella prisión, extremo que se agrava al tener en cuenta que estos ingresos son los que se anotaron en los libros de carácter oficial que nos ha legado el tiempo, por lo que suponemos que las ganancias reales fueron mucho Mayores». Vid. CURREA CRESPO, V.: «1634-1850: La Cárcel de Corte», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*. Núm. 25, abril, 1947, p. 52; en el mismo sentido, respecto las cárceles madrileñas, Julio de Ramón Laca citaba los aranceles fijados para los alcaldes en 1732 y 1744, conforme a los cuales cobraban «la asignación de los presos a determinados lugares de la prisión o las propinas de “quitar los grillos”, la de llevar cada noche la cama...». Vid. DE RAMÓN LACA, J.: *Las Viejas Cárceles Madrileñas (siglos xv a xix)*. Madrid, 1973, pp. 23 y 24.

(107) Vid. Novísima Recopilación Libro XII, Tít. XXXVIII, ley 25.<sup>a</sup>

(108) Vid., al respecto de esta iniciativa legislativo-penal, CASABÓ RUIZ, J. R.: «Los orígenes de la codificación penal en España: El plan de Código criminal

rada tal consideración, permanecería tal prevención, asentando el principio, aún en la Constitución de 1812, cuando en su cimero artículo 297 se establecía: «se dispondrán las cárceles de manera que sirvan para asegurar y no para molestar á los presos: asi el alcaide tendrá á estos en buena custodia, y separados los que el juez mande tener sin comunicación; pero nunca en calabozos subterráneos ni mal sanos».

El término Alcaide (109) que, como señalaran Cadalso (110), Bernaldo de Quirós (111), Zapatero Sagrado (112) o, más recientemente, Burillo Albacete (113), deriva de la primera designación del «noble que tenía a su cargo un alcázar o fortaleza bajo juramento de «homenaje», y en un sentido más amplio, al que ejercía funciones de mando», alcanza verdadera naturaleza en el ejercicio de la dirección y gestión de la cárcel y ello hasta que con la creación del Cuerpo de establecimientos penales, en 1881, se suprimieron las alcaldías, quedando supérstite únicamente la de la cárcel de Zaragoza hasta 1911. Salillas había resaltado al respecto el deterioro de una institución que, «por oficio enajenado de la Corona, ó por arriendo, más interés tuvo en aumentar el rédito al capital, que en cumplir lo importante de su misión» (114).

---

de 1787», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXII, Fascículo II, Mayo-Agosto, 1969, p. 335.

(109) Denominación la de Alcaide que, como recuerda Cadalso, surge por primera vez legislativamente empleada por los Reyes Católicos en una Pragmática de 1515. Vid. CADALSO, F.: *Instituciones penitenciarias... op. cit.*, p. 156; y pervivirá, aun desprestigiada, en las cárceles de Madrid hasta el Reglamento de 1874, que la sustituye por el término «Jefe de la cárcel», siguiendo el mejor criterio de la Comisión redactora del proyecto de reglamento (José Teresa García, Tomás Aranguren y Juan Miguel Martínez), y estableciendo las condiciones de la persona para el desempeño de dicho cargo. Vid. Reglamento para las cárceles de Madrid. Madrid, 1874, artículos 78 y 80-90, pp. 6 y 49-54. En ese tránsito histórico, afirmaba Bernaldo de Quirós que la palabra torna incluso a la de «alcalde» que «literalmente podría traducirse por “gobernador”, es decir, en nuestro caso gobernador, ya sea de un pueblo entero, de un lugar, o ya de una fortaleza, o finalmente, de una cárcel». Cfr. BERNALDO DE QUIRÓS, C.: *Lecciones de... op. cit.*, p. 276.

(110) Vid. CADALSO, F.: *Diccionario de Legislación... I*, 1916, *op. cit.*, p. 65.

(111) Vid. BERNALDO DE QUIRÓS, C.: *Lecciones de..., op. cit.*, pp. 275 y ss.

(112) Vid. ZAPATERO SAGRADO, R.: «Los presidios, las cárceles...», *op. cit.*, p. 532, nota.

(113) Cfr. BURILLO ALBACETE, F. J.: *El nacimiento..., op. cit.*, p. 63; el mismo: «Las cárceles del partido judicial, (1834-1854)», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LIV, 2001 (2003), p. 329.

(114) Cfr. SALILLAS, R.: *La vida penal..., op. cit.*, p. 384. La magnífica descripción que realiza el autor del ilegal comercio instituido en la cárcel permite, una vez más, su transcripción: «Entre homicidas, ladrones y delincuentes de todas clases, se constituye en la cárcel una sociedad de derecho y se establece más firmemente que ningún otro el derecho de propiedad. Cada uno aprovecha sus aptitudes y sus facultades».

La enajenación real de las Alcaldías, como otros tantos cargos públicos que se ofrecían al interés privado (115), trajeron por lo común el posterior arriendo de la plaza por parte de los propietarios particulares pues, como también señalara Cadalso, «el interés mayor de los arrendatarios era la explotación de oficio sin reparar en medios con los de obtener el mayor provecho» (116). Desde ahí derivó y amparó la lógica del sistema cuando expresaba que «los alcaides más que funcionarios eran domésticos de los que los nombraban ó alguaciles de alcaldes mayores, corregidores, merinos y Chancillerías, sin sueldo en uno ni en otro caso» (117); así como ofrecía la justificación de que «cobrasen los derechos fijados en su arancel, hecho éste por las autoridades judiciales y administrativas superiores...» (118). El filtro legal al exceso en aquellas responsabilidades de los Alcaides se advierte reiterativo en numerosas disposiciones decimonónicas dictadas para cortar los males que las enajenaciones producían y hacer reversibles a la Corona, mediante el derecho de tanteo tales oficios (119). Será, por

---

des para establecer una propiedad comercial (hablamos de ese comercio abusivo), o una propiedad autoritaria, y entre esta última la más autoritaria de todas, la del alcaide, que compró su oficio y se dedica a explotarlo. El alcaide compra á la Corona, que es la que enajena, y vende al preso; el preso compra al alcaide, que compró para enajenar, y vende á los otros presos; y éstos, mientras quede algo aprovechable, siguen enajenando y vendiendo (...). El puesto de alcaide es una sultanía, y cada función secundaria un gobierno que explota, y así el comercio del robo circula para enriquecer la gran arteria de la autoridad». Cfr. *Últ. op. cit.*, p. 161.

(115) En palabras de Cadalso, «constituían tales actos de enajenación las últimas manifestaciones del régimen patrimonial de los monarcas absolutos. Restringida primero y suprimida más tarde la facultad de los reyes de ceder ó enajenar territorios, se adoptó el procedimiento de adjudicar oficios y empleos á particulares, en perjuicio de la potestad y de las funciones integrales del Estado (...). En este caso se encontraban las alcaldías o jefaturas de cárceles, y á ello era debida principalmente la deplorable situación en que los establecimientos se hallaban». Cfr. CADALSO, F.: *Diccionario de Legislación... III*, 1907, *op. cit.*, p. 128.

(116) Cfr. CADALSO, F.: *Instituciones penitenciarias... op. cit.*, pp. 177 y ss. El mismo autor llegaba a comparar la cotización más actual de los valores públicos a la cotización de las alcaldías, adjudicándose al mejor postor. *Id.*, el mismo: *Suplemento al Diccionario de Legislación Penal procesal y de prisiones*. Madrid, 1908, p. 113.

(117) Cfr. CADALSO, F.: *Suplemento al Diccionario... op. cit.*, p. 112.

(118) Cfr. CADALSO, F.: *Op. y últ. loc. cit.*

(119) La Real Cédula de 11 de noviembre de 1814 declaraba tanteable el oficio de Alcaide de cárceles, como comprendido entre los oficios enajenados de la Corona. De igual modo, la Real Cédula de 13 de noviembre de 1817, dispuso que los Alcaides de cárceles dueños de oficios enajenados de la Corona, pudieran durante tres meses obtener Real Cédula para que no se les tantearan durante su vida, suspendiéndose los efectos de esta Real Cédula por Real Orden de 10 de febrero de 1818. Es de resaltar la extensa y trascendente Real Orden de 9 de junio de 1838, por el reconocimiento explícito institucional que encierra, según la cual se pretendía evitar

ello, la inicial preocupación de los gobernantes, según Salillas, «al fijar su atención en la reforma penitenciaria», la de «suprimir el arancel declarándolo ilegal» (120).

En la disección de la normativa histórica, entre las disposiciones de relevancia destinadas al arreglo y reforma de las cárceles, prevalecen así, desde un primer momento, las más específicas relativas a la regulación del carcelaje y las posibilidades arancelarias. A ello se unirán, paralelamente, las referidas a la clasificación interior y mejora de los establecimientos. De entre las primeras, cabe destacarse la particular sobre los carcelajes debidos que aparece ya en la Ley IV, del Título IV, Libro VII del Fuero Juzgo, bajo la rúbrica «De lo que deven tomar los guardadores de los omnes que guardan» (121). La doble posibilidad que recoge la norma, de la inocencia o culpabilidad del preso, se corresponde con la exigencia o no del pago del carcelaje. Posteriores en el tiempo perviven las que la Novísima Recopilación recoge, especialmente entre las leyes del Título XXXVIII de su Libro XII, algunas de ellas refundición o reconsideración de preceptos anteriores, que respetan el sistema de los aranceles y derechos de

---

«el servicio que suele hacerse de las Alcaldías por propietarios o 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. Para evitarlo y establecer de una vez un sistema fijo, que al mismo tiempo que proporcione los medios de existencia a los presos, reporte las ventajas de un régimen bueno y constantemente seguido (...), se procederá por los Ayuntamientos, previa la aprobación de las Diputaciones provinciales, á introducir las demandas de tanteos de alcaldías de cárceles». En el mismo sentido se dictaba la cercana Real Orden de 12 de enero de 1839, determinando en qué forma y con qué fondos habían de interponer los Ayuntamientos las demandas de tanteo de alcaldías enajenadas. De «Alcaldías enajenadas» se daba noticia aún en la Memoria de 1841 de la Sociedad para la Mejora del Sistema Carcelario, constituida el 2 de enero de 1840 y que resolvería el problema al respecto. Por Real Orden de 26 de enero de 1840 se había mandado que cesaran en sus cargos los alcaldes propietarios y los tenientes nombrados por éstos, determinando el modo de sustituirlos e indemnizarlos. Francisco Lastres hizo referencia a esta Real Orden aludiendo a los esfuerzos de la Sociedad Filantrópica de Madrid y a la Comisión de Cárceles, recordando aquellas cárceles que «como propiedad particular eran origen de abusos innumerables, porque el dueño, del oficio, por sí, o por arrendatarios procuraba como era natural, sacar el Mayor rendimiento de su propiedad, estado de cosas insoportable que impedía toda reforma y la organización del personal». Cfr. LASTRES, F: *Estudios Penitenciarios...*, *op. cit.*, p. 15; *vid.*, asimismo, LLORENTE y GARCÍA, A.: «La cárcel y sus vicisitudes en Madrid y hasta 1876». En *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*. Núm. 44, noviembre, 1948, p. 47.

(120) Cfr. SALILLAS, R.: *La vida penal...*, *op. cit.*, p. 385.

(121) *Vid.*, *supra*, citada en nota.

carcelaje no obstante amparar a los presos pobres, eximiéndoles del exceso, del pago de tan desiguales cuantías (122).

Del mismo modo garantista se actuó legislativamente en lo relati-

---

(122) Así, se recogía específicamente para los presos pobres (*vid.*, asimismo lo recogido al respecto en nota *supra*), en las Leyes 20.<sup>a</sup>, 21.<sup>a</sup>, 22.<sup>a</sup>, 23.<sup>a</sup> y 25.<sup>a</sup>, e igualmente, en los artículos 184 y 187 de las Ordenanzas de las Audiencias de 20 de diciembre de 1835, sobre visitas de cárceles y obligaciones de los Alcaldes, y en el artículo 180 de las Ordenanzas de 22 de agosto de 1877. En la normativa carcelaria genérica al respecto, si bien las Leyes 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> del mismo Título XXXVIII son referidas a la figura del Alcaide y a los requisitos y procedimiento de inicio en el cargo, la 3.<sup>a</sup> ya introduce principios de clasificación o separación para los preventivos y entre sexos. La Ley 4.<sup>a</sup>, supone el primer ejemplo de control de los probables abusos propios del sistema de aranceles, conforme a las exigencias de pago por condiciones higiénicas, regulando la prohibición de carcelaje para determinados reos, oficiales, estableciendo asimismo que el destino de las exacciones ha de ser el beneficio de los propios reos y no el de la hacienda carcelaria, regulando el procedimiento de limosnas y la posterior gestión de las mismas. Es la Ley 5.<sup>a</sup>, la primera específicamente reguladora de los aranceles de los derechos de los Alcaldes en lo relativo a su exhibición y conocimiento públicos, y la proporcionalidad exigida en la aplicación de los mismos. Así, se eleva la responsabilidad del control de la actividad de los Alcaldes a los Alcaldes y se aplica a éstos la responsabilidad por el incumplimiento de lo debido. En este sentido se afirma: «Y mandamos a los Alcaldes, que no lleven mas derechos de lo en el arancel contenido, so las penas en él puestas; y que los Alcaldes les compelan y apremien á ello, so pena de cinco reales por cada vez que los no pusieren, los cuales sean para los pobres de la cárcel». La Ley 6.<sup>a</sup>, relativa a la responsabilidad de los Alcaldes, incluida la pecuniaria derivada en favor de los presos pobres, y a las prohibiciones de que eran objeto, establecía que el Alcaide carcelero y los guardas de los presos no habían de actuar arbitrariamente, ni «tomar dádivas de dineros, ni presentes, ni joyas, ni viandas, ni otras cosas algunas de las personas que estuvieren presas en las cárceles de nuestras Audiencias; ni les apremien en las prisiones mas de lo que deben; ni los suelten sin mandato de los Alcaldes», y si contravinieren ello «lo paguen con el dos tanto». Asimismo se exigía la protección de cualquier daño o deshonra que pudieran sufrir los presos por parte de otros de su condición, respondiendo el Alcaide que lo consintiere con la privación de su oficio y el preso que lo llevara a cabo con el pago de un real para los pobres de la cárcel. La Ley 7.<sup>a</sup> ordena que «en las cárceles de las Chancillerías no se consienta á los presos juegos de dados y naipes, y sus Alcaldes lo observen con lo demás prevenido en esta ley». La norma está dirigida a los Presidentes y Oidores de las Chancillerías, mandando tengan especial cuidado de proveer que en las cárceles no tengan lugar esas situaciones prohibiendo, asimismo a los Alcaldes la venta de vino a los presos, así como el establecimiento de carcelajes para los muchachos prendidos por jugar, responsabilizándoles de ello, incluso con la pena del tanto al cuádruplo, si aplicaran derechos a los presos pobres. La Ley 8.<sup>a</sup> prohíbe la arbitrariedad del Alcaide de permitir dormir en sus casas a los presos o la de vender alimentos a los mismos, mientras que la Ley 10.<sup>a</sup> introduce una regulación exhaustiva al efecto proscribiendo el carcelaje y responsabilizando a los Alcaldes, y así proscribire «la toma de dones, ni viandas ni otras cosas algunas de los hombres presos; ni apremien los tales presos en las prisiones mas de lo que deben; ni les den malas prisiones, ni tormento ni otro daño por mal querencia, y los despachar; ni les den solturas, ni alivios de las prisiones que les fueren puestas por mandato de los

vo a las cárceles de Indias (123), según se desprende de la Novísima Recopilación de las Leyes de Indias (procedente del reinado de Carlos II), especialmente en lo que respecta al Tomo II, Libro 7.º y Título 6.º, leyes 4.ª a 12.ª y 15.ª a 21.ª de la misma. Así se advierten ejemplos descriptivos en la fiscalización del desempeño de la labor del Alcaide y carceleros estableciendo su responsabilidad al respecto, usualmente pecuniaria o incluso personal, correlativa a la prevista para el fugado en los supuestos de error en la custodia (leyes 4.ª a 8.ª y 11.ª y 12.ª). En este sentido, a semejanza de las normativas peninsulares, no dejaba de expresarse en las leyes del citado Título la prohibición de derechos de carcelaje a los presos pobres e indios y la limitación de cualesquiera posibilidades de abuso por parte de los Alcaldes.

Las diferencias de trato carcelario se acentuarían, no obstante, en una constante histórica, entre los órdenes militar y civil. El interés real se transparentaba en esta materia favoreciendo al estamento castrense, protagonista de la ejecución penal en sus diversas variantes. Como ha puesto de manifiesto Castejón o, más recientemente, García Valdés (124), un claro ejemplo, de tal mayor consideración regia hacia los presos militares, en las mismas épocas, se advierte en el efecto protector [exceptuándose las exacciones a los presos por delitos de desafuero y, en estos supuestos, nunca de su haber militar (125)], que se deriva de la Real Orden de 17 de marzo de 1775 (126) o de la Real Orden de 21 de mayo de 1828, «previniendo que á los militares presos no se les cobre derechos de carcelaje, grillos, etc». La menor gravedad de los delitos de deserción que se les imputaba a tales reclusos, que habían sido trasladados a las cárceles públicas «por falta

---

Alcaldes; ni los suelten sin mandato de los Alcaldes y Justicias; y no lleven dellos mas del carcelaje cuando los soltaren; so pena que si alguno de los susodichos fuere contra lo susodicho, y cada una cosa dello, pierda el oficio, y no pueda haber otro» (...), «y los hombres de los Alguaciles que prendieren sin mandato de los Alcaldes, ó tomaren ó llevaren de los presos alguna cosa contra derecho, que lo tornen doblado, y paguen, en enmienda de la deshonra que dieron al preso por prenderle, un año de prisión en la cárcel; y si no tuvieren de pagar la pena, que les den cincuenta azotes á cada uno». Vid. Novísima Recopilación. Libro XII. Tít. XXXVIII.

(123) Vid., al respecto, LASALA NAVARRO, G.: «La cárcel en nuestras posesiones de Indias», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 7, octubre, 1945, pp. 31 y ss.

(124) Vid., al respecto, CASTEJÓN, F.: *La Legislación Penitenciaria... op. cit.*, p. 429; GARCÍA VALDÉS, C.: «Derecho penitenciario militar: una aproximación histórica», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXIX, Fascículo III, septiembre-diciembre, 1986, p. 796.

(125) Vid., lo dispuesto al respecto por la Real Orden de 10 de octubre de 1829, haciendo «extensiva á todas las clases de la milicia la Real orden de 17 de marzo de 1775 (...)».

(126) Recogida en Nota a la Ley 19 del Título XXXVIII, Libro XII de la Novísima Recopilación. Vid. DIRECCIÓN GENERAL DE ESTABLECIMIENTOS PENALES: *Colección Legislativa de Cárceles*. Madrid, 1860, p. 54.

de local proporcionado en los cuarteles», denotaba un claro trato deferenzial con relación al resto de los presos, eximiéndoles de pagar «sólo los derechos de carcelaje, sino también de la contribución ó redención de los grillos, los que no deben ser puestos por los alcaides á los militares, ni en otro rigor, seguridad ó encierro, más que el común ordinario, si no es cuando los jueces lo determinen o prevengan».

En el ámbito civil carcelario, entrado el siglo XIX, todavía se advierten preceptos reguladores de las dinámicas dinerarias propias del pasado, si bien reduciéndose progresivamente los conceptos de pago del interior de los establecimientos. Así, las Ordenanzas de las Audiencias de 20 de diciembre del mismo año de 1835, relativas a las visitas de Cárceles y obligaciones de los Alcaides, empezaban a filtrar conductas ya desvaloradas como la denominada bienvenida y disponían, en su artículo 181, que el Alcaide «no permitirá que á ningun preso se le haga vejacion alguna en la cárcel, ni que á los que entraren nuevamente se les exija alguna cosa». Vigentes no obstante los aranceles, salvo para los presos manifiestamente pobres, el garantista número 184 del mismo Capítulo XI disponía que los Alcaides habrían de tener «siempre puesto el arancel de sus derechos en sitio donde todos lo puedan leer, y nunca llevarán mas de los que en él se prescriban; debiendo ser muy estrechamente responsables si se excedieren en esto, ó por algún medio indirecto estafaren á los presos, ó toleraren que lo haga algún dependiente de la cárcel. A los pobres de solemnidad no se les exigirán derechos algunos». Se prohibía, asimismo, a los Alcaides la admisión de dádivas, ni regalos en virtud del artículo 185, o la exigencia de cosa alguna por permitir entrar comida o ropa a los presos en el artículo 186. En último término, respecto del control de las exacciones, el artículo 187 disponía la imposibilidad de detención de los presos por el impago de los derechos decretada su soltura o salida (127).

La dinámica del carcelaje parece aminorarse y empieza a desaparecer, desde la perspectiva de Castejón (128), con la prohibición reglamentaria de mediados del siglo XIX. El artículo 80 del Capítulo XVIII del Reglamento para las Cárceles de las Capitales de Provincia, promulgado por Real Decreto de 25 de agosto de 1847, circulado por Real Orden de 7 de septiembre siguiente y urgido y firmado por el Ministro de la Gobernación Antonio Benavides, supone un punto de inflexión en esta materia, al terminar por prohibir

---

(127) El precepto citado, de doble configuración, establecía: «A ningun preso le impedirán la comunicacion regular sin especial orden del Juez respectivo; ni á ninguno cuya soltura o salida se haya decretado le detendrán en la cárcel porque no haya pagado los derechos, los cuales deberán repetirse contra sus bienes».

(128) Vid. CASTEJÓN, F.: *La Legislación Penitenciaria...*, op. cit., p. 232.

el cobro de toda clase de derechos o impuestos carcelarios, «ya sean los que se cobran por alquiler de habitaciones y los conocidos con el nombre de entrepueñas, de grillos y demas de su clase, ya sean los que acostumbran á exigir los presos á los nuevos encarcelados con la denominación de entrada ó de bienvenida». El tamiz de conductas y prácticas viciadas se encuentra en el catálogo de prohibiciones de los artículos 76 a 81 (129) que, integrando las Disposiciones generales de la norma del Capítulo XVIII, recogían en determinadas cuestiones el testigo de muy anteriores y dispersos preceptos, disponiendo el tardío aunque urgente cambio, reformador en esta materia. Se proscribían así dichas prácticas casi definitivamente, aun debiendo reiterarse tales disposiciones en varios cuerpos normativos posteriores.

La Ley de Prisiones de 1849 supuso «la consecuencia trascendental», que resalta García Valdés, «de confirmar un hecho: la separación de los establecimientos penales en dos áreas: la de las prisiones civiles y la de las militares, aquéllas dependientes del Ministerio de la Gobernación y éstas del de la Guerra. El de Marina seguía, inalterable, con la competencia de los presidios navales» (130). Se muestra en cualquier caso como la primera normativa que modifica los caracteres tradicionales de la cárcel. En virtud de esta disposición se creaban los depósitos municipales para cumplir el arresto menor y guardar a los procesados mientras se les trasladaba a las Cárceles de Partido. De igual modo, destina estas Cárceles a las que denomina «de Audiencia» para la reclusión de procesados o presos pendientes de causa, así como al cumplimiento de las penas de arresto mayor.

En relación con la dinámica de censura apuntalada en la legislación de 1847, todavía la Ley de Prisiones de 1849 prescribía entre los deberes de los Alcaldes el de no recibir dádivas de los presos ni retri-

---

(129) El Real Decreto de 25 de agosto de 1847 se refería a «lo urgente que es hacer algunas reformas importantes, tanto en las cárceles de Madrid como en las que se hallan establecida en las demás capitales de provincia», prescribiendo los citados artículos: Artículo 76. Queda prohibido que los empleados y dependientes compren, cambien, vendan ó alquilen ningún efecto á los encarcelados. Artículo 77. Igualmente se prohíbe que los empleados y dependientes hagan trabajar á los presos en cosas de su uso ó servicio particular. Artículo 78. Se prohíbe también la existencia de cantinas, y que los empleados y dependientes faciliten á los presos ningún género de bebidas o alimentos. Artículo 79. Se prohíbe del mismo modo que los encarcelados vendan o cambien entre sí su ración ni la ropa necesaria para su uso. Artículo 81. Finalmente se prohíbe que los empleados y dependientes admitan de los presos, ni de sus parientes y amigos, ninguna especie de gratificación, presente ni recompensa, bajo pretexto alguno.

(130) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: *Del presidio a la prisión modular*. 2.<sup>a</sup> ed. Madrid, 1998, p. 19.

bución alguna que la que les pudiera corresponder legalmente, incluidos los derechos de arancel (artículo 21 del Título IV). En el mismo sentido se dispuso en el artículo 257 del Reglamento para las cárceles de Madrid de 22 de enero de 1874 (131). La misma prohibición de recibir dádivas se mantiene en tales términos hasta finales de siglo, pues todavía en los artículos 93 y 101 (132) del Reglamento de 1894, definitivo para la cárcel celular de Madrid, se contemplaba tal medida de control. Del mismo modo, tal cuerpo reglamentario venía a regular en su artículo 98 del Capítulo XI, entre las disposiciones comunes a todos los empleados de la prisión, la prohibición de cualquier práctica cercana a los antiguos derechos de carcelaje en estos términos: «Se prohíbe que los empleados y dependientes compren pan ó rancho, cambien, empeñen, vendan ó alquilen ningún efecto á los encarcelados». De igual forma, el Reglamento de 16 de julio de 1904, provisional para la prisión celular de Barcelona, establecía en sus artículos 72 y 73 similares prohibiciones.

En última instancia, al margen de cualesquiera delitos de cohecho (133), en el articulado del Real Decreto de 5 de mayo de 1913, en el artículo 82, del Capítulo VII del Título I, se disponían las más aproximadas procripciones al respecto. Así, en lo relativo a las faltas menos graves, de entre las que pudieran cometer los funcionarios en el ejercicio de su cargo, se encontraba la de contraer deudas con los reclusos y cualquier otro trato ilícito con éstos. Y entre las graves, recibir remuneración, dádiva o promesa por sus servicios; aquellos que afecten á la probidad del empleado sin llegar á constituir delito.

#### IV. LAS VISITAS A CÁRCELES

No cabe duda que la noticia doliente procedente de la cárcel es la que exhorta al legislador a definir el uso de los modos de encierro y sus garantías de control. De ahí que la posibilidad de fiscalización externa de la actividad carcelaria y presidial sea otro de los signos

---

(131) El precepto 257 aludido establecía: «Los Vigilantes no podrán, bajo ningún pretexto, exigir cantidad alguna á la entrada y salida de los presos, ni tampoco durante su estancia, y por consiguiente no permitirán que otros se abroguen el más leve derecho de exacción sobre los mismos».

(132) A modo de ejemplo, el artículo 101 citado no ofrecía dudas al disponer: «Los empleados bajo su más estricta responsabilidad, no admitirán de los presos y penados, ni de sus parientes ó amigos, ninguna dádiva ni gratificación, sea en la forma que fuere, ni bajo pretexto alguno».

(133) Respecto del cohecho, quedaba la persecución de los delitos definidos en los artículos 396, 397 y 398 del Código penal de 1870.

asociados al contenido humanitario advertido en el propósito institucional y en la normativa penitenciaria (134), por cuanto hubiera servido para denunciar e inhabilitar aquellas prácticas abusivas o hábitos corruptos, contrarios en todo caso a las previsiones legales desde antaño. Ésa es la función y la mecánica que diera respuesta a la crucial y trascendente cuestión *¿quis custodiet ipsos custodes?* que, por ello mismo, en variadas formas, ha llegado hasta nuestros días y se integra en normativas de referencia como las Normas Mínimas de Ginebra, o las más actuales Reglas Penitenciarias Europeas (135).

Se configuraron así estas visitas a los lugares de encierro como un medio garantista, sensible al desamparo y, por ello mismo, medida objeto de necesaria, constante y detenida regulación, con anterioridad y, especialmente, durante gran parte del siglo XIX, conformando, al fin, el más claro precedente al control judicial de la reclusión preventiva y, por ende, a la vigilancia judicial penitenciaria. La reiteración normativa y la constancia en los requerimientos legales delatan, en cualquier caso, una actividad inefectiva. Seleccionado un punto de partida, una profusa normativa (136) en este sentido se contempla ya desde la Novísima Recopilación (137), si bien referida en mayor me-

---

(134) La extensa normativa relativa a las visitas a presidios puede verse, de modo sumario, en SANZ DELGADO, E.: *El humanitarismo...*, *op. cit.*, pp. 143 ss.

(135) *Vid.* BUENO ARÚS, F.: «El Consejo de Europa...», *op. cit.*, pp. 1050 y ss.

(136) Así lo contemplaba Federico Castejón: «Puede decirse que en los primeros años del siglo pasado (léase siglo XIX), toda la legislación relativa á los condenados giraba sobre dos motivos: las visitas de cárceles y los indultos y amnistías». Cfr. CASTEJÓN, F.: *La Legislación Penitenciaria...*, *op. cit.*, p. 48.

(137) Las primeras referencias legislativas de interés se encuentran así en el citado Cuerpo legal en su Libro XII, Título XXXVIII, y en la nota 1.<sup>a</sup> a la ley 15 y, más ampliamente, en las primeras 13 leyes pertenecientes al Título XXXIX del mismo Libro. La primera citada, de índole asegurativo-funcional, incorporada por Auto acordado por el Consejo de 8 de febrero de 1695, añadida a las obligaciones para los Corregidores y Justicias de tasar los derechos de camas y luz de las cárceles, se disponía despachar provisión para que los Corregidores y Justicias del Reino cumplieran la obligación de sus oficios «reconociendo las cárceles por sus personas; y hallando no estar reparadas, y con la seguridad necesaria, hagan se reparen y aderecen de suerte que estén como deben para la seguridad de los presos, visitándolos frecuentemente, para reconocer si tienen las prisiones y guarda necesaria (...)». Las restantes leyes en esa línea, del título XXXIX, abundan en esta materia, disponiendo la primera, promulgada en 1480 por los Reyes Católicos y en 1554 por el Príncipe Don Felipe, la «visita de cárceles que deben hacer dos del Consejo en los sábados de cada semana». El exigido cometido consistía en «entender y ver los procesos de los presos que en ellas penden, así civiles como criminales, juntamente con nuestros Alcaldes; y sepan la razón de todos ellos, y hagan justicia brevemente, y se informen particularmente del tratamiento que se hace á los presos; y no den lugar que en su presencia sean maltratados por los Alcaldes (...)». Como nota de ampliación a esta misma materia, por Auto del Consejo de 20 de junio de 1574 se disponía que los anteriormente

cida al entorno procesal carcelario y a los procedimientos exigibles a Corregidores y Justicias, ministros del Consejo, Oidores de la Chancillería, Adelantados y otras Autoridades, incorporando incluso responsabilidades pecuniarias para los supuestos de falta de diligencia

citados también fueran los sábados de vacaciones. La segunda de las leyes del Título XXXIX, promulgada en 1518 por Carlos I, y por Pragmática de Doña Juana de Castilla, dispuso la obligación de los Alcaldes de Corte de dar razón de los presos y sus causas a los dos ministros del Consejo en sus visitas a las cárceles, y más concretamente dando «cuenta y razón por memorial de los presos que en la dicha cárcel estuvieren toda aquella semana de la visitación pasada, y las causas por qué fueron presos, y de las sentencias que contra ellos dieron, y las causas por qué les soltaron; y todo lo que á los del nuestro Consejo les pareciere ser necesario y cumplidero de se informar». La más específica ley tercera, promulgada en 1575 por Felipe II, y en 1677 y 1678 por Carlos II, restaba competencia al Consejo, facultando a los Jueces para lo relativo a los presos por causa de caza y pesca, y en este sentido prescribía que «en las visitas de cárcel que hicieren los del Consejo, no se provea acerca de los presos por causa de caza y pesca en bosques Reales». No obstante, por auto del Consejo en la visita general de cárceles de 24 de diciembre de 1757 se acordó que en lo sucesivo se visitaran todas las causas de reos que se hallaran encerrados y pidieren visita. La ley cuarta, promulgada en 1786 por Carlos III, venía a regular el cometido y «facultades del Consejo en las visitas de cárcel, con limitación a los casos que se expresan». Entre tales limitaciones el Consejo no debía introducirse «en lo principal de los procesos contra las leyes, ni en los recursos ordinarios, y en perjuicio de los derechos de tercero» sino que debía principalmente «ceñirse á remediar la detención de las causas, los excesos de los subalternos, y los abusos del trato de los reos en las cárceles (...)». En relación con estas competencias, se dictarían los autos de la Sala plena de 25 de enero de 1794 y 3 de abril de 1797, mandando el primero citado que el Consejo, respecto de sus visitas particulares de presos que había de celebrar semanalmente, hiciere presentes sus determinaciones a la Sala el primer día de tribunal siguiente a dicha visita, y el segundo Auto que en las visitas generales como en las particulares se permitiera a los reos rematados su presentación, siempre que la pidieran, sin traer los procesos a sus causas. Asimismo, la responsabilidad ante la menor diligencia se extendía a los Escribanos cuando «por otro acuerdo del Consejo en visita particular de 1.º de febrero de 1799, se mandó que los Escribanos oficiales de Sala que escriban causas de presos, aunque estos no pidan visita, y aquellas se hallen en estado de sumario ó plenario, concurran al acto de la visita particular de la cárcel de Corte, pena de cincuenta ducados de multa de irremisible exacción, aplicada para los dichos pobres presos». En la ley quinta, promulgada en 1797 por Carlos IV, se habían establecido los días más adecuados y el «modo de practicar la visita ordinaria de las cárceles de la Corte», «ejecutándose por las mañanas los sábados ó día antecedente, si fuesen feriados», acompañando dos alguaciles de Corte a los dos ministros del Consejo. La sexta ley, promulgada en 1489 por los Reyes Católicos y en 1525 y 1554 por Carlos I y Doña Juana de Castilla, de orden procedimental, mandaba que el sábado de cada semana fueran los Oidores «como los repartiere el Presidente», de manera que todos sirvieran, «á visitar las cárceles y los presos de ellas, así de la cárcel de la nuestra Corte y Chancillería como la de la ciudad ó villa do estuviere so cargo de sus consciencias; y que en la visitación estén presentes los Alcaldes y Alguaciles, y los Escribanos de las cárceles, porque si alguna queja dellos hobiere, se hallen presentes para dar razón de sí, y el Alguacil Mayor, y los Letrados de pobres, y Pro-

en aquellos cometidos. En todo caso, la extracción y transcripción de las principales normas en esta materia nos acerca al empeño legislativo y a la función institucional predicada.

---

curadores (...). La ley séptima, promulgada en 1515 por Fernando el Católico y Doña Juana de Castilla, y en 1534 y 1536 por la emperatriz Doña Isabel, establecía las formalidades que habían de observar los Oidores para las visitas de presos, incluyendo el horario, y el mandato de no ir un solo Oidor «á visitar contra la ordenanza: y que los dichos oidores ni alguno dellos ni sus mujeres, no rueguen á los alcaldes por soltura de presos, ni lo envíen a rogar á los dichos Alcaldes; y fecha la visita, visiten y vean los presos que estuvieren en las cárceles, aunque no hayn salido á se visitar; y si tienen camas en que duerman, y si les dan las limosnas que les traen; y de esto, y especialmente de los pobres presos, se tenga especial cuidado. Visiten asimismo á los presos por causas civiles, de negocios que penden ante los Alcaldes, y á los encarcelados que tengan la Corte por cárcel; y estén presentes los Escribanos de provincia, según la ley siguiente». Así la octava ley prescribía la obligación para los Escribanos de provincias que tuvieran pleitos civiles de presos en las cárceles de las Audiencias, o en la cárcel de la villa o ciudad, de concurrir a las visitas de los sábados so pena de cuatro reales, para los presos de la cárcel. La ley novena, promulgada en 1542 y 1554 por Carlos I, de carácter administrativo-organizativo disponía que hubiera un libro de asientos de presos en las cárceles «donde estén asentados todos los que hay presos en la cárcel al tiempo de la visita, para que por la órden del libro salgan á se visitar, y en el se asiente lo que de cada uno se acordare, y se sepan cuáles quedan presos, y cuáles sueltos». Asimismo, la responsabilidad por dejar de visitar los presos surgía para relatores o escribanos en estos términos: «mandamos que los dichos Corregidores y sus Tenientes no tengan voto para determinar la soltura ó no, pero que puedan informar. Y si por falta del proceso, Relator o Escribano, se dejare de visitar algun preso sean luego castigados, y provean de manera que no deje el preso de ser visitado». La décima ley, promulgada en 1565 por Felipe II, mandaba que «de lo que fuere proveido por los Oidores en la visita a las cárceles», no hubiera lugar auplicación sino que había de cumplirse y ejecutarse. Asimismo se disponía: «á la cual visita mandamos, que vaya á ambas cárceles un portero, y esté presente en ellas hasta que se acabe, so pena de un ducado para los pobres». La ley undécima, también promulgada el mismo año, pretendía evitar los daños ocasionados a los presos por las dilaciones consecuencia de la diversidad de votos entre los Oidores y Alcaldes en las visitas a las cárceles de las Chancillerías. La duodécima ley, promulgada en 1611 por Felipe III, y en 1639 por Felipe IV, establece que «cuando en la cárcel Real de nuestra Corte, ó en las de las Chancillerías y Audiencias de estos Reinos, hubiera algun condenado á galeras por sentencias de vista y revista, no pueda el Consejo ni los Oidores y Jueces de las dichas Chancillerías y Audiencias que visitan y visitaren las cárceles, conmutar la dicha pena de galeras en otras penas, ni quitársela ni darlos por libres en quebrantamiento del dicho juicio y sentencias de él. Y asimismo mandamos, que lo dispuesto cerca de que las nuestras Chancillerías y Audiencias no pudiesen visitar á ningun condenado á galeras no solo se entienda en los que lo estuvieren por sentencias de vista y revista de los Alcaldes de las dichas nuestras Audiencias, sino tambien en los condenados por cualesquiera otros Jueces ordinarios ó delegados». La ley decimotercera, promulgada en 1643 por Felipe IV, y en 1667 y 1670 por la Reina Gobernadora, dispuso que no se visitaran «las causas de los condenados á galeras y rematados á presidios, ni se indulten, ni conmuten sus condenas». El fundamento residía en los criterios de utilidad y necesidad expuestos en estos términos: «(...) siendo una parte

La motivación legislativa citada, suficientemente descriptiva, con prioridad se reproduce en las primeras de las normas decimonónicas de referencia que siguen. Así, la de interés, ante la indolente situación procesal en el ámbito castrense, pudiera citarse la Orden de las Cortes de 26 de enero de 1811, explicitando «las frecuentes reclamaciones que llegan á las Cortes generales y extraordinarias sobre la lentitud en la sustanciación y determinación de las causas criminales, han dado justo motivo á resolver, como han resuelto, que todos los Tribunales y Juzgados militares procedan inmediatamente á la visita de cuantos presos de su jurisdiccion existieren en las cárceles, castillos y cuarteles». Similar contexto se expone en el Decreto de las Cortes de 18 de febrero de 1811 que disponía «para precaver los males que afligen á los desgraciados reos en las cárceles y demas sitios de su custodia, y las causas que han influido é influyen á hacer mas triste y penosa su condicion contra el voto uniforme de la humanidad y las leyes, procedentes de las circunstancias y agitacion en que se han hallado las autoridades, de la multitud de privilegiadas que se han erigido por un efecto del desorden general, y de la delincuente conducta de algunas personas que usurpando á la magistratura uno de los derechos mas sagrados, han hecho prisiones arbitrarias sin formar autos, dar noticia á los jueces legítimos, ni tomar con los desventurados reos otras medidas que las de abandonarlos en la oscuridad de los encierros».

Se restablecían las visitas de cárceles por el Decreto citado de 18 de febrero, restituyéndose a las Audiencias el conocimiento de las causas de su competencia, y se regulaban tales visitas en los artículos segundo y tercero, que respectivamente prescribían: II: «Se observará puntualmente por las mismas Audiencias la ejecución de las visitas semanales de cárceles en los términos que las hacía la sala de Alcaldes de Corte»; y III: «El Consejo de Castilla hará en la ciudad de Cádiz las visitas que acostumbraba en Madrid por dos de sus Ministros en el modo y circunstancias que prescriben las leyes al intento desde los Reyes Católicos».

Poco más tarde, se vinieron a confirmar tales visitas por la Constitución de 19 de marzo de 1812 que, en lo relativo a las «circunstancias necesarias para poder proceder á la prision de un español, disposicion que deben tener las cárceles, y épocas en que se han de visitar», en su artículo 298, prescribía: «La ley determinará la frecuencia con

---

tan esencial en el servicio de las galeras de España que estén asistidas de la gente del Reino necesaria, reconociéndose el corto número de condenados á ellas, y que por esta causa están expuestas a quedar inavergables, faltando también la gente á los presidios, he resuelto se observen las órdenes antiguas, para que no se indulten por la Cámara los condenados á presidios y galeras (...)

que ha de hacerse la visita de cárceles, y no habrá preso alguno que deje de presentarse á ella bajo ningun pretexto». En relación a la Norma constitucional se había dictado el Decreto de 18 de marzo de 1812 prescribiendo las «solemnidades con que debe publicarse y jurarse la Constitución política en todos los pueblos de la Monarquía, y en los ejércitos y Armada: se manda hacer visitas de cárceles». En este sentido, el quinto apartado establecía que «al día siguiente de la publicación de la Constitución, así en esta ciudad como en todos los pueblos de la Monarquía, se hará una visita general de cárceles por los tribunales respectivos, y serán puestos en libertad todos los presos que lo estén por delitos que no merezcan pena corporal: como también cualesquiera otros reos, que apareciendo de su causa que no se les puede imponer pena de dicha clase, presten fianza con arreglo al artículo 296 de la Constitución».

Del mismo año, el Decreto de las Cortes de 9 de octubre vino a establecer el Reglamento de las Audiencias y Juzgados de primera instancia que disponía, en sus artículos 56 a 60, lo relativo a las visitas que debían hacer a las cárceles las Audiencias y los Jueces del fuero ordinario. En este sentido, se prescribía en el artículo 56 que las Audiencias, con asistencia del Regente y de todos sus Ministros y Fiscales harían anualmente en público visita general de cárceles en los días señalados en las leyes y el 24 de septiembre, «extendiéndola á cualesquiera sitios en que haya presos sujetos á la jurisdicción ordinaria; y del resultado de estas visitas remitirán inmediatamente certificación al Gobierno, para que este lo haga publicar y pueda tomar las providencias que corresponda en uso de sus facultades. En virtud del artículo 57, asistirían sin voto a estas visitas generales “interpolados con los Magistrados de la Audiencia después del que las presida, dos individuos de la Diputación provincial ó del Ayuntamiento del pueblo en que resida el Tribunal”». El número 58 añadía otra visita semanal de cárceles «cada sábado, asistiendo dos Ministros a quienes toque por turno con arreglo á las leyes y los dos Fiscales». El contenido y obligaciones propias de las visitas se especificaba en el subsiguiente artículo 59, que disponía: «En las visitas de una y otra clase se presentarán precisamente todos los presos, como dispone la Constitución; y los Magistrados, además del examen que se acostumbra hacer, reconocerán por sí mismos las habitaciones, y se informarán puntualmente del trato que se da á los encarcelados, del alimento y asistencia que reciben, y de si se les incomoda con más prisiones que las mandadas por el Juez, ó si se les tiene sin comunicación no estando así prevenido. Pero si en las cárceles públicas hallasen presos correspondientes á otra jurisdicción, se limitarán a examinar cómo se les trata, á remediar los abusos y defectos de los Alcaldes y á oficiar á los Jue-

ces respectivos sobre lo demas que adviertan». En fin, el garantista artículo 60 prescribía que siempre que un preso pidiera audiencia, habría de pasar «un Ministro de la Sala que entienda de su causa á oírle cuanto tenga que exponer, dando cuenta de ello á la Sala».

Del mismo día es el Decreto de las Cortes referido a la «Visita general de cárceles que deben hacer el Tribunal especial de Guerra y Marina y los demas Jefes militares». Contiene la norma una paralela descripción de funciones a llevar a cabo por el Tribunal especial de Guerra y Marina, con asistencia de todos sus Ministros y Fiscales, los Capitanes y Comandantes generales de los ejércitos y provincias, los Gobernadores y demas jefes que ejerzan jurisdicción militar, acompañados de los Auditores de Guerra ó Asesores, y de los Abogados fiscales de sus Juzgados, en la misma materia, en virtud de lo dispuesto por el artículo 298 de la Constitución, en lo relativo a la «visita general y pública de los castillos, cuarteles, cuerpos de guardia y cualesquiera otros sitios donde hubiera reos presos pertenecientes á su jurisdicción». También del mismo día, y con mecánica similar, es el Decreto de las Cortes, referido a la «Visita general que deben hacer los Prelados y Jueces eclesiásticos en las cárceles de su jurisdicción», deseando aquellas «que los súbditos de la jurisdicción eclesiástica no carezcan del beneficio que en las visitas de cárceles dispensa á todos los españoles el artículo 298 de la Constitución». De menor trascendencia es la Orden de 22 de octubre de 1812 prescribiendo «cómo ejecutará la visita de cárceles el Tribunal especial de Marina y Guerra», pues en la idea de no frustrar «uno de los objetos principales de lo dispuesto en el decreto de 9 de octubre último, cual es el examen de la localidad y situacion de los presos en sus respectivas prisiones; quiere S.M. que si por las distancias ú otros obstáculos cualesquiera no pudiese concluirse dicha visita general en un mismo dia, haciéndola en las mismas prisiones, se continúe aquella en el dia inmediato en que pueda verificarse».

Ante las disputas competenciales entre Gobernadores civiles y las Audiencias se dictaba la Real Orden de 12 de octubre de 1834 del Ministerio de lo Interior, «mandando que cuando los Gobernadores civiles quieran visitar las cárceles procedan de acuerdo con los Regentes de las Audiencias». Surgida la polémica competencial, por esta Real Orden se disponía que «mientras no se forme un reglamento que deslinde bien las facultades que se conceden á los Gobernadores civiles por los artículos 46 y 47 de la instrucción expedida para los Subdelegados de Fomento, de las que han tenido siempre las Audiencias en el régimen interior de las cárceles y custodia de los presos, dichos Gobernadores, todas las veces que quieran visitar aquellas, en uso de las atribuciones que les competen por los expresados artículos, procedan

de acuerdo con los Regentes de las Audiencias ó con los Gobernadores del crimen de cuya buena armonía pende el cumplimiento de las benéficas intenciones que animan á S.M.». Un año más tarde, el 26 de septiembre de 1835 se dictaba por el Ministerio de Gracia y Justicia el Reglamento provisional para la administración de justicia, dictando medidas para que no se hagan prisiones sin justa causa ni se maltrate a los presos, y mandando hacer visitas semanales y generales de cárceles». En este sentido se pronunciaban los artículos 15, 16 y 17 de la citada norma disponiendo que se hicieran en el sábado de cada semana siguiendo principios de actuación muy similares y en los mismos términos que los ya citados en el Decreto de 9 de octubre de 1812: «en dicha visita en la cual se pondrán de manifiesto todos los presos sin excepcion alguna, examinarán el estado de las causas de los que lo estuvieren á su disposicion, los oirán si algo tuvieren que exponer, reconocerán por sí mismos las habitaciones de los encarcelados y se informarán puntualmente del alimento, asistencia y trato que se les da, y de si se les incomoda con mas prisiones que las necesarias para su seguridad, ó se les tiene en incomunicacion no estando así prevenido; y pondrán en libertad a los que no deban continuar presos, tomando todas las disposiciones para el remedio de cualquier retraso, entorpecimiento ó abuso que advirtieren, y avisando a la Autoridad competente si notaren males que ellos no puedan remediar». El artículo 16 se refería al procedimiento en las capitales donde hubiere Real Audiencia, siendo ésta la responsable de la visita semanal. Y, en último término, el artículo 17, dispuso: «Las Audiencias donde residen, y en los demas pueblos los Jueces de primera instancia, y en su defecto los Alcaldes, harán además públicamente una visita general de las respectivas cárceles públicas y de cualquier otro sitio donde haya presos del fuero ordinario en los tres dias señalados por las leyes, y en el que, no siendo feriado, preceda mas inmediatamente al de la Natividad de Nuestra Señora, ejecutándose en esta visita lo mismo que queda prescrito respecto á la semanal. Pero a las visitas generales que hagan las Audiencias concurrirán el Regente y todos los Ministros y Fiscales; y así á las primeras como a las que de igual clase hagan por sí los Jueces inferiores, deberán asistir sin voto dos Regidores del pueblo (...). Estos Regidores tendrán lugar y asiento con el Juez y con el Tribunal (...)».

A fecha de 17 de octubre de 1835 se promulgaba por el Ministerio de Gracia y Justicia el «Reglamento del Tribunal Supremo de Justicia», determinando el modo de proveer el expresado Tribunal en las visitas a cárceles y disponiendo en su artículo 19 del Capítulo 1.º, que de las visitas generales y semanales que había de hacer el Tribunal conforme al citado reglamento de 26 de septiembre del mismo año, a

las visitas generales bastaba que concurrieran el Presidente, seis Ministros y dos Fiscales. De mayor relieve y del mismo año son las Ordenanzas de las Audiencias sobre visitas a cárceles y obligaciones de los Alcaldes de 20 de diciembre de 1835 que en el capítulo IX, artículos 49 a 64, desarrollaban lo dispuesto en el Reglamento de 26 de septiembre anterior y exponían «el modo de proceder las Audiencias en las visitas semanales y generales de cárceles». Los artículos 49 a 57 inclusive, de carácter formalista y procedimental establecían los responsables y las facultades de éstos en los citados días de visitas. El más sustancial artículo 58 disponía al respecto que «los dos Ministros mas modernos, acompañados de uno de los Fiscales y de los respectivos Jueces de primera instancia, visitarán los encierros ó habitaciones de los presos, y oirán sus quejas con separación de los Alcaldes, practicándose lo demas que ordena el citado reglamento de 26 de Setiembre». De similar interés, el artículo 63, en fin, dispone: «los dos Ministros recibirán, con separacion de los Alcaldes, las quejas que los presos dieren de palabra ó por escrito; y oido en voz el Fiscal, acordarán lo que corresponda sobre ello y sobre lo demas que sea propio de la visita; pasándose a la Sala respectiva las solicitudes y reclamaciones que requieren conocimiento de causa».

Por Real Orden de Gobernación de 20 de abril de 1837 ante las quejas de la Diputación Provincial de Valladolid, por no haber sido invitada por la Audiencia de aquella localidad a la visita general de cárceles, se mandaba que asistieran a las visitas de cárceles, sin voto, dos individuos de las Diputaciones provinciales y, por Real Orden de 16 de agosto del mismo año y ministerio, se mandaba que en las capitales de provincia donde no hubiera Audiencia, asitieran sin voto dos Concejales a las visitas de cárceles, habiendo de presidir siempre éstas la Autoridad Judicial. En esta misma materia, de 18 de enero de 1838, era la Real Orden del Ministerio de Gracia y Justicia determinando el sitio que han de ocupar los Jueces de primera instancia en las visitas de cárceles, destinándose para ellos un local de las mismas. Del mismo ministerio es la Real Orden de 24 de octubre de 1839, «comunicada por el Ministerio de la Gobernación en 7 de enero siguiente, mandando que en las visitas generales de cárceles, los Diputados provinciales se sienten alternativamente con los Magustardos después del Decano». La obligación de asistir los Promotores a las visitas de cárceles se disponía en el artículo 31 de la Sección segunda, Capítulo I, del Reglamento de los Juzgados de primera instancia del Reino de 1.º de mayo de 1844 dictado por el Ministerio de Gracia y Justicia posibilitando a aquellos a «presentarse en audiencia pública á la vista de todos los negocios criminales ó civiles en que sean parte; y lo harán en aquellos en que hubiesen pedido presidio peninsular ó

mayor pena, en todas las causas de conspiraciones contra el Estado, en las demas en que versen intereses del mismo, y en todas aquellas en que especialmente lo prevenga el Fiscal de la Audiencia». El procedimiento de visitas se regulaba en los artículos 93 a 102 de la Sección segunda del Capítulo II, prescribiendo el primero citado que «en el sábado de cada semana el Juez, Promotor fiscal, Escribanos, Alguaciles y los Procuradores que tengan presos en la cárcel, desde la Audiencia se trasladarán á esta a practicar la visita semanal». Poco después, las Diputaciones provinciales habían de cesar en la obligación de hacerse representar en las visitas a cárceles, en virtud de Real Orden del Ministerio de la Gobernación de 26 de septiembre de 1845. Y meses después, por Real Orden del mismo ministerio, fechada en 29 de enero de 1846, se autorizaba a los Fiscales de las Audiencias a visitar las cárceles cuando lo creyeren oportuno.

La Ley de Prisiones de 26 de julio de 1849 establecía, en su artículo 6.º, del Título I referido al régimen general de las prisiones, la responsabilidad administrativa en las visitas a los establecimientos en estos términos: «Las autoridades administrativas bajo cuya dependencia están las prisiones, harán en ellas cuantas visitas de inspección creyeren necesarias, y las harán precisamente una vez por semana, tomando conocimiento de cuanto concierna á su régimen y administración»; así como también preveía en su Título VII, relativo a las atribuciones de la Autoridad judicial respecto de las prisiones (138), en su artículo 30, que «los Tribunales y Jueces, así como el Ministerio fiscal tendrán derecho de visita en los depósitos y cárceles para enterarse de que se cumplen con exactitud las providencias judiciales, y para evitar que los presos ó detenidos, aunque lo sean gubernativamente, sufran detenciones ilegales. Lo tendrán también para inspeccionar si los penados á arresto cumplen sus condenas al tenor de las sentencias que se hubieren dictado, debiendo obedecer los encargados de los establecimientos las órdenes que en esta parte y conforme con el reglamento de la casa les comuniquen los Tribunales y Jueces respectivos».

Tres años más tarde, del Ministerio de Gracia y Justicia emanaba la siguiente Real Orden al respecto, de 17 de marzo de 1852, «mandando que la visita general de cárceles se verifique el martes de semana santa». Y catorce meses más tarde, se dictaba por Gobernación la extensa Real Orden de 8 de mayo de 1853, «haciendo varias pre-

---

(138) Entendido el término «prisiones» con doble significado, habiendo entenderse como cárceles, en lo que respecta al artículo 30 de la Ley, a diferencia de lo previsto en el artículo 34 que se encuentra referido a las visitas a los establecimientos penales.

vencciones para la mejora, régimen y administración de las cárceles», estableciendo la prevención primera, con relación al artículo 6.º de la Ley de Prisiones de 1849, la exigencia de verificar puntualmente que se hicieran las visitas necesarias, «con especialidad una en cada semana». Para ello habían de darse «las órdenes oportunas á los Alcaldes de los pueblos cabezas de partido» y exigir de los mismos «partes circunstanciados de cada visita, en los cuales expresen las observaciones que la misma les haya sugerido sobre el régimen y administración de las cárceles, y sobre los medios que puedan emplearse para verificar en ellas una reforma acertada». Asimismo, la prevención tercera establecía que «sin perjuicio de estas visitas periódicas dispondrá que se gire inmediatamente –por el Gobernador provincial– una extraordinaria, cuidando de verificarla V.S. mismo acompañado de la Junta auxiliar del ramo».

Por Real Decreto de Gracia y Justicia de 26 de mayo de 1854 se vinieron a introducir varias reformas en la sustanciación de los procedimientos criminales. En el mismo, el artículo 11 dispuso en lo referente a las visitas: «La semana en que se haga visita general de cárceles, según lo dispuesto en el artículo 17 del reglamento provisional para la administración de Justicia, se omitirá la ordinaria del sábado». Y ya en el año 1855, por Real Decreto de 14 de diciembre del Ministerio de Gracia y Justicia firmado por el Ministro De la Fuente Andrés, se determinaba «el modo de hacer efectivas las penas impuestas por sentencia ejecutoriada, estableciendo en las Audiencias Juntas inspectoras penales, y determinando sus atribuciones y deberes». A partir de los artículos 14 y siguientes de esta normativa se creaban en cada Audiencia de la península y en Ceuta tales Juntas inspectoras penales dependientes del Tribunal Supremo que, en virtud del artículo 16, tuvieron «derecho de visita en los depósitos y cárceles y demás establecimientos penales; para enterarse de si se cumplen con exactitud las providencias judiciales, y para evitar que los presos ó detenidos, aunque lo sean gubernativamente, sufran detenciones ilegales, como también para inspeccionar si se cumplen las condenas en el modo y forma con que hubieren sido impuestas, debiendo obedecer los Alcaldes de las prisiones y Jefes de los establecimientos las órdenes que en esta parte, y conformes con el reglamento les comuniquen las Juntas». Si bien el artículo 17 limitaba las facultades de las Juntas a la parte judicial, no extendiéndose al régimen interior y administración económica, por continuar las prisiones civiles bajo la dependencia del Ministerio de Gobernación, se admitía la posibilidad para la Junta de remediar algunos males o pedir la introducción de mejoras, fuera del alcance de sus facultades, mediante conducto del Supremo Tribunal al Ministerio de Gracia y Justicia «á fin de que por el de Gobernacion

pueda acordarse lo mas conveniente». En desarrollo de estas previsiones normativas los artículos 19 y siguientes vinieron a establecer y explicitar tales competencias específicas y el procedimiento de actuación de las Juntas inspectoras en materia de visitas a los establecimientos penales. Como procedimiento de garantía, el último apartado del artículo 19 establecía que «la visita de los que sufren las penas de arresto mayor y menor, de confinamiento y sujeción á la vigilancia de la Autoridad se hará, respecto á los primeros, presentando los Alcaldes de las cárceles y depósitos municipales el registro que llevan para ellos; serán también llamados uno a uno, enterándose del modo en que cumplen su condena; respecto a los segundos, se pedirá informe de lo que resulte acerca de los mismos al Gobernador de provincia, el que ejerce la vigilancia superior sobre los que residen en ella». En todo caso, el cometido de las Juntas inspectoras llega hasta su supresión por Real Orden de 10 de noviembre de 1870, encargándose, a partir de entonces, a las Salas de Gobierno de las Audiencias y donde no existieran éstas, a los Jueces delegados de las mismas, el cuidado del exacto cumplimiento de las sentencias en causas criminales y de las visitas precisas.

Con posterioridad al Real Decreto de 1855 citado, habilitante de las Juntas de inspección (o Juntas inspectoras penales), otras disposiciones han coadyuvado en igual medida a esa función de control judicial y administrativo y al deslinde de ambos espacios de actuación. Así por ejemplo, el 31 de julio de 1863 se promulgaba, por el Ministerio de Gobernación, Real Orden «dictando varias reglas respecto á las visitas semanales de cárceles». Se instaba al Gobernador provincial a llevar a cabo las visitas semanales pertinentes según el artículo 6.º de la Ley de Prisiones, solamente pudiendo delegarlas en el Secretario del Gobierno y de su ilustrativa exposición, delimitadora de las funciones y de su posible alcance en esta materia, que por su interés transcribimos, se derivaba que «la presencia de la Autoridad en estos establecimientos tiene que contribuir en gran manera á mantener en ellos el orden y la disciplina; á corregir los lamentables abusos que se cometen con frecuencia, y que muchas veces llegan á conocimiento de este Ministerio fuera del conducto regular; á que los empleados llenen cumplidamente sus deberes; á que el preso pueda esponer sus quejas; á que la Autoridad judicial no traspase ó se vea precisada á traspasar los límites de su mision, y á que la Administracion superior pueda tener siempre cabal conocimiento de todas las necesidades de este importante servicio. La visita del Juez tiene que limitarse á todo lo que hace relacion con la causa de la detencion del preso; la de la Autoridad administrativa á todo lo que se refiere á su manutencion; á su colocacion en el departamento que corresponda conforme á la ley;

á su aseo y comodidad; á su moralidad; á su conveniente ocupacion (...), á su seguridad; al cumplimiento de la condena; á las condiciones del edificio, y en fin, á todo lo que concierne al régimen económico y administrativo». Finalizaba la exposición con un muy sugestivo carácter preventivo en estos términos: «Estas visitas practicadas con celo y con ilustrado criterio pueden no solo llevar el consuelo y la resignacion al desgraciado que espera el fallo de los Tribunales ó que espia las consecuencias de su falta, sino dar á conocer las causas de la criminalidad y los medios de prevenirla ó disminuirla; estudio muy importante para la Administracion, y que debe facilitar algun día los medios de resolver con acierto problemas de grande interés social».

Por Real Decreto de 14 de diciembre de 1870 se encargaba la misión inspectiva en la residencia de las Audiencias Territoriales a las Salas de Gobierno, por su mayor autoridad y superior representación, realzando, con la solemnidad del acto, el concepto de su importancia y la eficacia de su propósito. De menor entidad fueron la Real Orden de 10 de octubre de 1877, que establecía la obligación de los Tribunales de hacer constar en las causas y juicios de que conozcan el cumplimiento de sus fallos; también prevista en la disposición 36 del Título VII y Libro II de la Instrucción de 25 de octubre de 1886. No obstante, en desarrollo de la previsión del Real Decreto citado de 1870, se vino a dictar, por el Ministerio de Gracia y Justicia, la Real Orden de 24 de abril de 1885, que adecuándose «al espíritu que informa los artículos 526, 985 y 990 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», establecía que la función fuera ejercida en su respectiva localidad por las Audiencias de lo criminal, en lugar de por los Jueces de Instrucción, que ostentarán en esta materia carácter delegado y supletorio.

La función de control se organiza detenidamente otorgando facultades a la Junta auxiliar de cárceles regulada en el Reglamento para las Cárceles de Madrid, aprobado por el Gobierno en 22 de enero de 1874, con carácter interino, «en tanto que por el Ministerio de Gobernación se presentara otro general que hiciera extensivos sus beneficios á todos los establecimientos carcelarios de la Nacion». Así, en el artículo 7.º de dicha normativa, se dispuso: «Para auxiliar á la Autoridad superior de la provincia en el desempeño de su cargo habrá una Junta encargada de ejecutar las disposiciones que de aquella emanen y de la inspección y vigilancia del gobierno de los Establecimientos. La Juntan obra siempre por delegación, y sus resoluciones tienen carácter ejecutivo en cuanto no se opongan á este Reglamento». En el precepto siguiente (art. 8), se plasmaba asimismo la obligación judicial de vigilancia y control en el modo de cumplimiento de la pena, si bien tras limitar su capacidad de intervención al procedimiento crimi-

nal, a la detención o soltura, comunicación o incomunicación de las personas a su disposición, en estos términos: «La corresponde también la inspección y vigilancia sobre el cumplimiento de las penas en los términos que las leyes y disposiciones vigentes determinen, y el cuidado de evitar que los presos ó detenidos, aunque lo sean gubernativamente, sufran detenciones ilegales».

En el Título II, del mismo cuerpo normativo, se dispuso lo relativo a la citada Junta auxiliar de Cárceles, contemplándose sus atribuciones y deberes en el capítulo IV, artículo 12. De interés, entre las atribuciones, en relación con la obligación de fiscalización y control del régimen interior de los establecimientos, la primera del artículo 12 establecía: «Vigilar el régimen interior de las Cárceles que existen ó que se establezcan en Madrid, procurando el exacto cumplimiento de los Reglamentos, el buen comportamiento de los empleados y dependientes de estos mismos establecimientos, y que se introduzcan en ellos hábitos de laboriosidad, para lo cual buscará los medios de proporcionar trabajo á los presos que carezcan de recursos para su subsistencia». Específicamente en lo relativo a las visitas de la Junta y a sus funciones de control, el potestativo artículo 15 establecía: «La junta podrá visitar las Cárceles siempre que lo estime oportuno, para inspeccionar cómo se cumplen los Reglamentos, cómo desempeñan los empleados su cometido, si hay el orden y aseo convenientes, y si los presos son tratados con las consideraciones compatibles con su situación y circunstancias. Además, todos los meses se nombrará, por riguroso turno, un Vocal-Visitador para cada Cárcel, que tendrá especialmente á su cargo la visita é inspeccion de la misma durante el mes, y el cual estará investido de las facultades de la Junta para los casos urgentes, con la obligación de dar conocimiento inmediatamente al Vicepresidente de cualquiera disposición que adopte».

Por el Ministerio de Gracia y Justicia, de la mano de Silvela, se dicta una Real Orden disponiendo que la visita de cárceles en las poblaciones donde se hallan constituidas las Audiencias de lo criminal, se haga por éstas y no por los Jueces de instrucción. Cabe igualmente citar la obligación que se dispuso por Real Orden de 30 de noviembre de 1887, para la Dirección general, de participar a las Audiencias el establecimiento al que destinan los penados; o la previsión de las Reales Órdenes de 11 y 12 de junio de 1909 de recluir a los penados a prisión correccional y arresto en la cárcel de la capital para que los tribunales pudieran ejercer directamente la inspección judicial necesaria.

Con anterioridad, el definitivo Reglamento de 23 de febrero de 1894 para la prisión celular de Madrid, había establecido en sus artículos 27 y siguientes del Capítulo II relativo a las competencias

del Director, los modos de llevarse a cabo las visitas al establecimiento. El artículo 28 prescribía al respecto: «Adoptará las disposiciones convenientes, reunirá los datos oportunos y se pondrá á disposición de las personas encargadas de girar las visitas de inspección semestrales de 1.º de mayo y 1.º de octubre de cada año que determina la Real Orden de 27 de enero de 1857, y lo mismo en cualquiera otra que, por bien del servicio y de la más recta administración de justicia, pueda verificarse».

Con posterioridad, en las postrimerías del nuevo siglo, será en virtud del RD de 22 de mayo de 1899 cuando se perfecciona el sistema de control de los establecimientos por medio de las visitas gracias a la creación de las Juntas Locales de Prisiones. El artículo 3.º de dicha normativa establecía detalladamente las dieciséis atribuciones de las Juntas cuya composición y funciones se vinieron a establecer, además de en su artículo 6.º relativo a las capitales de provincia, por otra norma de igual rango de 19 de julio siguiente. En todo caso, son las tres primeras atribuciones del artículo tercero las que se transcriben por su importancia: «Primera: Vigilar é inspeccionar, sin señalamiento de día, ni previo aviso, los establecimientos penales y las cárceles de la población respecto al régimen interior y económico. Estas visitas deberán practicarse cuatro veces al mes, por lo menos, por medio de comisiones de dos individuos, en que todos, á excepción del presidente, deberán alternar, sin perjuicio de que en la forma que los Reglamentos determinen pueda cualquiera de los vocales de la Junta, siempre que lo estime oportuno, visitar dichos establecimientos. El resultado de dichas visitas deberá hacerse constar en el acta de la sesión más próxima que la Junta celebre. Las mencionadas Juntas locales acordarán el tiempo y forma en que han de asistir con su presidente á visitar dichos establecimientos. Del resultado de estas visitas se levantará el acta correspondiente, que se elevará al Ministerio de Gracia y Justicia. Segunda: Oír las quejas de los penados, dar cuenta de ellas á la Junta en la sesión más próxima, enterar de las mismas al director del establecimiento para que las atienda desde luego en cuanto sean justas y de él dependa, y poner inmediatamente dichas quejas y las faltas que se hubieren encontrado, así como las medidas que en su vista se hubiesen tomado, en conocimiento del director general de Establecimientos Penales. Tercera: Tomar en caso urgentes, y con carácter provisional, las medidas necesarias para la buena marcha y el orden de los Establecimientos penales y cárceles, dando cuenta de todo, dentro de veinticuatro horas, lo más tarde, á dicha Dirección general».

Años más tarde, por Real Decreto de 20 de enero de 1908, se centralizaba en la Dirección general el servicio de inspección de priso-

nes que se dividía en general y local. Se dispuso, asimismo, que los funcionarios judiciales continuarían practicando la inspección judicial y las visitas a cárceles y, en virtud de su artículo 14, las Juntas de Prisiones pasarían a denominarse Juntas de Patronato. Pero el resultado más perfeccionado en esta materia se encuentra, sin duda, en los citados preceptos del RD de 1899 que permanecen vigentes tras la promulgación del Real Decreto de 5 de mayo de 1913, y que se complementan con lo dispuesto en los artículos 182 y siguientes de tal compilación, que regulan, anunciando ya las formas futuras, en su capítulo IX, lo referido a «las visitas á los presos y penados». Si bien el artículo 182 disponía que «los Tribunales de Justicia practicarán en las Prisiones las visitas á que por ley vienen obligados», los demás artículos del mismo capítulo hacían referencia al procedimiento de visitas inspectoras penales de las Salas de gobierno de las Audiencias, previstas para 1.º de mayo y octubre, con el objeto de «hacer que se ejecuten las sentencias y se cumplan las penas en ellas impuestas con arreglo á las leyes» (art. 183); a las cuatro visitas generales de cárceles que habían de practicarse por las Salas de gobierno con los Jueces, Escribanos y Comisiones, en «los tres días no festivos anteriores á las tres Pascuas, y otra el día 7 de septiembre de cada año». Donde no existiera Audiencia las habían de practicar los Jueces instructores y Escribanos de éstos, que tuvieran causas de presos para poder «dar razón de dichas causas, de su curso y del estado en que se hallen». El mismo artículo 184 también disponía la obligación, para los Jefes de las Prisiones, de pasar «á las Audiencias o Jueces, dos días antes de la visita general, una relación exacta de todos los presos que cada una tenga á su cargo», con todos sus datos y vicisitudes; el artículo 185 de mayor contenido fiscalizador se refería a las visitas semanales a las prisiones que sin previo aviso ni día determinado debían llevar a cabo «el Presidente de la sala de cada Audiencia, ya sea territorial ó provincial, ó el de la Sala de lo criminal de cada una de ellas, acompañados de un Magistrado, un individuo del Ministerio Fiscal y de los Jueces instructores»; el artículo 186 incluía entre las posibles visitas las relativas a las comunicaciones entre reclusos y sus Abogados y Procuradores o con dependientes judiciales, debiendo todos acreditarse, y justificar el motivo de su visita; del mismo modo, el artículo 187 preveía la comunicación, a solicitud del recluso, de abogados, notarios, médicos y sacerdotes, que debía hacerse en departamento adecuado o en la enfermería de la prisión si el recluso estuviere enfermo; en virtud del artículo 188 la relación de los reclusos con los contratistas de talleres y sus dependientes quedaba circunscrita únicamente a los efectos industriales, prohibiéndose el favorecimiento de ningún modo de relación de los reclusos con el exterior; en fin, la cláusula de

cierre del artículo 189 prohibía el acceso a las prisiones a «personas extrañas á ellas salvo aquellas á quienes autorice expresamente la ley, por ostentar carácter inspectivo o judicial», o aquellas autorizadas por el Director del establecimiento.

## V. LA ABOLICIÓN DEL TORMENTO Y OTRAS DISPOSICIONES DE MEJORA DIGNAS DE MENCIÓN

La primera noticia de alcance en la quincena de inicio del siglo XIX, por los principios y constantes que inspira, limitadores de excesos procesales y carcelarios, así como de diáfana pretensión reformadora, pues interrumpe la dinámica conocida, y ya por entonces desvalorada, de los interrogatorios carcelarios mediante el uso de apremios y del tormento procesal, surge con la Real Cédula de Fernando VII, de 25 de julio de 1814 (139). El contenido reformador del

---

(139) Terminada la guerra de la Independencia, a propuesta del Consejo de Castilla, el texto de la Real Cédula de Fernando VII exponía el proceso de adopción de la medida de prohibición en estos interesantes términos: «Que conducido el mi Consejo de sus principios de humanidad á favor de los presos y detenidos en las Cárceles, y deseoso de procurarles los alivios espirituales y temporales compatibles con la vindicta pública, habiendo entendido que en las Cárceles Reales de esta Corte varios Jueces mortificaban á los reos con durísimos apremios para arrancarles en medio del dolor sus confesiones, acordó en el año de 1798 que la Sala de Alcaldes, el Corregidor y sus Tenientes especificasen dichos apremios, y las formalidades y autoridad con que los decretaban. De su exposicion resultó que los grillos, el peal ó cadena al pie del reo, las esposas á brazos vueltos y, finalmente la prensa aplicada a los pulgares con extraordinario dolor, eran los únicos apremios que habían usado varios Jueces por sí solos y sin la Autoridad de la Sala en algunas ocurrencias; y conformándose el mi Consejo con el dictamen de mis Fiscales, acordó en 5 de febrero de 1803 la cesacion de dichos apremios, fuera del doble de grillos y peal, que por entonces y hasta nueva providencia sólo podrían decretarse por el mismo Tribunal, poniendo en noticias de los Ministros del mi Consejo que concurrirían semanalmente a la visita de las Cárceles. Con objeto de tomar una providencia general, pidió iguales informes á las Cancillerías y Audiencias del Reyno por lo que resultó el uso de diferentes apremios más ó menos rigurosos, y de ellos tal vez la confesión de crímenes que no hubo, retractándose los reos de sus anteriores declaraciones y cargando sobre sí la pena de un delito que no habían cometido. En vista de todo ello y después de haber oído a mis Fiscales, meditó el mi Consejo con la madurez y circunspeccion que le es propia sobre la inutilidad é ineficacia de semejantes apremios para el fin de averiguar la verdad, pues la ocultaban los robustos que podían sufrir los dolores y exponía á los débiles á que se culparan siendo inocentes. Tuvo también en consideracion lo que resultaba acerca del estado de las Cárceles, cuyo establecimiento se dirige á sólo la seguridad de las personas y á facilitar las averiguaciones de la verdad; y habiéndome lo hecho presente en consulta de primero de este mes, con lo demás que estimó oportuno».

instrumento carcelario se advierte así comunicado con la trascendente proscripción del tormento personal (140), que tras denuncias de 1784 ya se viera anticipada por vez primera, a modo de suspensión, aun de forma provisional, por acuerdo del Consejo de Castilla de 5 de febrero de 1803; en el Informe de los Fiscales de Madrid de 21 de agosto de 1804 pronunciándose por la supresión de los apremios y de los calabozos, estrechos, sucios y sin ventilación; así como en el Decreto de las Cortes de 22 de abril de 1811; en la Constitución de 1812 (141) y, ya en normativa específicamente penitenciaria, en el artículo 3.º del Título VII, referido a las penas, de la trascendente Ordenanza de Presidios Navales de 1804 (142).

Pocos años más tarde, con anterioridad a la invasión francesa, tiene lugar lo que Salillas denominó la reforma penitenciaria de 1820 (143). Hizo referencia el maestro de criminólogos y peniten-

---

tuno, por mi Real resolución, conformándome con su dictamen, he tenido á bien mandar: Que en adelante, no pueden los Jueces inferiores ni los superiores usar de apremios, ni de género alguno de tormento personal para las declaraciones y confesiones de los reos, ni de los testigos, quedando abolida la práctica que había de ello, y que se instruya el expediente oportuno con audiencia de los Fiscales del mi Consejo, para que en todos los pueblos, si es posible, y de pronto en las Capitales, se proporcionen ó construyan edificios para Cárceles seguras y cómodas en donde no se arriesgue la salud de los presos ni la de las poblaciones, ni la buena administracion de la justicia, haciéndose los reglamentos convenientes para fijar un sistema general de policía de Cárceles, por el que se llenen los objetos de su establecimiento y los delincuentes no sufran una pena anticipada y, acaso Mayor, que la que corresponda á sus delitos ó que tal vez, no merezcan en modo alguno, y para que estos mismos establecimientos no consuman parte de la renta del Erario, y que se destierre la ociosidad en ellos, lográndose que los presos durante su estancia en la reclusion se hagan laboriosos, contribuyan á su manutencion y salgan corregidos de sus vicios y vasallos útiles».

(140) *Vid.*, al respecto de las manifestaciones y acuerdos que desde el expediente de 6 de marzo de 1798 a 1814 desembocan en la prohibición del tormento procesal, CASTELLANOS, P.: «Historia penitenciaria. Los apremios o tormentos judiciales», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núm. 138, enero-febrero, 1959, pp. 1044-1049.

(141) El propio Discurso preliminar leído en las Cortes al presentar la comisión de Constitución el proyecto de la norma fundamental, en referencia a la protección que otorgaba el fuero aragonés expresaba el hecho de que «en toda la Europa estaba en toda su fuerza el uso de esta prueba bárbara y cruel». Cfr. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA MONARQUÍA ESPAÑOLA, promulgada en Cádiz a 19 de marzo de 1812. Madrid, 1820, pp. 13 y 14. En este sentido, el artículo 303 de la misma norma prescribía: «No se usará nunca del tormeto ni de los apremios».

(142) *Vid.*, al respecto, GARCÍA VALDÉS, C.: «Derecho penitenciario militar...», *op. cit.*, p. 784; destaca esa misma circunstancia, TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*. Madrid, 1998, p. 173; SANZ DELGADO, E.: *El humanitarismo...*, *op. cit.*, p. 196.

(143) *Vid.* SALILLAS, R.: *Evolución penitenciaria... II*, *op. cit.*, pp. 544 y ss.

ciaristas al Dictamen, de 28 de septiembre de aquel año, de la Comisión especial parlamentaria nombrada por las Cortes para presentar el plan de arreglo y mejora de las cárceles del Reino, dictamen en el que encuentra Salillas «algo del espíritu vivificador de la Real Asociación de Caridad» (144). En este Proyecto, al margen de otras consideraciones de tipo organizativo y arquitectónico, como la previsión de la construcción de nuevas cárceles con arreglo a la panóptica de Bentham, traducida su obra por Villanova y Jordán, en lo que respecta a los principios a los que atiende este trabajo, se impulsaban garantías para la prisión preventiva ya conocidas de años atrás, que reproducimos en estos términos tras Salillas: «El estado de la prisión de un delincuente exige, de parte de la sociedad, que se le conserve con todo miramiento: se le asista con lo necesario para su vida; que no se le veje, ni moleste más de lo que exige la seguridad de su persona, y que se le vista de un modo conveniente a la dignidad de hombre, poniéndole a cubierto de las incomodidades del frío, del calor y de la humedad. Pero como el encarcelado no deba por eso ser de mejor condición que cuando disfrutaba de la libertad, la sociedad debe exigir de él que se dedique a algún trabajo, que al paso que ocupe y haga llevaderos los días de la prisión, produzca una utilidad capaz de atender en parte a su subsistencia; destierre el ocio que pervierte las costumbres y le prepare para que vuelva a la sociedad, ame ya por hábito lo que acaso rehusó antes por efecto de una depravada educación, y que tal vez fué la causa que le indujo a sus extravíos» (145). Se nos aparece, por ello mismo, de interés, por las medidas que aporta, el Título III denominado «De los presos», del citado Proyecto de ley, que incorpora un articulado muy acorde con fundamentos humanitarios aceptados en la concepción de la retención y custodia y que del mismo modo, a esos efectos, también reproducimos (146): «Artículo 16. Se prohíbe el uso de grillos y cadenas para los presos, excepto los casos en que la furia o demencia de éstos exija tomar estas medidas de sujeción, para que no se dañen en sus personas ni a otras; Artículo 17. No se llevarán derechos algunos por el gobernador ni sus dependientes por la entrada, salida, ni otro cualquiera destino de los presos; Artículo 18. En las salas de los presos se tendrá especial esmero en que no se junten presos de edades muy desiguales; Artículo 19. No serán confundidos los detenidos con los destinados a prisión, ni los acusados de delito con los convencidos de haberlo perpetrado; debiendo haber, para unos y otros, departamentos separados; Artículo 20. Sin

---

(144) Cfr. SALILLAS, R.: *Evolución penitenciaria...*, II, *op. cit.*, p. 565.

(145) Cfr. SALILLAS, R.: *Últ.*, *op. cit.*, pp. 545 y 546.

(146) Cfr. SALILLAS, R.: *Últ.*, *op. cit.*, p. 550.

perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el gobernador de la cárcel distribuirá y separará en ella los presos, según su edad, carácter, calidad de los delitos, muestras de arrepentimiento y demás circunstancias que se dejan a su prudencia y discreción». Continuada de esa intención legislativa se expresaba la cercana Orden de las Cortes de 12 de octubre de 1820 disponiendo «que se quiten y queden sin uso los calabozos subterráneos y malsanos (...) que todas las prisiones tengan luz natural» y que se destruyeran, si no se hubiesen destruido ya, los potros y demás instrumentos para dar tormento a los presos.

La labor de mejora o reforma necesitará, no obstante, de la promulgación de numerosa legislación conformada en su mayor parte por Reales Órdenes, Circulares y disposiciones reglamentarias. Las exposiciones motivadoras de tales normas indican acerca del indiscutible contenido humanitario o garantista que las inspira. Así, en esa dirección, como punto de inflexión, y por ello de inicio a nuestra crónica, se dictaba por el Ministerio de Gracia y Justicia, a fecha de 26 de septiembre de 1835, el *supra* citado «Reglamento provisional para la administración de justicia, dictando medidas para que no se hagan prisiones sin justa causa ni se maltrate á los presos, y mandando hacer visitas semanales y generales de cárceles». La limitación de los hierros y otros medios de sujeción llegaba con el artículo 7, exigiendo para su uso la orden del Juez respectivo y las circunstancias y tiempo realmente necesarias. Y el procedimiento y contenido de las visitas por parte de los Tribunales, jueces y de las Audiencias a las cárceles se venía a regular en los artículos 15 y siguientes (147). La adecua-

---

(147) El interés reformador de la norma permite transcribir el principal artículo 15, regulador del contenido y alcance de las visitas de los Tribunales, incorporando el reconocimiento institucional de determinadas conductas anómalas y abusivas que solventar por medio de tales visitas: «Todos los Tribunales y juicios ordinarios harán públicamente en el sábado de cada semana una visita, así de la cárcel ó cárceles públicas del respectivo pueblo, cuando hubiere en ella algún preso ó arrestado perteneciente á la Real jurisdiccion ordinaria, como de cualquier otro sitio en los que haya de esta clase; y en dicha visita, en la cual se pondrán de manifiesto todos los presos sin excepción alguna, examinarán el estado de las causas de los que lo estuvieren á su disposición, los oirán si algo tuvieren que exponer, reconocerán por si mismos las habitaciones de los encarcelados y se informarán puntualmente del alimento, asistencia y trato que se les da, y de si se les incomoda con mas prisiones que las necesarias para su seguridad, ó se les tiene en comunicacion no estando así prevenido; y pondrán en libertad á los que no deban continuar presos, tomando todas las disposiciones oportunas para el remedio de cualquier retraso, entorpecimiento ó abuso que advirtieren, y avisando á la autoridad competente si notaren males que ellos no puedan remediar. Si entre los presos hallaren alguno correspondiente á otra jurisdiccion, se limitarán á examinar cómo se le trata, á reprimir las faltas de los carceleros, y á comunicar á los Jueces respectivos lo demas que adviertan y en que toque á estos entender. Para hacer estas visitas los Tribunales colegiados bastará que asistan dos de sus Ministros y un Fiscal».

ción a la norma de 26 de septiembre supondrá asimismo que el Reglamento del Tribunal Supremo de Justicia, de 17 de octubre de 1835, determinara el modo de proveer el expresado Tribunal en las visitas de cárceles.

Muy cercana en el tiempo, la Real Orden del Ministerio de lo Interior de 20 de octubre de 1835, daría encargo al Ministro del Tribunal Supremo de España e Indias, Don Ramón Giraldo, nombrado por Real Orden de 25 del mismo mes Visitador de Cárceles de la Corte, de proponer lo conveniente para el arreglo de las cárceles del Reino. El interés legislativo en esta disposición se iba a dirigir hacia dos vertientes complementarias: El estado de los lugares de encierro y el efecto sobre los presos derivado del mismo. La justificación del encargo resaltaba «el deplorable estado en que se encuentran las cárceles del Reino, tanto por lo que indebidamente sufren en ellas los detenidos y presos, cuanto por la inseguridad de las mismas, que en ocasiones hacen ineficaces los fallos judiciales». La pretensión de mejora de las cárceles había de incluir, en consecuencia, lo conducente a la seguridad de los presos, así como «cuanto convenga á mejorar la salubridad de aquéllos y el estado moral de estos». En este sentido, la propia Real Orden de 25 de octubre vino a establecer entre las facultades del nuevo Visitador las de «examinar sus edificios, reglamentos, aranceles, régimen interior y cuanto tenga relación con ellos, recogiendo los expedientes y noticias que se entiendan necesarias». Se designaba, así, una competencia en el control de los aranceles carcelarios y a ella se añadía, como medida de control, la responsabilidad específica de los alcaides en esta materia.

En opinión de García Valdés, «la carencia de hierros, aislamientos y reglas de silencio, el trabajo voluntario y un régimen disciplinario atemperado, fueron los principios informadores de un régimen administrativo-carcelario, inducido desde las esferas de la judicatura» (148). Se mitigaba el rigor, y en ese camino, las *supra* citadas Ordenanzas de las Audiencias de 20 de diciembre del mismo año de 1835, relativas a las visitas de Cárceles y obligaciones de los Alcaides, disponían, en su artículo 181, que el Alcaide «no permitirá que á ningun preso se le haga vejacion alguna en la cárcel, ni que á los que entraren nuevamente se les exija alguna cosa». Conocido y fiscalizado el abuso, la consecuente y «estrecha» responsabilidad que se atribuye a los responsables directos del establecimiento carcelario, aun de menor entidad, no deja de estar en consonancia con muy anteriores disposiciones, que afirmaban la misma desde una perspectiva o criterio cuasi-talional para supuestos negligentes. Suponen, por ello,

---

(148) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: *Los presos jóvenes...*, *op. cit.*, p. 49.

otro modo de tamiz legislativo al exceso y desafuero sobre los más desfavorecidos. Otro sentido reformador de la norma citada se halla en lo relativo al desarrollo que recoge del Reglamento provisional de 26 de septiembre anterior, ordenando a las Autoridades judiciales visitar los encierros o habitaciones de los presos, oyendo sus quejas con separación de los Alcaldes (arts. 58 y 63); y a los Alcaldes el procedimiento previsto para las visitas (art. 52). Asimismo se venían a regular las obligaciones de los mismos en los artículos 177 y siguientes, así como específicos criterios regimentales como la separación interior o las medidas de sujeción, orden, aseo y limpieza en los artículos 180, 182 y 183 (149).

El año 1838 reúne, de modo similar, diversas disposiciones de contenido renovador. Así, de clara entidad por su tendencia reformadora se nos presenta la Real Orden de 5 de marzo, referida al nombramiento de una Comisión especial (150), que habría de ocuparse de la

---

(149) El artículo 180 disponía: «Cuidará siempre de tener á los hombres separados de las mujeres, y á los muchachos de los hombres, y de que, en cuanto sea posible, no se mezclen ni confundan los meramente detenidos ni los arrestados por motivos poco considerables con los reos sentenciados por graves delitos, ni con malhechores conocidos, ni con otros presos de relajada conducta». El artículo 182 limitaba la competencia en materia de medios de sujeción cuando establecía: «No pondrán nunca prisiones á ningún preso, sino cuando lo disponga el Juez respectivo, ó cuando sea absolutamente necesario para la seguridad de la persona ó para la conservación del buen órden en la cárcel, debiendo inmediatamente dar parte á dicho Juez en cualquiera de estos dos últimos casos, y se estará á lo que él ordene». El artículo 183 prescribía: «Tendrán todos los Alcaldes gran cuidado del aseo y limpieza de las cárceles; de que haya luz encendida de noche; de que no se permitan juegos de interés, de cualquier especie que sea, y de que constantemente observen todos en la cárcel el mejor órden y la mayor regularidad».

(150) La Comisión, que aparece nombrada en la Real Orden de 5 de marzo de 1838, incluía como presidente a D. Antonio Posada Rubin de Celis, Arzobispo electo de Valencia, y como vocales a D. Fermin Gil de Linares, Decano de la Audiencia Territorial de Madrid; D. Marcial Antonio López, Ministro honorario del Tribunal Supremo de Justicia; D. Ramón de la Sagra, Diputado a Cortes por la provincia de La Coruña, y D. Juan Miguel Inclán, Vicesecretario de la Academia de San Fernando y Secretario de la Comisión para el examen de obras públicas en las tres nobles artes. La autoridad en la materia de los comisionados se presumía, habida cuenta de las obras específicas y notables que, precisamente de la mano de Marcial Antonio López y Ramón de la Sagra, habían visto la luz unos años antes. *Vid.*, al respecto, LÓPEZ, M. A.: *Descripción de los más célebres Establecimientos penales de Europa y de los Estados Unidos, seguida de la aplicación práctica de sus principios y régimen interior a las Casas de Corrección, Fuerza y Reconciliación que pudieran plantearse en España con grande utilidad del Erario, y otros resultados no menos importantes*, 2 vols. Valencia, 1832; LA SAGRA, R.: *Cinco meses en los Estados Unidos de América del Norte (Desde el 20 de abril al 23 de septiembre de 1835)*, París, 1836. Recogido en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núms. 224-227. Enero-diciembre 1979 (por la que se cita), pp. 209-292. A este respecto cabe no obstante recordar, sin

formación de un proyecto de reglamento para las cárceles del Reino. La motivación legislativa parece reflejar un interés institucional de reforma, realista, crítico con lo existente y adecuado a criterios de mayor humanidad, que se concretan en el deseo de «remediar en lo posible los males que sufren los infelices presos, tanto porque la construcción de las cárceles es poco á propósito en general al objeto de tener aseguradas a las personas sin que sean vejadas ni molestadas indebidamente, como por los abusos que en ellas han introducido el transcurso del tiempo y deplorables circunstancias». Se aprecia, así, una mayor inquietud por los medios materiales y por cuestiones regimentales como la clasificación interior de los establecimientos, pues «tan filantrópico asunto» exigía de la Comisión citada criterios claros de distribución de las personas presas en diferentes departamentos, con separación absoluta de sexos y edades, de delincuentes que aguardaran el último suplicio o las penas inmediatas; y «otros para los que hayan cometido delitos de menos gravedad y que pueden exiarse con algún tiempo en prisión, sin olvidar las habitaciones necesarias para enfermería y talleres».

El uso no únicamente detentivo procesal de los establecimientos carcelarios se verifica en esta iniciativa, y el específicamente punitivo pretende reglamentarse en el proyecto para determinados supuestos. En lo que respecta a los derechos de encarcelaje, la Comisión debía tener presente el arreglo de los mismos, así como del estipendio que hubieran de pagar, por su manutención, los reclusos pudientes que quisieran recibirla en la cárcel, o de los medios para asegurar el alimento y vestuario de los presos cuya pobreza estuviera declarada por los Jueces que conocieran de sus causas. De igual modo, la Comisión, y en ello pudiera más haber dejado su huella De la Sagra, había de contemplar cuestiones tan relevantes como «el trabajo y labores en que puedan ocuparse los presos, y aplicación del sistema penitenciario que tan buenos efectos produce en las prisiones de otros países, mejorando las costumbres y promoviendo la civilización», sin olvidar «todo cuanto tenga relación con la mejor administración de las cárceles». Proseguía el interés reformador contemplándose en nuevas posibili-

---

empañar la valía de aquella obra que, aunque citado por numerosos autores, siguiendo probablemente a Lastres (*Vid. LASTRES, F.: Estudios penitenciarios..., op. cit.*, p. 13), el trabajo de López, de quien se ha afirmado visitara los establecimientos modelos en su género, como responsable de una anterior comisión de 1832, que por orden del Monarca le encomendara llevar a cabo estudios acerca de los sistemas penitenciarios, es una obra a distancia. Así lo creyó y demostraba Rafael Salillas, parafraseando al propio López, quien recogía su valiosa documentación de otros libros (p. VI), y no de la presencia directa en los establecimientos objeto de estudio. *Vid.*, al respecto, SALILLAS, R.: *Evolución penitenciaria..., I, op. cit.*, pp. XV y XVI.

dades para la resolución de problemas conocidos. La cuestión de las Alcaldías que lo eran por juro de heredad, por compra, o por situaciones equivalentes trata de resolverse con el estudio de la conveniencia o no de su sustitución «de modo que se concilie en lo posible el mejor servicio público con el respeto debido a la propiedad». Para ello, el trabajo de la Comisión se facilitará por medio de la puesta a su disposición del Expediente general promovido por el Consejo de Castilla, así como del que obraba en la Audiencia territorial sobre cárceles, instruido en el año 1820, lo que se exige por medio de Real Orden de 3 de abril del mismo año del Ministerio de la Gobernación, «mandando que las Audiencias faciliten una razón del estado de las cárceles, de los recursos con que cuentan y de sus reglamentos; y que informen si conviene que continúen los Alcaldes propietarios, ó sobre los medios de sustituirlos».

Auténticamente renovadoras se aprecian las dos Reales Órdenes del Ministerio de la Gobernación de 9 de junio de 1838, y específicamente más técnica, en la vertiente arquitectónica, es la redacción de la primera referida a los establecimientos carcelarios, mandando que se proceda «á acomodar las cárceles á su objeto, y determinando las circunstancias que deben tener». La propuesta de la citada Comisión especial de cárceles toma así cuerpo tras la aprobación real que resuelve acomodar los edificios y sus dependencias a su objeto «y cuando no los haya con los requisitos que se necesitan se proponga desde luego á S. M. el edificio que mejor los reuna». Los requisitos relativos a los establecimientos, que se establecen en la Real Orden incluyen criterios clasificatorios indispensables, urgentes, así como sientan las bases de la necesaria distribución arquitectónica para las diversas dotaciones propias de la actividad carcelaria, conformando un completo conjunto de dependencias distante de lo existente y realzando, por su prioridad en la redacción, las de carácter laboral, lo que denota el espíritu que sigue prevaleciendo en ese momento (151). No

---

(151) Los criterios son los siguientes:

«1.º Que estén situados fuera del centro de las poblaciones.

2.º Que tengan la extensión necesaria para establecer la separación entre ambos sexos; entre detenidos y presos; entre jóvenes y viejos; entre reos de delitos atroces y los delincuentes que no se hallen en este caso, y entre los incomunicados.

3.º Que tengan asimismo capacidad bastante para las piezas de trabajo, talleres y almacenes, dormitorios, enfermería, cocinas, buenos patios, comunes bien situados, algún huertecito si posible fuere, sala de visitas, oratorio, habitación para el Alcalde y algunos dependientes, y cuerpo de guardia.

Las cárceles que tengan estos requisitos, ó la Mayor parte de ellos, particularmente en las capitales donde residen las Audiencias y en las de provincia, se conservarán para ir las acomodando á su fin, por los medios que están ya acordados, dándose parte inmediatamente de cuáles sean aquéllas cárceles, y donde están situadas.

obstante las motivaciones expresadas, la citada disposición, como acertadamente resolvía García Valdés, «lejos de contener un sistema penitenciario tal y como hoy lo concebimos, no pasó de ser un esquemático programa estratégico para llevar a cabo un plan censal y de rehabilitación de edificios carcelarios, aprovechando para ello la ocasión de la desamortización de los bienes de la Iglesia y, muy particularmente, la posibilidad de ocupar numerosos inmuebles conventuales contando, esto sí, con la colaboración de Diputaciones y Ayuntamientos». Lo positivo resultante es que «por primera vez se planteó en España y para todo el territorio nacional, una política de construcciones penitenciarias, señalando, al menos, dónde y cómo deberían de ser estos establecimientos, y las dependencias que habían de tener» (152).

La Real Orden de la misma fecha, referida a los alcaides y ya citada *supra* (153), atendía a los mismos criterios de «separación, ocupación, instrucción, disciplina, seguridad, salubridad y continua inspección», y se aprecia ejemplificativa, como señalara Salillas, del convencimiento institucional de la necesidad de cambios profundos en los oficios de gobierno de las cárceles, mandando racionalizar el sistema, y así «proceder al tanteo de las Alcaldías enajenadas de la corona, determinando el modo de verificarlo» (154). La idea era evitar los abusos «y establecer de una vez un sistema fijo, que al mismo tiempo que proporcione los medios de existencia á los presos, reporte las ventajas de un régimen bueno y constantemente seguido». Se disponía, desde entonces, un sistema de selección gubernamental de las personas de los Alcaides, asegurando la prestación de fianzas y el cumplimiento de requisitos personales «de moralidad, buen concepto público, no procesados, no menores de treinta y cinco años, casados y que sepan por lo menos leer, escribir y contar; sin que en adelante se provean estas plazas en quienes no reúnan los requisitos expresados»; asimismo se establecía el número de empleados subalternos, «con

---

En otro caso propondrá V. S., oyendo previamente á los arquitectos que merezcan su confianza, el convento que le parezca más á propósito, siempre que sea ventilado y se halle fuera del centro de la población: en la inteligencia de que esta propuesta ha de hacerse en el término preciso de veinte días, desde el en que se reciba esta Real Orden».

(152) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: *Los presos jóvenes...*, *op. cit.*, p. 50. Como recuerda el autor citado el plan de rehabilitación y aprovechamiento de edificios de 1838 no fue baldío. «A éste le siguieron otros como lo confirman la Real Orden de 17 de julio de 1841, sobre clasificación y, desde luego, el Reglamento para las Cárceles de las Capitales de Provincia, de 25 de agosto de 1847». Cfr. *Op. y loc. cit.*

(153) *Vid.* Real Orden del Ministerio de la Gobernación de 9 de junio de 1838.

(154) En continuidad de la Real Cédula de 11 de noviembre de 1814 citada *supra*.

arreglo al de los presos» (...), «los cuales han de estar suficientemente dotados y pagados de los productos de las Alcaldías que se disfrutan en propiedad, ó por arriendo, siendo pagadas sus asignaciones antes de percibir aquellas cantidad ninguna de la que produzcan los derechos de las cárceles». No obstante, la regulación del sistema de las Alcaldías vendría a experimentar en pocos meses importantes modificaciones.

La cuestión relativa al socorro económico de los reclusos pobres, encontraba similitudes en el planteamiento y búsqueda de la financiación cuando se trataba de condenados y cuando la ejecución de las penas privativas de libertad se venía a desarrollar en las propias cárceles, quedando resuelto el problema al habilitarse la misma fuente para ambas categorías de reclusos pues la Real Orden de 24 de abril de 1839, del Ministerio de la Gobernación, declara que «los reos pobres, condenados á reclusion en las cárceles, sean mantenidos de los fondos con que se socorre á los presos pobres».

## VI. LA CONTINUIDAD EN LAS INQUIETUDES E INTENTOS REFORMISTAS CIUDADANOS. INICIATIVAS DE LA SOCIEDAD FILANTRÓPICA. LA VOLUNTAD LEGISLATIVA EN LA NORMATIVA. EXPOSICIONES DE MOTIVOS DE INTERÉS HUMANITARISTA

La propia Sociedad filantrópica para la mejora del sistema carcelario venía a recibir el apoyo regio e institucional expreso, para el mejor desempeño de sus cometidos reformadores y humanitarios, como se indicó *supra*, por Real Orden de 28 de diciembre de 1839, del Ministerio de Gracia y Justicia, disponiendo «que á dicha Sociedad se faciliten por todos los Tribunales, Jueces, Fiscales y cualesquier dependencias de este Ministerio, así en lo civil como en lo eclesiástico, cuantos archivos, auxilios, datos y noticias sean posibles, y ella reclame para llevar adelante las importantes mejoras que la misma se ha propuesto».

Con el amparo de la corona citado, el primero de los filtros legales a la funesta y tan advertida actuación de los Alcaldes, llegaba de la influyente mano de la citada Sociedad Filantrópica de Madrid que, en conjunción con la Comisión de Cárceles, sin duda «obtendrían del Gobierno disposiciones de importancia para mejorar el sistema penitenciario» (155). Así se percibe la atrayente Real Orden de 26 de

---

(155) Cfr. LASTRES, F.: *Estudios penitenciarios...*, *op. cit.*, p. 15.

enero de 1840 «mandando que desde luego cesen en sus cargos los Alcaldes propietarios y los tenientes nombrados por estos, y determinando el modo de sustituirlos o indemnizarlos». Suficientemente ilustrativos al respecto fueron los términos de la motivación legal, en los que se aprecian diáfanos los criterios de la alumbrada Sociedad citada y el interés gubernamental por llevar a efecto una obra reformadora de tanta importancia, exponiendo: «La humanidad, las costumbres y la seguridad pública se interesan á la vez en su realizacion, pero se oponen á ella intereses creados por el transcurso de mucho tiempo, y los vicios é inveterados abusos consentidos por la indolencia ó pocas veces atacados con decision y vigor. Llamaban la atencion entre todos, como los mas perjudiciales y aun funestos, la falta de los requisitos y cualidades necesarias para cumplir sus deberes en las personas encargadas del régimen de las prisiones; el derecho adquirido por algunos particulares de nombrar los Alcaldes con pocas restricciones, y con escasa intervencion del Gobierno; la estrechez o mala distribucion de los edificios impropios para llenar los objetos que se han propuesto las leyes; la nulidad de los sueldos y la falta de recursos, sin los cuales vanamente se intentará mejorar el sistema carcelario, y menos establecer el penitenciario y correccional, de modo que basten á reformar las costumbres y á prevenir la repeticion de los delitos. Las prisiones han sido generalmente focos de corrupcion é inmoralidad, y S.M. quiere que llegue un dia en que sirvan para la correccion y enseñanza de los infelices, á quienes la mala educacion ó la miseria han precipitado en el crimen».

Respecto de la primera y principal de las cuestiones, la misma disposición citada introdujo un signo inequívoco de la influencia y resultados del trabajo de la Sociedad filantrópica que, por ello, merece su plasmación en el texto que sigue. Así, si en fecha de 8 de diciembre de 1839 la Sociedad había solicitado la redención de los oficios de Alcaide de las cárceles, para que fuesen de libre nombramiento del Gobierno, la ofensiva y el minucioso procedimiento se advierte definitivamente en la aludida Real Orden de 26 de enero, que en estos ineludibles términos prescribe: «S.M., persuadida de la urgente necesidad de que las Alcaldías salgan del dominio de particulares, previa la oportuna indemnizacion, de que nada puede ser más útil á la poblacion de Madrid y á las demas de la Monarquía, cuyas cárceles se hallan en igual caso (...), ha resuelto se observen las disposiciones siguientes: 1.<sup>a</sup> Los que posean oficios de Alcaldes de cárceles por concesion graciosa de la Corona, y los que en virtud de nombramiento de los propietarios los desempeñan actualmente, cesarán de ejercerlos tan luego como llegue á su noticia esta circular. Los Jefes políticos nombrarán las personas que hayan de sustituirlos interina-

mente, ó les confirmarán en el mismo concepto en sus cargos si los juzgan merecedores de esta confianza. 2.<sup>a</sup> Los Ayuntamientos de poblaciones donde los oficios de Alcaldes hayan sido enajenados de la Corona á título oneroso, procederán sin dilacion á introducir las correspondientes demandas de tanteo en la forma prevenida en la Circular de 9 de junio de 1838. 3.<sup>a</sup> Los Ayuntamientos satisfarán el valor de las Alcaldías. Para su debido reintegro las Diputaciones de cada provincia propondrán los arbitrios menos gravosos y de mas fácil y pronta recaudacion, los cuales se repartirán de una manera proporcional y justa entre todos los pueblos de la misma. 4.<sup>a</sup> No tendrán derecho á este reintegro siempre que aparezca de los títulos de los propietarios actuales, que verificaron la enajenacion de las Alcaldías y recibieron el precio de la egresion. 5.<sup>a</sup> Para juzgar este punto los propietarios presentarán, dentro del término de quince días á las Diputaciones provinciales respectivas, los títulos primordiales de su adquisicion. 6.<sup>a</sup> Debiendo ser las cárceles de Madrid el modelo de todas las demas del Estado, depositándose en ellas considerable número de reos de diversas procedencias, y reclamando urgentemente el interés público la ejecucion de la reforma acordada en Real Orden circular de 9 de junio de 1838, S.M., deseando dar un testimonio solemne del vivo interés con que mira las mejoras de las cárceles, ha resuelto que desde luego se proceda al tanteo de las Alcaldías de la Villa y de Corte, anticipándose de los fondos del Ministerio de la Gobernación las cantidades necesarias, sin perjuicio del reintegro prevenido en el caso de que habla el artículo 4.<sup>o</sup> de esta circular. 7.<sup>a</sup> Los propietarios de las expresadas Alcaldías presentarán al Jefe político de Madrid en el término prescrito por el artículo 5.<sup>o</sup> los títulos de su propiedad, para que procediendo inmediatamente á la liquidacion de las cargas que tengan, se acuerden la forma y medios de cubrirlas, y la justa indemnizacion de aquellos. 8.<sup>a</sup> S.M., a propuesta de los Jefes políticos, y oyendo á las Autoridades y corporaciones que tenga por conveniente, nombrará en lo sucesivo los Alcaldes de las cárceles cuyos oficios reiertan á la Corona ó sean tanteados, conforme á las disposiciones de esta circular. 9.<sup>a</sup> Los Jefes políticos vigilarán su cumplimiento y procurarán remover cuantos obstáculos se opongan á él, dando cuenta á S.M.; en la inteligencia de que verá con singular aprecio el celo que desplieguen para satisfacer sus benéficas miras, y mostrará su Real desaprobacion á los que por su indecision ó apatía dejen frustradas las gratas esperanzas que ha concebido» (156).

---

(156) Para mayor abundamiento, la responsabilidad y deberes de los alcaldes se vendrían a establecer, de nuevo, por el Ministerio de Gracia y Justicia en virtud del Reglamento de los Juzgados de primera instancia del Reino, de 1.<sup>o</sup> de mayo de 1844,

Si bien la anterior normativa (Decreto de Napoleón de 11 de marzo de 1811) disponía la existencia de dos cárceles públicas para hombres y otras dos para mujeres, se vino a dictar en esta materia, por el Ministerio de la Gobernación, la Real Orden de 18 de julio de 1841, «aprobando las bases propuestas por la Sociedad filantrópica para el arreglo de las cárceles de Madrid» (157), estableciendo que hubiese en Madrid tres cárceles, una para mujeres y dos para hombres. En virtud de la facultativa Real Orden de 13 de diciembre anterior, la Sociedad había remitido a Gobernación sus propuestas organizativas y de economía articuladas en bases. El contenido de las mismas incluía numerosas medidas de reforma y facultades expresas para la Sociedad que se recibían e impulsaban gubernativamente y se extraen *a posteriori* de estos términos: «Habrá tres cárceles en Madrid, una para mujeres y dos para hombres, en la forma que la Sociedad expresa; pero importa que en la de aquellas se ejecute la clasificación gradual que en la base 3.<sup>a</sup> se determina para los varones; debiendo los rematados ser conducidos inmediatamente á cumplir su condena en los presidios, se llevarán por ahora en pequeñas cuerdas escoltándolos la Milicia Nacional o tropa del ejército, abonándose á estas escoltas una gratificación o plus proporcionado, con lo que se economiza la creación del depósito del que se habla en la base 2.<sup>a</sup>, estando también mandado por Real orden de 31 de julio de 1839, que los rematados vayan á los presidios correccionales ó peninsulares más próximos al Juzgado de su procedencia, siempre que por alguna circunstancia especial no convenga hacer excepción de esta regla general. Respecto de que los militares no vayan a ingresar en las cárceles civiles, en tanto que no hayan sido sentenciados conforme á ordenanza, á no ser de tránsito por poco tiempo, y no pudiendo dejar de recibírseles si tienen aquel requisito, la Sociedad les dará colocación separada en el mismo edificio, si todavía lo juzga necesario para el objeto de esta medida. En cuanto á los presos por delitos políticos y deudas de que se trata en la base 5.<sup>a</sup>, conviene situarlos en la cárcel de jóvenes contenida en la ba-

---

que en la sección séptima del capítulo primero, artículos 67 a 72, disponía tales obligaciones. El primero de los citados exponía la dirección a seguir, de control judicial, en estos términos: «Son los Alcaldes responsables con su persona y bienes de la custodia de los presos y de la incomunicación de los que se hallen en este estado; y por lo que hace al cuidado, tratamiento y departamento en que los deban tener con más ó menos seguridades, son dependientes de los Jueces. También los son respecto de las condenas de prisión que en las cárceles se cumplen».

(157) Real Orden que, por su importancia como precedente legislativo de la futura cárcel modelo de Madrid, se citaba el Anuario penitenciario de 1888, si bien con fecha equivocada de un día anterior. *Vid.* DIRECCIÓN GENERAL DE ESTABLECIMIENTOS PENALES: *Anuario Penitenciario...*, *op. cit.*, pp. 12 y 13.

se 4.<sup>a</sup>; dando á este local mayor ensanche para que tengan estancias independientes, y la Sociedad consultará al Gobierno el modo de que los presos por deudas sean mantenidos por los que pidieron su prision. Quiere tambien el Regente que la comision activa de la Sociedad encargada de mantener la disciplina interior de los establecimientos penales y el vigor de sus reglamentos, conste del Jefe político, Presidente, y que cuando este no pueda asistir por otras atenciones de su cargo, la presida un individuo de la misma Comision que aquel elija como responsable al Gobierno; de dos Magistrados de la Audiencia territorial; dos vocales de la Diputacion provincial; dos individuos del Ayuntamiento constitucional; dos de la Sociedad, y del Secretario de la misma...».

En esa dirección organizativo-funcional, el 6 de abril de 1844 venía a dictar, el Ministerio de Gobernación, otra Real Orden en la pretensión de instruir un expediente de reforma, que habría de desembarcar en el futuro y citado Reglamento para las Cárceles de Provincia, y a tal efecto se disponía que los Jefes políticos remitieran para su aprobación un modelo de reglamento para las cárceles de sus respectivas provincias. Se introducía la norma y el interés institucional en estos términos: «Los vicios de que adolecen las prisiones del Reino hacen necesaria la reforma completa de este ramo importante de la Administracion, y al efecto se instruye un expediente general, que dando por resultado las bases de un nuevo sistema, hará con él desaparecer los abusos introducidos, á que sucederán las mejoras tiempo ha deseadas. Mas como la ilustracion que es preciso dar á dicho expediente dilatará algun tanto todavía su resolucion, interin que esta se verifica, S.M. se ha dignado autorizar á V.S. para que con urgencia forme (...) un sucinto proyecto de reglamento para todas las cárceles que comprende esa provincia, fijando en él las reglas que deben observarse en todo lo relativo al régimen y disciplina interior de las mismas», respetando las bases que habían de tenerse presentes en tales formulaciones (158).

---

(158) Tales bases, que reiteraban principios, y prohibiciones, como las de los impuestos abusivos, si bien ya no aparecen tan en primer término, e incorporaban novedades como la previsión del posible aislamiento, resaltado por Burillo Albacete, en lo que denomina ante los edificios disponibles, «una propuesta más bien cosmética», *vid.* BURILLO ALBACETE, F. J.: *El nacimiento...*, *op. cit.*, p. 186, vendrían a ser: «el aseo, la salubridad, la separación de sexos y de edades, la de acusados y sentenciados, la de presos por delitos graves, leves y políticos, la ocupacion, la instruccion y la disciplina. Que á los presuntos reos no se les imponga mas privaciones y padecimientos que los puramente necesarios, como segura custodia, disciplina interior y la incomunicacion cuando el estado de sus causas lo requiera. Que los alivios que se procuren á los reos cuyo delito esté probado deben ir siempre acompañados de cir-

El citado Reglamento para las Cárceles de las Capitales de Provincia de 1847 que incorporaba, como se señaló *supra*, una clara intención reformadora, con la eliminación de las consabidas prácticas del carcelaje y otras conductas reprobables como la venta de efectos a los reclusos, el obligar a trabajar a los mismos para el uso particular de los empleados, o la admisión por éstos de gratificaciones o recompensas, sistemáticamente se conformaba, en opinión de Cadalso, como «un reglamento verdaderamente orgánico del régimen carcelario» (159); supone asimismo un importante paso adelante en la regulación carcelaria (160) y, en palabras de Zapatero Sagrado, «vino, pese a sus deficiencias, a cubrir el notorio vacío de una normativa que viniera a acompasar el régimen interior de las cárceles del país» (161). Además de los dos artículos de la exposición motivado-

---

conspeccion, y ser ilustrados los actos de caridad y de beneficencia que con ellos se ejerzan; teniendo presente que para esta clase de presos es la prision un sitio de castigo, durante el cual no se pertenecen á sí propios y sí á la pena que el Tribunal les impuso. Que en cuanto la distribucion del edificio lo permita debe procurarse el aislamiento, proporcionando á los presos trabajo, y excitándoles á él por los medios convenientes. Que debe asimismo cuidarse de facilitarles instruccion moral y religiosa, ya permitiendo leer libros no prohibidos á los que se hallen en comunicacion, y ya por medio de pláticas que el Capellán del establecimiento deberá dirigirles despues de la misa todos los domingos y fiestas de guardar. Que como perjudicial á la seguridad pública y á los mismo presos, no se les permita tener en su poder ningun dinero, depositando bajo recibo en la Caja del establecimiento, el que se adquieran con su industria ó se proporcionen por otros medios legítimos. Que queden prohibidos los impuestos conocidos con los normbres de entrepuerta y de grillos, así como todos los demas de esta clase que por abuso se introdujeron y subsisten todavía en algunas prisiones. Que no se permita la entrada en las mismas sino á las familias de los presos en comunicacion y á sus defensores, ni á mas mujeres que á las madres, hijas, hermanas y esposas de aquellos, fijándose para ello horas determinadas durante el día: podrá sin embargo la Autoridad civil conceder por escrito permiso de entrada á otras personas (...). Finalmente, es la voluntad de S.M. que en aquellas cárceles cuyos local y recursos lo permitan, se establezcan enfermerías, las cuales, además del ahorro que han de producir, respecto de las estancias de hospitales, servirán para que estén mejor asistidos y mas seguros los enfermos».

(159) Cfr. CADALSO, F.: *Instituciones penitenciarias...*, *op. cit.*, p. 182.

(160) En opinión de Burillo Albacete, quien situa y analiza la norma, «constituye el primer gran desarrollo normativo carcelario en España y (...) siempre en el campo de la teoría, habrá de ser de una importancia extraordinaria». Cfr. BURILLO ALBACETE, F. J.: *El nacimiento...*, *op. cit.*, p. 186. El propio Cadalso ya había afirmado que es en esta norma «donde mejor cristaliza y se desenvuelve la doctrina de las instrucciones de 1833». Hacía referencia el autor al contenido de la Instrucción para los Subdelegados de Fomento dictada por Javier de Burgos y promulgada por Real Decreto de 30 de junio de 1833. Cfr. CADALSO, F.: *Instituciones penitenciarias...*, *op. y últ. loc. cit.*

(161) Cfr. ZAPATERO SAGRADO, R.: «Los presidios, las cárceles...», *op. cit.*, p. 556.

ra (162), ante la urgencia de «hacer algunas reformas importantes, tanto en las cárceles de Madrid como en las que se hallan establecidas en las demás capitales de provincia», los ochenta y un artículos que incorpora la norma desmenuzan la actuación seguida en esta materia. Aparte de la clasificación en departamentos por sexos, edades y delitos, en secciones separadas y distintas los hombres y las mujeres, los jóvenes de los adultos, los reos de delitos graves de los de delitos leves (art. 1), articula la norma minuciosamente lo relativo al horario del establecimiento en su capítulo X (arts. 37 a 45), referido al régimen interior, y mantiene el criterio de preferencia para la plaza de Director en un «individuo del Ejército o Armada que tenga á lo menos el grado de Comandante» (art. 3). Éste que había de vivir, al igual que la inspectora, necesariamente en el establecimiento (arts. 5 y 32), reuniría el doble carácter de agente de la Administración y de dependiente de la Autoridad, siendo responsable de la incomunicación y seguridad de los encarcelados, así como estando obligado a cumplir las órdenes de los Tribunales y Jueces en lo referente a la incomunicación y soltura de los presos con causa pendiente. Así, ya como anticipo de la responsabilidad futura en normativas como la actual, el procedimental artículo 8.º prescribía que el Director «no admitirá ningún preso sin orden por escrito de la Autoridad competente, en que se exprese el nombre y apellido, profesión y vecindad del reo, y el motivo de su prisión ó arresto. Si falta cualquiera de estos requisitos, detendrá la admisión del preso, y dará cuenta al Jefe político y al Juez o Autoridad de quien la orden proceda». La exigencia para el Director de visitar a todos los presos para consolarlos, oír sus reclamaciones en cuanto al comportamiento de los empleados subalternos, y siendo fundadas, proveer a su remedio, se recogía en el artículo 10. La elevación de un parte diario al Jefe político y la obligación de llevar un libro o expediente para poder informar sobre la conducta de los presos aparecía en los artículos 9 y 12. Otros preceptos de garantía son los números 20 y siguientes, referidos al facultativo, que había de ser médico cirujano, con dedicación exclusiva, debiendo visitar a todos los presos una vez al día y dos a los enfermos, así como reconocer semanalmente todas las habitaciones del Establecimiento como garantía de salubridad. En esta materia, los artículos 46 y siguientes regulaban lo relativo a la ventilación, limpieza del edificio y aseo de los presos.

---

(162) El artículo 1.º disponía: «Habrà en Madrid tres cárceles-modelo; una para presos pendientes de causa; otra para sentenciados, y otra para mujeres». El artículo 2.º establecía: «En las cárceles de las capitales de provincia se observará y cumplirá el reglamento adjunto: las de Madrid se sujetarán al mismo en la parte que á cada una corresponda».

No obstante, los señalados avances, en una dinámica característica del proceso reformador de cárceles y establecimientos penales a lo largo del siglo XIX, ante la escasez de recursos, como se reconocería en la posterior Real Orden de Gobernación de 8 de mayo de 1853, se suspendería el citado reglamento por Real Orden de 21 de enero de 1848, «porque la penuria del Tesoro no ha permitido atender á la construcción de nuevos edificios destinados á este objeto, ni á la reparación y mejora de los que hoy existen».

La Ley de Prisiones de 26 de julio de 1849, venía a regular, fundamentalmente en su Título III, lo relativo a las cárceles y a la reclusión preventiva, si bien se articulaba la previsión de hacer uso de las mismas para el cumplimiento de algunas penas menores (163). Se destinaban así, en virtud del artículo 10, «las cárceles de partido y de las capitales de las Audiencias á la custodia de los presos con causa pendiente y para cumplir las penas de arresto mayor» (164). El contenido de la disposición de 1849 persevera, respecto del entorno específicamente carcelario, un interés legislativo proteccionista ante prácticas conocidas. El despliegue de preceptos garantistas, cubiertos así por el rango legal de la norma, además de los específicos criterios de separación entre los presos (165), verifica la atención humanitarista,

---

(163) Puede ser esta la razón de haber mantenido en los siguientes Títulos IV, VI y VII el ya obsoleto término «prisiones», que desde antiguo aludiera a los medios de sujeción, para referirse a los establecimientos que, en propiedad, hubieran de haberse denominado cárceles o, en terminología mas moderna, Establecimientos de preventivos, por cuanto en los artículos 14 y siguientes se explicitaba lo relativo a las obligaciones de los Alcaldes de las mismas. En todo caso, el Título V sí hace referencia, más correctamente, a los «Establecimientos penales», en lo referente a la ejecución penal propiamente dicha.

(164) Esta circunstancia de cumplir las penas de arresto mayor en las cárceles supuso, en opinión de Cadalso, un error penitenciario y este precepto incómodas consecuencias. En sus acertadas palabras: «Esta pena es correccional, como la prisión y presidio del mismo nombre, y por su naturaleza aquélla debe cumplirse en el mismo lugar que éstas. Quizá cause extrañeza este criterio, porque el presidio correccional se cumple en los penales o prisiones centrales; pero aparte que pudiera cumplirse el arresto mayor en las correccionales de provincia, hasta tanto que se crearan las de región para extinguir dichas penas correccionales, siempre será más extraño que los condenados, los declarados legalmente culpables, se confundan con los procesados, con los que pueden ser y muchas veces son inocentes. El precepto de que nos ocupamos, que ha tenido y tiene perturbadoras consecuencias, dio al traste con el sabio concepto y la sabia definición que de la cárcel nos diera Alfonso X en las Partidas y confundió deplorablemente los sistemas: el carcelario y el penitenciario». Cfr. CADALSO, F.: *Instituciones penitenciarias...*, *op. cit.*, p. 188.

(165) El artículo 11 del Título III disponía al respecto: «En las cárceles habrá departamentos diferentes para hombres y mujeres, y en el de cada sexo se tandrán con separación los varones menores de diez y ocho años, y las mujeres menores de quince, de los que hubiesen cumplido estas edades. Los presos por causas políticas

que no se percibe de igual modo en la norma legal en lo relativo a los establecimientos penales, regulados sus aspectos regimentales extensamente por la Ordenanza de 1834 y los reglamentos de 1844, bajo la influencia de Montesinos. Entre los preceptos dignos de mención permanecen, a este respecto, los referidos a las obligaciones de los Alcaldes. Especialmente el artículo 19, disponía: «No podrán los Alcaldes agravar á los presos con encierros ni con grillos y cadenas, sin que para ello preceda órden de la Autoridad competente, salvo el caso de que para la seguridad de su custodia sea indispensable tomar incontinenti alguna de estas medidas, de que habrán de dar cuenta en el acto á la Autoridad judicial». De igual modo, se prevenían posibles arbitrariedades en la clasificación interior en virtud del artículo 20 que dispuso: «Los presos ocuparán las localidades que les correspondan según su clase, ó aquellas á que hayan sido destinados por disposición de la Autoridad competente, sin que el Alcalde pueda por sí propio darles un local diferente». El precepto 21 establecía que los Alcaldes no podrían recibir dádivas de los presos ni retribución de ningún género, y el artículo 22 prescribe en fin: «Los Alcaldes como responsables de la custodia de los presos, podrán adoptar las medidas que crean convenientes para la seguridad del establecimiento, sin vejación personal de los presos, y obrando siempre con conocimiento y aprobación de la Autoridad competente...». En el Título VI, se asientan principios trascendentes en lo relativo a la manutención de los presos y a la retribución de los alcaldes, y a este respecto han de destacarse los artículos 28 y 29 que añadidos a lo dispuesto en el artículo 21 del Título III, reiteran lo regulado en el artículo 74 del Reglamento de 1847, y disponían: «La manutención de presos pobres en Cárceles de partido y Audiencia será también de cuenta del partido ó partidos á que los establecimientos correspondan. El personal y material estarán a cargo del Estado» (166). El Título VII referido a las «atribuciones de la Autoridad judicial respecto de las prisiones», incluía en el artículo 30 la previsión de control por parte de los Tribunales y Jueces de posibles detenciones ilegales, así como la posibilidad, citada *supra*, de visitar los depósitos y cárceles, y además de inspec-

---

ocuparán también un local enteramente separado del de los demás presos. En cuanto lo permita la disposición de los edificios de las cárceles, se procurará asimismo que los presos con causa pendiente estén separados de los que se hallen cumpliendo las condenas de arresto Mayor».

(166) No obstante lo dispuesto, en relación con la asunción de esos pagos referidos al personal por el Estado, como recuerda la Real Orden de 8 de mayo de 1853, citada *infra* en texto, y señala después Cadalso, tal previsión no tendría virtualidad práctica hasta 1908. Vid. CADALSO, F.: *Instituciones penitenciarias...*, op. y loc. cit.

cionar si los penados á arresto cumplen sus condenas al tenor de las sentencias que se hubieran dictado.

Para la ejecución de la Ley de Prisiones, en tanto se promulgaran los reglamentos para su desarrollo, se dictaba por el Conde de San Luis, desde el Ministerio de Gobernación, la Real Orden de 13 de septiembre de 1849 con previsiones para los Jefes políticos y Alcaldes cuyos principales caracteres son los siguientes: «1.<sup>a</sup> Las propuestas para la provisión de las alcaldías vacantes á que se refiere el artículo 4.<sup>o</sup> de la expresada Ley, se verificarán en terna, no proponiendo a personas que carezcan de las condiciones prescritas en el párrafo 3.<sup>o</sup> de la Real Orden de 9 de junio de 1838. La segunda disposición se refería a la designación de individuos para formar las Juntas auxiliares de cárceles a que se refiere el artículo 5.<sup>o</sup> de la Ley de Prisiones, «teniendo entendido que semejantes cargos han de ser honoríficos y gratuitos». La tercera, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 7 de la ley, mandaba a los Jefes políticos comunicar a los alcaldes las instrucciones oportunas para el establecimiento de un depósito en cada distrito municipal. La quinta disposición, acerca de la clasificación interior, establecía que «en las cárceles cuyo comportamiento interior no permita establecer desde luego los departamentos de que trata el artículo 11 de la ley, se procederá inmediatamente á la formación del plano, proyectos y presupuestos de las obras absolutamente indispensables para la separación de los presos segun los sexos y edades, y para la de los procesados por causas políticas y sentenciados á arresto mayor, remitiéndolo con brevedad posible al Ministerio». La sexta dispuso lo mismo para los presidios y casas de corrección de mujeres.

Otra iniciativa de relieve, aun de índole local, iba a ser regulada por la Real Orden de Gobernación de 23 de marzo de 1852, «aprobando el reglamento provisional de la Junta auxiliar de cárceles de Madrid». Se establecía así la organización y atribuciones (art. 3) de la misma, y surgía la norma a propuesta de la propia Junta que conseguía la aprobación real «hasta tanto que se publiquen los reglamentos generales en conformidad á lo prevenido en la Ley de Prisiones de 26 de julio de 1849». El fundamento legal surgía de la cierta desconfianza ante la práctica y por ello de la indispensable «adopción de medidas eficaces para mantener el orden y la disciplina en dichos establecimientos, con especialidad cuando no reúnen todas las condiciones que reclama la segura custodia de los reclusos. La experiencia ha demostrado por otra parte, que apenas puede obtenerse aquel resultado sin la continua y permanente vigilancia de la Administración, auxiliada por la cooperacion de personas celosas é ilustradas, cuyos antecedentes y posicion social constituyen una garantía del acertado y beneficioso desempeño de tan importante servicio».

La Real Orden de Gobernación de 8 de mayo de 1853, tras explicar el motivo económico de la suspensión del Reglamento de 25 de agosto de 1847, en virtud de la citada Real Orden de 21 de enero de 1848, lamentaba la inaplicación, por el mismo motivo, del artículo 28 de la Ley de Prisiones, y explicó asimismo la necesidad de haberse dictado las siguientes Reales Órdenes de 23 de septiembre de 1849 y 15 de julio de 1850, «mandando en virtud de la primera que continuase aquella atención á cargo de los presupuestos provinciales y municipales, y la segunda que siguieran los pueblos haciendo las obras de reparación indispensables en las cárceles; todo sin embargo en concepto de anticipos reintegrables». La motivación normativa seguía en estos términos: «Deseando (el Gobierno) mejorar en cuanto le sea posible el estado actual de las cárceles, y contando con las economías que pueden hacerse en algunos servicios pertenecientes á aquellas, se propone dedicar una cantidad considerable del presupuesto á objeto tan importante, si circunstancias extraordinarias no vienen á entorpecer por desgracia la realizacion de su pensamiento. Mas para dictar con acierto respecto á cada localidad las disposiciones convenientes, necesita una noticia exacta del estado en que se encuentra cada una de las cárceles de partido y de Audiencia, y sucesivamente informes periódicos sobre ese mismo estado, para que sea eficaz y provechosa la acción de las Autoridades administrativas y la inspección superior del Gobierno». En esta dirección se dictaban prevenciones para realizar visitas periódicas con el fin de recabar la información necesaria.

Tras el citado, en lo relativo a las visitas de cárceles, Real Decreto de Gracia y Justicia de 14 de diciembre de 1855 estableciendo en las Audiencias las Juntas inspectoras penales, se dictaba por Gobernación una Real Orden mandando que cuando fuera preciso hacer obras en las cárceles de un partido, se reunieran todos los pueblos del mismo para arbitrar los fondos al efecto necesarios, los cuales en su día les habrían de ser reintegrados por el Tesoro público. Cuatro años más tarde, el 5 de marzo de 1860 se dictaba por el Ministerio de la Gobernación una Real Orden «comunicada por la Direccion en 15 del mismo, mandando que en las cárceles de capitales de provincia se comprenda la parte necesaria para establecer presidios correccionales y depósitos municipales». Se planteaba una dirección a seguir apoyada por criterios foráneos y de economía. Así, «teniendo presente lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley de prisiones», se mandaba que «siempre que en una capital de provincia fuese preciso edificar la cárcel, y no existiese todavía el presidio correccional que debe construirse en aquel punto con arreglo a la precitada ley, se adopte el sistema seguido en otras naciones de comprender ambos establecimientos, con la separacion debida, y los departamentos peculiares á

cada uno, en el nuevo edificio que se proyecte; obteniéndose así, entre otras ventajas, una notable economía para los fondos del Estado y de la provincia (...). Como excepción se permita únicamente la coexistencia de un presidio correccional y uno menor ó mayor dentro del mismo edificio en los que en la actualidad tienen este destino para los tres grados de esta pena; entendiéndose sin embargo como medida transitoria é interina, hasta tanto que la reforma definitiva de nuestras prisiones establezca entre estas la misma division filosófica que señala el Código penal entra las penas afflictivas y las correccionales».

Tras el inestable período revolucionario, las Cortes constituyentes sancionaban la Ley de Bases de 21 de octubre de 1869, «para la reforma y mejora de las cárceles y presidios, y para el planteamiento de un buen sistema penitenciario», cuya vigencia no llegó a los nueve años. La positiva clasificación de los establecimientos penales que introducía en su Base 1.<sup>a</sup> distinguió entre Depósitos municipales, Cárceles de partido, Cárceles de Audiencia, Presidios y Casas de corrección y Colonias penitenciarias. Los valiosos criterios, esenciales en los sistemas actuales (167), que introdujo la Base 2.<sup>a</sup>, estableciendo mínimos de habitabilidad, en orden a procurar una mayor dignidad y humanidad en la reclusión detentiva así como una mejor separación interior, reclamaron, en primer término, «la reforma y mejora de todas las cárceles de partido y de Audiencia, para darles las condiciones de capacidad, higiene, comodidad y seguridad indispensables; para que los detenidos estén debidamente separados por grupos ó clases, según su sexo y edad y la gravedad de los delitos por que fueren procesados; para que puedan disfrutar en la detencion, a ser dable y conveniente, de las mismas condiciones que en las moradas propias; para que puedan dedicarse en lo posible, durante la detencion, al ejercicio de su profesion, arte ú oficio; para que la detencion, salvo sus efectos inevitables, no pueda influir desfavorablemente en la salud de los detenidos; para que haya el mayor aseo, órden y moralidad, y para que los detenidos puedan cumplir con todos sus deberes...». Asimismo, los Ayuntamientos habrían de encargarse de la mejora de los Depósitos municipales y de las Cárceles de Partido, y las Diputaciones provinciales de las Cárceles de Audiencia, que podrían estar, según disponía la ineficaz Base 13.<sup>a</sup> (168), en los mismos edificios que ocuparan los presidios donde, en virtud de la Base 11.<sup>a</sup>,

---

(167) Así lo entendía Fernando Cadalso en su análisis crítico de la norma. Vid. CADALSO, F.: *Instituciones penitenciarias...*, *op. cit.*, p. 189.

(168) El propio Cadalso destacó como la Base 13 no tuvo aplicación, debido a la «honda dislocación que el intento de aplicar tal base hubiera producido en los sistemas y servicios». Cfr. CADALSO, F.: *Últ. op. y loc. cit.*

habían de cumplirse las penas correccionales de presidio y prisión, con estricta separación del área o edificio de cumplimiento para penados. Su vigencia no será longeva –apenas 9 años–, pues la Ley de Bases se derogaba por el artículo 4.º de la 23 de julio de 1878, si bien se invocaba aún en el artículo 273 del Real Decreto de 5 de mayo de 1913 (169).

En cualquier caso la crítica fundamentada ha pervivido hasta prácticamente finales del siglo XIX, desde la doctrina (170) y desde la propia normativa, pues todavía en 1872 se denunciaba el obstáculo (171) que suponía para la reforma lo inadecuado de los edificios existentes destinados a cárceles en la capital, entendiéndose «mal situados, peor distribuidos y sin posibilidad de acomodarlos á su actual destino por haber sido construidos para muy distinto objeto, ofrecen dificultades insuperables para adoptar un sistema ordenado y sencillo que llene las más esenciales necesidades de una prisión, como son el buen orden, una vigilancia fácil y eficaz, la seguridad, la higiene y una bien entendida comodidad para los detenidos» (172). Y, al respecto de los abusos arancelarios, todavía en el Reglamento para las Cárceles de Madrid, aprobado en 22 de enero de 1874, se recogían en sus artículos 428 y siguientes, las medidas de control y prohibiciones relativas a las irregulares y tan conocidas prácticas pasadas. Así, por ejemplo, se seguía prohibiendo el cobro de derechos carcelarios o de la citada «entrada o bienvenida». En todo caso, se fijaban en esa normativa, por la Comisión, las atribuciones de la Junta auxiliar de cárceles, como elemento auxiliar del Gobernador.

El Real Decreto de Gobernación 15 de abril de 1886, que según Salillas es el primero que habla de Cárceles y no de Establecimientos (173), determinaba, según lo establecido en el artículo 115 del Código penal, que las penas de prisión correccional se cumplieran dentro del territorio de la Audiencia que las hubiere establecido. Es asimismo interesante la motivación pluriangular (de ahorro, profiláctica y preventivo especial) de la norma que expone: «Cumpliéndose,

---

(169) En lo referente a la admisión de detenidos o presos en las cárceles de partido donde se halle establecido el Depósito municipal, según prevenía la Ley de 1869.

(170) Valgan las imperecederas palabras de Salillas al respecto, cuando afirmaba que «todas las reformas jurídicas serán inútiles, ociosas y vanas, mientras no se promueva una gran reforma en la arquitectura penal de nuestro país». Cfr. SALILLAS, R.: *La vida penal...*, *op. cit.*, p. 22.

(171) A un «insuperable obstáculo» se aludía ya en el preámbulo reglamentario de 1874. Cfr. Reglamento para..., *op. cit.*, p. 7.

(172) Cfr. Reglamento para..., *op. cit.*, pp. 6 y 7.

(173) Vid. SALILLAS, R.: Informe del negociado..., *op. cit.*, p. 167.

como ahora se propone, las penas correccionales en las cárceles de la provincia en que radican las Audiencias sentenciadoras, no solamente realiza el Estado un ahorro considerable, efecto de la disminución de transportes de esta clase de penados, sino también evita el maléfico contacto en que están actualmente éstos con los de penas afflictivas, contacto contrario al espíritu y letra de las leyes y á todo principio de la ciencia penal, así como podrán con facilidad y más sencilla custodia dedicarse á la práctica de sus respectivos oficios ó predilectas ocupaciones dentro de los preceptos legales, protegidos por las relaciones que naturalmente han de tener en las localidades de su residencia habitual».

Del mismo año y de no menor relevancia es la Real Orden de Gobernación de 25 de octubre, aprobando la adjunta Instrucción para el servicio de las Cárceles de Audiencia, establecidas por el Real Decreto de 15 de abril citado. Se articulaban prescripciones generales de entre las cuales, por su interés en esta materia, rescatamos únicamente la primera relativa al criterio de separación interior como sigue: «1.<sup>a</sup> El departamento destinado a la extinción de las condenas correccionales estará completamente separado del correspondiente á los presos preventivos y rematados en expectación de marcha á establecimiento penal». Y la interesante décima prescripción, por cuanto anticipaba un futuro derecho a la libertad religiosa de los reclusos, y específicamente penados, expresada en estos términos: «Cuando un penado manifestase al ingresar en el establecimiento, que no profesa la religión católica, no será obligado á asistir a los actos del culto, pero sí a las conferencias morales».

Tras el organizativo Real Decreto, de Gracia y Justicia, de 18 de agosto de 1888, permitiendo reducir a una el número de cárceles correccionales existentes en cada provincia, cuando así lo soliciten las Diputaciones, desde el ámbito penal aplicable al entorno carcelario, llegaba la relevante e ilustrativa, Circular de 10 de octubre del mismo año, por su contenido garantista y reiterativo, una vez más, de las disposiciones de antaño, prescribiendo instrucciones de la Fiscalía del Tribunal Supremo al Ministerio Fiscal, encaminadas a procurar el cumplimiento de la legalidad vigente, y a evitar abusos e infracciones con los presos y penados, apareciéndonos, en fin, como una reedición de la lejana y ya citada Cédula de 15 de mayo de 1788. De entre las mismas, de interés específico, por lo avanzado del siglo, y por cuanto supone la reacción del ministerio público frente a situaciones y dinámicas conocidas que la realidad práctica mantiene y que asimismo se mencionan, se nos presentan la tercera y la cuarta de las instrucciones que, por tal contenido proteccionista, transcribimos: «3.<sup>a</sup> Procuren los fiscales el castigo de los autores de malos tratamientos de que sue-

len ser víctimas los presos, sobre todo si son reos de penas leves, sin abandonarse á un sentimentalismo incompatible con el rigor de la justicia, porque al fin, la pena es dolor, y debe serlo, nadie tiene derecho para convertir la prisión en tortura, traspasando el límite de la severidad marcado en la sentencia firme del Tribunal. El hecho de imponer á los presos ó sentenciados privaciones indebidas ó mortificarlos con rigores innecesarios, está previsto en el artículo 213, núm. 6.º, del Código penal (...). 4.º Cunde acreditado el rumor de que en algunas cárceles y establecimientos penales son frecuentes los cohechos para redimir vejaciones ó mitigar la pena de privación de la libertad. Dícese que las dádivas y los presentes tienen la virtud de facilitar la oculta salida de los presos, escoger las mejores habitaciones, eximirse de los trabajos más penosos ó ascender á cabos, y se atañe que hasta el sol y la sombra son materia de especulación y sórdida ganancia. El fiscal del Tribunal Supremo no caerá en la ligereza de dar por ciertos semejantes abusos bajo la fe del vulgo inclinado á la murmuración y la queja; pero basta que exista sospecha para recomendar á sus subordinados que no omitan ningún medio de investigación y averiguada la verdad, o habiendo indicios racionales de cohecho, ejerciten la acción correspondiente contra cualesquiera personas responsables de algunos de los delitos definidos en los artículos 396, 397 y 398 del Código penal».

Ya en el nuevo siglo, la Ley de 17 de enero de 1901 dispuso lo relativo al abono de la prisión preventiva (174). Sus precedentes se hallan en el Real Decreto de 9 de octubre de 1853 que autorizaba a los tribunales para abonar a los reos sentenciados a penas correccionales, para el cumplimiento de sus condenas, la mitad del tiempo que hubiesen permanecido en prisión preventiva. En el mismo sentido, la Ley de 30 de diciembre de 1878 publicaba la Compilación general de disposiciones vigentes sobre el enjuiciamiento criminal, manteniendo en vigor lo establecido en 1853, que venía a actualizarse por otro Real Decreto de 2 de noviembre de 1879, según lo dispuesto en su artículo 1.º Tras la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como recuerda Castejón (175), el Fiscal del Tribunal Supremo entendió subsistente dicha posibilidad, si bien los Tribunales en la práctica

---

(174) Sobre esta cuestión, recientemente, al respecto de las medidas relativas al relativo arbitrio judicial como las que reducían el tiempo efectivo de cumplimiento de una pena habida cuenta del tiempo transcurrido entre el encarcelamiento y el momento de dictarse la sentencia. *Vid.* ORTEGO GIL, P.: «La estancia en prisión...», *op. cit.*, pp. 43-70; en contra, entiende Burillo que «el período de cárcel o prisión preventiva sufrida no se descontaba del cómputo total de la pena». *Cfr.* BURILLO ALBACETE, F. J.: «Las cárceles de partido judicial...», *op. cit.*, p. 330.

(175) *Vid.* CASTEJÓN, F.: *La Legislación Penitenciaria...*, *op. cit.*, p. 267.

no aplicaron tal criterio benefactor. Es a partir de la citada Ley de 17 de enero de 1901, cuando se empezará a beneficiar con el descuento de la totalidad de la estancia sufrida en prisión preventiva para los condenados a penas correccionales, y con el descuento de la mitad para los condenados a afflictivas (art. 1.º), para los sujetos de reincidencia y reiteración (art. 3.º). En fin, la Real Orden de 29 de enero de 1902, resolvía los problemas de falta de información y dispuso, al respecto, en su disposición 1.ª, que cuando no conste el tiempo pasado en prisión preventiva, se entenderá que duró tanto como la sustanciación de la causa. Y a falta de ese dato, en virtud de la disposición 2.ª, se estará a lo que declarara el reo, sin perjuicio de una liquidación definitiva, según prevé la disposición 3.ª, cuando aparecieran datos oficiales precisos.

El resultado organizativo se refuerza, finalmente, con anterioridad al trascendente decreto de 1913, en virtud de la norma del mismo rango de 10 de marzo de 1902, estableciendo una nueva clasificación de los establecimientos penales, bajo el nombre genérico de «Prisiones» y asignando el cumplimiento de las diferentes condenas. Así, el artículo 2.º dispuso: «Las prisiones quedan clasificadas del modo siguiente: Prisiones de penas afflictivas; Prisiones correccionales; Escuelas de reforma; Prisiones preventivas. Serán prisiones de penas afflictivas las destinadas á extinguir las condenas desde presidio correccional hasta cadena perpetua. Prisiones correccionales las que sirven para el cumplimiento de las penas de arresto mayor y prisión correccional. Escuelas de reforma, los Establecimiento que tienen por objeto la educación y enseñanza de los jóvenes delinquentes, viciosos ó abandonados. Prisiones preventivas, los edificios en que permanezcan los detenidos y los procesados durante la tramitación de sus causas, los que cumplan arresto menor ó gubernativo, los transeuntes y los que se hallen en expectación de destino».

## VII. LA REFORMA RESULTANTE: LA DELUSORIA CÁRCEL MODELO DE MADRID

Consecuencia de la aludida intención reformadora y garantista respecto de las condiciones de vida de los reclusos, que desplegara la Sociedad Filantrópica, en la primera mitad del siglo XIX, fue la propuesta, comentada *supra*, de implantar una penitenciaría modelo. Así, como se señalaba en la Real Orden de Gobernación de 13 de diciembre de 1840, la Sociedad «considerando esta cuestión bajo el aspecto más elevado y trascendental, se propuso aplicar las buenas doctrinas

realizadas ya con buen resultado en otros países, y previa la autorización del Gobierno ideó la construcción de una penitenciaría-modelo, que había de ejecutarse con el auxilio de la caridad pública, oportunamente estimulada, ya que por de pronto no fuese posible contar con otros medios».

El precedente legislativo inefectivo en la intención de servir de modelo las cárceles de Madrid para todas las del Reino, se encuentra en la Real Orden de Gobernación de 18 de julio de 1841, aprobando las bases propuestas por la Sociedad Filantrópica. La siguiente norma que recoge esta posibilidad fue, en la legislación específicamente penitenciaria, la Real Orden de 30 de abril de 1844, en desarrollo de la Comunicación de la Dirección General de Presidios del Reino de 29 de febrero del mismo año (176). Seguiría tal iniciativa el también citado, para otros propósitos de la actividad reformista, Real Decreto, del mismo ministerio, de 25 de agosto de 1847, circulado por Real Orden de 7 de septiembre siguiente, mandando establecer en Madrid tres cárceles-modelo, y aprobando los reglamentos para el régimen de las mismas y para el de las capitales de provincia (177). Posteriormente, será la Ley de 8 de julio de 1876 la que dispuso la construcción en Madrid de una Cárcel modelo sobre la base del sistema celular, capaz para mil presos, cuando menos. Al fin la denominada «reforma oficial» por Salillas (178) venía a plasmarse en una realidad palpable. El propio texto de la exposición motivadora del Real Decreto de 23 de junio de 1881 haría referencia a la cárcel modelo en estos términos: «Emprendida la reforma penitenciaria de que ha de ser primero y muy principal elemento la nueva Cárcel Modelo». Se inauguraría oficialmente el establecimiento el 20 de diciembre de 1883 trasladándose los presos, como recuerda el último citado, el 9 de mayo de 1884 (179).

La Modelo de Madrid había venido a ser la penúltima esperanza reformadora ante prácticas funestas. Son los presos del Saladero a los que recibe la Celular de Madrid. Se habían trasladado los presos de la Cárcel de Corte al Saladero, a causa de amenazar ruina una parte del edificio, que existió como prisión desde 1833, en que se llevó primeramente a los presos de la Cárcel de Villa hasta 1884,

---

(176) Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: *Del presidio...*, op. cit., p. 35.

(177) Los únicos dos artículos del Real Decreto disponían: Artículo 1.º Habrá en Madrid tres cárceles-modelo; una para presos pendientes de causa; otra para sentenciados, y otra para mujeres. Artículo 2.º En las cárceles de las capitales de provincia se observará y cumplirá el reglamento adjunto: las de Madrid se sujetarán al mismo en la parte que á cada una corresponda.

(178) Cfr. SALILLAS, R.: *La vida penal...*, op. cit., p. 411.

(179) Vid. SALILLAS, R.: *Últ. op. y loc. cit.*

terminando por ser demolido en 1888 (180). Numerosas crónicas dan noticia de la situación de aquellos «presos arrojados inhumanamente» (181) a las cuadras de aquel «inmundo edificio» (182), cuyo uso original fuera para matadero de reses y almacenes de salazón de tocinos, que la Real Junta de Abastos encargó al arquitecto Ventura Rodríguez, empezando las obras en 1762 y terminando dos años más tarde.

A fecha de 14 de agosto de 1888 se publicaba un Real Decreto determinando los penados que habían de ser destinados a la prisión celular de Madrid. Y es que como explica su exposición motivadora, «el Real Decreto de 15 de abril de 1886, dictado para el cumplimiento desde el 1.º de julio del mismo año de las penas de prisión correccional en las cárceles destinadas al efecto en el territorio de las Audiencias sentenciadoras, conforme lo previene en su artículo 115 el Código penal, no podía derogar, ni en verdad derogó, los preceptos de la Ley de 8 de julio de 1876, cuyo exclusivo objeto fue acordar la construcción de la Cárcel modelo de Madrid».

La realidad reformada, cuando al fin tuvo lugar, explicitó carencias derivadas de una evolución mal planteada. Así Salillas lo expuso en el capítulo VIII de su obra señera (183). En sus palabras, la modelo «no es más que un edificio de arquitectura apropiada, un hospital sin patronos ni médicos. El tratamiento, si así puede llamarse, es esencialmente solitario, y las naturales inclinaciones del preso, abandonado al hastío de la celda, propenden á restablecer un disimulado hacinamiento». Su principal rival teórico también expondrá su crítica opinión al respecto. Por ello hoy se ha hablado a una «idea equivocada y localista» (184), cuando se hace referencia a la aparición de la cárcel Modelo de Madrid. Si bien tales adjetivos han de referirse a la actividad penitenciaria desplegada en aquel establecimiento, pues llevará éste, en cambio, la positiva impronta de aplicarse en su interior un sistema progresivo (185), refrendado al fin, en virtud de los artículos 291 y siguientes de su Reglamento provisional aprobado por Real Decreto de 8 de octubre de 1883, y de los artículos 254 y siguientes

(180) Vid. DE GRACIA, M.: «Las cárceles en el antiguo Madrid», *op. cit.*, p. 84.

(181) Cfr. SOLER Y LABERNIA, J.: *Nuestras cárceles, presidios...*, *op. cit.*, p. 23 quien toma las expresiones e información de la obra de LASTRES, F.: *Estudios penitenciarios...*, *op. cit.*, p. 198; también en relación con la habilitación del Saladero, DIRECCIÓN GENERAL DE ESTABLECIMIENTOS PENALES: *Anuario Penitenciario...*, *op. cit.*, p. 139.

(182) Cfr. LASTRES, F.: *Estudios penitenciarios...*, *op. cit.*, p. 197.

(183) Vid. SALILLAS, R.: *La vida penal...*, *op. cit.*, pp. 433 y ss.

(184) Cfr. FIGUEROA NAVARRO, M. C.: *Los orígenes del penitenciarismo español*. Madrid, 2000, p. 65.

(185) Vid. FIGUEROA NAVARRO, M. C.: *Los orígenes...*, *op. cit.*, pp. 67 y 78.

de la posterior y definitiva normativa para tal establecimiento de 23 de febrero de 1894 (186).

Cadalso sería igualmente crítico en 1893, desde su puesto de Director de la Modelo, un año antes de promulgarse el reglamento definitivo para la misma, en su Memoria presentada al Ministro Montero Ríos. En sus términos: «Si en lo que respecta á estructura y distribución de dependencias esta Penitenciaría se halla á la altura de la más perfecta, no sucede lo mismo en lo relativo al sistema y régimen general. Triste es decirlo, pero fuerza el confesar lo muy lejos que se halla de cumplir el Establecimiento llamado modelo el fin para que se edificó; la reforma y la enmienda del culpable (...). En punto a régimen, salvo el mantenimiento material del orden, se halla esta Penitenciaría en condición harto inferior á un Presidio de provincias (...) a lo que hay que añadir la confusa y perturbadora mezcla de corrigendos y procesados, la amalgama del sistema celular con el de aglomeración en el mismo Establecimiento, las muchas autoriades que ordenan y ejecutan los servicios» (187).

El otro resultado práctico más evolucionado de una normativa diseñada principalmente para la reclusión preventiva se advierte en el Reglamento provisional para la Prisión celular de Barcelona de 16 de julio de 1904 que mandaba edificarse por Ley de 23 de diciembre de 1886, estableciendo su artículo 1.º que tendría el carácter de cárcel y de penitenciaría para toda clase de penas correccionales. El artículo 1.º del Título primero nos habla del destino y dispone que «La prisión celular de Barcelona se destinará á prisión preventiva de partido y á prisión correccional», ingresando en tal establecimiento, en virtud del artículo 2.º, los detenidos por las Autoridades con arreglo a las leyes; los procesados cuya prisión acuerden los juzgados de la capital, y los que estén a disposición de la Audiencia de Barcelona; los sentenciados a arresto mayor en la capital; los sentenciados a prisión correccional por la Audiencia de Barcelona; los presos y penados de tránsito; los arrestados gubernativos. La específica materia del régimen de prisión preventiva se regulaba en el extenso Título V en los artículos 116 y siguientes cuyo destino serían las seis galerías generales según disponía el artículo 3.º de la misma norma.

Además de en aquellas normas singulares para los establecimientos celulares, de modo general, quedaba regulada la prisión preventi-

---

(186) En el título VII referido al Correccional, en su capítulo II referido al régimen, el artículo 254 disponía: «Los corrigendos estarán sujetos al sistema progresivo, que se dividirá en tres periodos».

(187) Vid. CADALSO, F.: *Memoria de la prisión celular de Madrid*. Madrid, 1893, p. 12.

va con arreglo en lo dispuesto principalmente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882, en sus artículos 309 y 502 a 527, y en las normativas citadas de 23 de febrero de 1894 reguladora de la prisión celular de Madrid, especialmente en su artículo 240, así como en los artículos 201, 214 y 309 del Real Decreto de 5 de mayo de 1913.

La reforma emprendida en 1904 exigía el análisis de la viabilidad del sistema celular en la cárcel preventiva que llevaron a cabo los dos grandes especialistas del momento: Cadalso y Salillas. Las críticas al modelo implantado en la prisión celular de Madrid todavía se vertían aquel año, por el primero de ambos, quien asumiera años atrás la responsabilidad de dirigir la misma y, por entonces, Jefe del Negociado de Inspección y Estadística, en estos agudos términos: «Mejor que gastar sumas tan crecidas en edificios de extraños modelos, por completo exóticos aquí, hubiera sido, y sería, proceder con más modestia y con espíritu más prudente y previsor, atemperando nuestras empresas á los medios disponibles, á nuestra propia tradición y á nuestro especial carácter; y en vez de espléndidas, pero muy costosas construcciones celulares, habernos limitado á levantar sólidas, seguras é higiénicas casas de reclusión. Así se hubieran construido con mayor rapidez y en mayor número, y nuestro estado penitenciario sería muy otro al presente. Si aquí, en la misma capital, en Madrid, en vez de levantar la Prisión llamada Modelo, y que bajo el punto de vista del régimen y de la acción penitenciaria dista mucho de serlo; si en vez de un edificio para hombres que subió a más de 8.000.000 de pesetas, se hubiera edificado uno de la mitad de coste, aun cuando no hubiera sido celular, acaso se hubiera construido la Prisión de mujeres y quitado la vergüenza que representa el actual destartalado y ruinoso edificio. Y lo que de Madrid decimos es aplicable a otras poblaciones, ó mejor es aplicable á todas, pues el elevado presupuesto que obras de tal linaje necesitan, detiene para emprenderlas, así al Estado como á las Corporaciones locales» (188).

El segundo citado, aparte de exponer la necesidad de sacar las cárceles de la acción de las corporaciones locales, debiendo ponerse, a su entender, bajo la responsabilidad directa y exclusiva del Estado (189), explicaba su interés reduccionista en el uso de la reclusión preventiva, sin llegar a la línea defendida por Concepción Arenal, ne-

---

(188) Cfr. CADALSO, F.: «Informe del Negociado de Inspección y Estadística», en DIRECCIÓN GENERAL DE PRISIONES: *Expediente general para preparar la reforma...*, *op. cit.*, p. 29.

(189) *Vid.* SALILLAS, R.: Informe del negociado..., *op. cit.*, p. 74. Y lo mismo afirmaba respecto de la Prisión celular de Madrid. *Vid.* Últ., *op. cit.*, p. 73.

gando la necesidad de tal medida procesal (190), a los fines previstos en el Capítulo IV del Libro II y Título VI de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En su concepto, de interés que merece la reproducción, se anticipaba la mejor política a seguir en esta materia: «la reforma carcelaria no se puede desarrollar más que con sujeción a esa preceptiva, tanto más cuanto que permite ir conllevando lo existente, transformándolo para mejorarlo» (191). Basándose en el requisito del artículo 521 de la LECrim., que establece que «los detenidos estarán á ser posible, separados los unos de los otros», y de las posibilidades al respecto, procedía Salillas a avanzar en su criterio individualizador. En sus palabras: «La cárcel ha de tener medios de seguridad, pero no medios generales sino particulares. No todos los presos son igualmente temibles, y la ley así lo reconoce». «De manera que la cárcel, cumpliendo los fines procesales á que se la destina, no ha de atender á otro objeto que á mantener la permanencia del inculpado y á no perjudicar los trámites del sumario». Con estos presupuestos la reforma carcelaria que anticipara Salillas respondía a las siguientes bases: «1.<sup>a</sup> Las nuevas cárceles y las antiguas que sean susceptibles de transformación, serán construidas y transformadas con arreglo á la arquitectura de separación individual. 2.<sup>a</sup> Interpretando el espíritu de la ley, la arquitectura de separación individual en las cárceles permite muchas atenuaciones que la simplificarán grandemente, lo que aconseja la modificación de los actuales programas de construcción, huyendo en ellos de lo monumental y de lo excesivamente recargado en medios de seguridad, porque esta con todo su rigorismo sólo es atendible en algunos casos, para lo que se dotará al edificio de medios particulares. Además, la seguridad no está únicamente en el edificio sino en la vigilancia. Sin vigilancia, los mejores edificios no son seguros, de lo que hay numerosos ejemplos, y también debe tenerse en cuenta que los excesivos medios de seguridad fomentan la molicie de los empleados, y éstos, en las prisiones celulares, han de ser mucho más activos que en las prisiones comunes. 3.<sup>a</sup> Las cárceles que no puedan ser reedificadas ó transformadas prontamente y tengan condiciones para acomodarlas á los preceptos del artículo 521 de la LECrim., serán habilitadas para darles condiciones que permitan la práctica del sistema de clasificación, dictando á este fin el oportuno Reglamento carcelario de que se carece. 4.<sup>a</sup> La reforma ha de ser constantemente promovida y constantemente mantenida por la Dirección general de Prisiones, no cejando un solo día en esta labor y siguiendo un orden que no

---

(190) Vid. ARENAL, C.: «Estudios penitenciarios». Tomo V, Vol. 1, en *Obras Completas*, Madrid, 1895, pp. 17 y ss.

(191) Cfr. SALILLAS, R.: Informe del negociado..., *op. cit.*, p. 173.

impedirá acudir preferentemente á los casos de urgencia. El orden que ha de seguirse corresponde al de importancia de las cárceles, que debe computarse por la misma clasificación de Audiencias y Juzgados».

## CONCLUSIONES

Ningunas como las siguientes y definitivas palabras del anterior citado visualizan el recorrido que emprende este trabajo y anticipan una conclusión sencilla de concordar: «Setenta y siete años transcurren desde la fundación de la Real Asociación de Caridad, importadora de las ideas correccionales y del principio de separación individual, hasta la ley que dispuso la construcción de la Cárcel Modelo. En este largo período, nunca fue abandonada la idea de la reforma, siempre se mantiene vivo el propósito, cada Ministro lo renueva, es programa de todos los partidos, es cosa por hacer, es necesidad que se impone: todos quieren llegar al objeto, pero casi nadie sabe el camino; todos empiezan briosamente y acaban por rendirse, como quien acomete un estudio sin preparación, ó como pobre que no tiene más fortuna que sus ilusiones y sus andrajos. Posada Herrera contó con un plan más perfecto que los que habían trazado sus predecesores, contó con créditos para realizarlo, y dejó la ruina en pie. Los demás no fueron otra cosa que apuntaladores, remendadores y gobernantes de los de vivir al día y cubrir la retirada. La historia de la reforma está enlazada íntimamente con la de nuestro estado social, político e intelectual: comprende períodos de agitación, de indiferencia, de ignorancia. La invasión francesa arrastró en su torbellino muchos elementos de nuestra naciente cultura; la guerra civil esterilizó los gérmenes diseminados; la política, único elemento triunfante en la discordia quiso restaurar lo perdido, no supo, y dió como leyes ideas borrosas, mal descifradas» (192).

En cualquier caso, aun conviniendo en lo sustancial con Salillas, el examen de los textos normativos y de los autores contemporáneos de las normas del pasado, nos presenta una estabilidad inaudita en las exigencias regimentales básicas durante centurias; y una añadida, por inusual, circunstancia advertida en la específica materia de la reclusión preventiva o custodial: la de la coincidencia valorativa y temporal entre las obras doctrinales del momento histórico determinante y las propias exposiciones motivadoras de las normas, transcritas hoy por su doliente carga reformadora.

---

(192) Cfr. SALILLAS, R.: *La vida penal...*, *op. cit.*, p. 412.

No ocurre lo mismo en lo relativo a la legislación penitenciaria propiamente dicha. Existe la crítica, pero la norma lleva una impronta castrense, y el rigor penitenciario se asimila al militar; de distinta sensibilidad, por el conocimiento del legislador de una realidad utilitaria y, por ello, en muchos aspectos, más proteccionista que la carcelaria. En todo caso, es muy digna de mención la actividad benefactora de las asociaciones de principios y mediados del siglo XIX. Su labor no era sencilla con tales medios, materiales y económicos. Además, hay que convenir con Burillo en una realidad de la práctica que distingue entre la vida preventiva y la penitenciaria, habida cuenta de la mayor dificultad organizativa en la primera a más de la diferencia de comportamiento entre unos y otros reclusos, y así lo plasma cuando afirma que, en el caso de la Asociación de Caridad, «otro grave problema al que tuvieron que hacer frente es que mientras los cuáqueros actuaban en penales, lo que supone una gran estabilidad de la población reclusa, los miembros de la asociación habrían de hacerlo en cárceles, en las que por las razones de movilidad ya comentadas, la organización de los talleres se hacía bastante complicada» (193).

La carencia de medios económicos aparece como una constante agravada por la fluctuante situación sociopolítica decimonónica española. A ello se suma la dispersión normativa acorde con la inexistencia de una organización centralizada carcelaria como, sin embargo, ocurría en el ámbito penitenciario. Solventado el problema económico, la opción elegida no trajo los parabienes deseados ni los objetivos deseables. La prisión celular de Madrid, si bien proyectada conforme a las doctrinas imperantes en la época y construida tras un enorme desembolso para lo acostumbrado, adolecía de una normativa coherente y continuada. Esto nos reconduce a valorar la cualidad de las leyes. No basta con el desembolso generoso si no existe una convicción en los principios informadores de la normativa que ha de soportar e impulsar tales desarrollos materiales. Un ejemplo a contrario ha sido, y sigue siendo aunque en menor medida, habida cuenta de la fuerte inversión mantenida, la normativa vigente, la Ley General Penitenciaria de 1979, tachada en su momento de utópica, por la falta de medios y establecimientos adecuados a lo dispuesto en sus preceptos, pero que ha permanecido sin apenas tacha admitiendo, desde su diseño, doctrinas del Derecho comparado empero haciendo uso de un sustrato ideológico propio y singular, que únicamente por reformas recientes como la impulsada por Ley Orgánica 7/2003, se deforma y desnaturaliza, relegando tal evolución secular.

---

(193) Cfr. BURILLO ALBACETE, F. J.: *El nacimiento...*, *op. cit.*, p. 66.



## Las prisiones de Eva. Mujer y cárcel en el siglo XIX

GUTMARO GÓMEZ BRAVO  
Universidad Complutense de Madrid

El 2 de octubre de 1888, las presas María Gómez Giner y Catalina Mansó, «hicieron presente que llevaban más de 30 años de condena de reclusión» (1). Solicitaron el indulto; la visita penitenciaria anotó sus nombres y siguió adelante. Dejó atrás el patio donde había dado sus primeros pasos la política que centralizaba las prisiones de mujeres en la de Alcalá y siguió el mismo recorrido que horas antes había realizado en el presidio de hombres, salvo por la presencia de las Hijas de la Caridad, 18 monjas encargadas del tratamiento y el régimen interno; precisamente, el tratamiento centrará esta reflexión, destinada a conocer la evolución del centro a través de los cambios en el carácter de su régimen (2).

Dos semanas más tarde, en una revista menos solemne, María y Catalina volvieron a pedir el indulto para una condena de reclusión

---

(1) Archivo General de la Administración. *Libro de Visitas*. Leg. 14314.

(2) En 1852 al Coronel Montesinos «por mediación de tan ilustre personaje [un antiguo Jefe Político de Valencia] se le encomienda el traslado de Presidio de Madrid a Alcalá e inmediatamente después el de la Galera de Mujeres, nombrándole a continuación Inspector General de todos los Presidios del Reino». RICO DE ESTASEN, P.: *El coronel Montesinos. Un español de prestigio europeo*. Alcalá de Henares, Talleres Penitenciarios, 1948, pp. 164-181. El otro gran momento penitenciario de esta localidad en el siglo XIX, además de la construcción de la galera de mujeres, y su progresiva labor centralizadora, llegó en 1888, quedando destinado el presidio a penados menores de 20 años, más tarde denominado Escuela Central de Reforma para Jóvenes, iniciando el difícil camino del tratamiento reformador penitenciario en España. Véase, GARCÍA VALDÉS, C.: *Los presos jóvenes (apuntes de la España del XIX y principios del XX)*; Ministerio de Justicia, Madrid, 1991. GARCÍA VALDÉS, C.: «El desarrollo del sistema penitenciario en España. Historia de una transición»; *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 249, 2002, pp. 13-21.

que ni siquiera recordaban con certeza. Nunca antes las visitas penitenciarias a esta galera (3) habían dejado constancia del testimonio de alguna presa; nunca antes, se había hablado de *presas*; reclusas, corrientes, galerianas, era el nombre que recibieron las mujeres encarceladas hasta prácticamente el final del siglo XIX. El informe final sobre la *penitenciaría* de mujeres decía así: «*recorriendo detenidamente todos sus departamentos y observando la limpieza y orden que reina en todos ellos. Sería conveniente estudiar el modo de proporcionar a las reclusas trabajos de cosido y de bordados en mayor cantidad que los que ejecutan dándoles así conveniente ocupación y mayores recursos. Por lo demás, la Junta observó con gusto que la penitenciaría de mujeres está muy lejos de presentar el triste aspecto de miseria que presenta el correccional de hombres: cercanos ambos edificios separados, sin embargo, por inmensa distancia en cuanto a sus condiciones materiales y al modo de vivir en ellos*» (4).

La inspección del dos de octubre de 1888, que había certificado el «malestar» en el presidio masculino se había acercado a la inmediata Casa-Galera, que a los efectos era ya prisión central de mujeres. La visión positiva, luminosa y laboriosa del penal de mujeres, contrastaba con el desorden, el hacinamiento, la mala alimentación, la enfermedad y la oscuridad (5). El orden era correspondido por la *naturaleza hacendosa* de la mujer. Para conocer el edificio y adentrarnos en el tratamiento, seguiremos la visita y las descripciones de dos ilustres penitenciaristas, Fernando Cadalso y Rafael Salillas, que explicarían la más tardía y desigual acción arquitectónica sobre la cárcel de mujeres pero también sus mejores resultados.

Salillas, que destinó un lugar excepcional a la galera de Alcalá en su *Vida Penal en España*, describió el complejo penitenciario formado por dos grandes pabellones en torno a un amplio patio espacioso que conducía al comedor de las reclusas, con capacidad para más de ochocientas personas, con buena ventilación e iluminación, *con mesas de color de leche, como en los cafés*, según lo describió una penada. Los propios presos del presidio trabajaron en la remodelación del convento contiguo en prisión de mujeres, terminada en 1863, cuando

---

(3) La etimología del término aparece vinculada a *las gentes del remo*, a los galeotes condenados a galeras en la época moderna. SEVILLA Y SOLANAS, F.: *Historia española (la galera)*. Segovia, «El Adelantado de Segovia», 1917.

(4) AGA. *Libro Visitas*. 14314. 2/10/1888. El presidente de la Junta fue José González de Tejada, acompañado de seis vocales y de Benigno Fraga, Esteban Azaña, Julián del Valle, Federico Usariaga, Ricardo Martínez, Pedro de la Calzada, Manuel Fuentes.

(5) GÓMEZ BRAVO, G.: *Crimen y castigo: cárceles, delito y violencia en la España del siglo XIX*. Tesis Doctoral, Dpto. Historia Contemporánea, Universidad Complutense de Madrid, 2003. Cap. VII, pp. 320-362.

ya existía un proyecto diseñado por uno de los personajes más influyentes en el diseño de la arquitectura penitenciaria de la época, artífice de la Modelo de Madrid: Tomás Aranguren. Tres años más tarde se aprobó su proyecto para convertir en establecimiento celular la Casa-Galera de Alcalá de Henares. Según Salillas, estando muy adelantadas las obras «*se varió de plan, y en vez de una penitenciaría de 500 reclusas, se dispuso hacer grandes salas para 2.000 penados. En 1869 fueron refundidas todas las Casa-Galera de la península en este edificio que consta actualmente de una galería celular y de dos pabellones con dormitorios comunes*» (6).

Completaban el edificio una galería celular, fruto del interrumpido proyecto de Aranguren, un patio de comunicación con la iglesia y el lavadero. Básicamente los mismos espacios que tenían los presidios pero con una consideración muy diferente. Si el preso debía pagar su falta, la presa debía expiar sus pecados, de ahí que no fuera coincidencia, según Salillas, que capilla y lavadero compartieran ubicación, pues respondían a una función principal de *purificar las almas y borrar otras suciedades con distinto jabón, agua y lejía*.

Cadalso describió el conjunto penitenciario, su esquema arquitectónico, las diferencias entre uno y otro edificio, así como los principios que proponía para su reforma, condensados en el último párrafo del extracto que sigue y en general, en su crítica al costoso sistema de ampliación y remodelación de los viejos edificios. «*Conventos también han sido los dos presidios que en Alcalá existen. El monasterio de Santo Tomás encierra a los jóvenes delincuentes y el del Carmen a reclusas de todas las edades. Hecho el primero en el siglo XVII ha consumido mucho dinero en reparos y es hoy mansión cascada, lóbrega y estrecha que por todas partes amaga despoblamientos. La Casa Corrección de mujeres sólo conserva de su primitiva fábrica la Iglesia conventual. En la fecha es acaso la mejor y más amplia prisión que cuenta España. Pero con las sumas que los arreglos se han tragado hubieran podido encargarse de nueva planta dos establecimientos ajustados a las exigencias del derecho y a la cultura y corrientes de la época actual*» (7).

El Estado había firmado un convenio con las Hijas de la Caridad celebrado el 28 de septiembre de 1880 sobre el régimen interior, pero garantizaba la seguridad con la fuerza militar que dirigía el presidio vecino. Pero, tras conocer este resultado de un proceso evolutivo de

---

(6) SALILLAS, R.: *La vida penal en España*. Madrid, Imprenta de la «Revista de Legislación», Madrid, 1888, edic. facsímil, Pamplona, Jiménez Gil Editores, 1999, p. 410.

(7) CADALSO Y MANZANO, F.: *Los presidios españoles y las colonias penales*. Madrid, Centro Editorial Góngora, 1891, pp. 6-7.

homologación de las figuras delictivas, de las penas y de los tratamientos especiales en la reforma penitenciaria, no debemos omitir una época decisiva en el cambio de la percepción de la mujer y del delito, que pasaría de ser *pecadora descarrada* a *delincuente degenerada*. En ese proceso ambivalente, que muestra la insistencia en el rol tradicional de la mujer a través de las instituciones religiosas donde se aparta de la sociedad y, en particular, de los hombres que las perdieron, pero también de un progresivo acercamiento legal al tratamiento delictivo masculino, que termina igualmente considerando la cárcel como el lugar más adecuado para aquellas mujeres capaces de cometer delitos tipificados penalmente, se detendrán las páginas siguientes, que serán también el espacio oportuno para atender al impacto de las teorías de la criminología positivista a partir del *status* de la mujer delincuente que supusieron un enorme cambio respecto de la mirada correccionalista.

La posibilidad de observar aquella que fue durante un largo período de tiempo la prisión central de mujeres en España, lleva necesariamente a tratar el papel de la mujer en la sociedad decimonónica y su participación activa en la misma, porque la mujer también se hizo visible a través del delito, a pesar de que fuese criminalizada con mayor dureza por ello desde una antropología criminal y médica encargada de degenerar el rostro de toda mujer libre, si se puede llamar libre a las prostitutas a las cuales midieron el cráneo, a las pobres de fuera, *por-dioseras* y *quinquilleras*, que echaban de las ciudades y a las presas, en recintos adecuados para la moderna dimensión de delincuente que disputó al hombre y desbarató la ciencia médica y la antropología criminal que, llevada de la misma obsesión medidora de la estadística, confeccionaba cuadros patológicos sobre el nuevo sujeto delincuente que probaban la relación entre menstruación, menopausia, que para las que ingresaban jóvenes y con largas condena solía presentarse de los 36 a los 38 años, y procesos nerviosos femeninos, con el tipo urbano o rural de procedencia (8). El papel de las religiosas en la corrección femenina fue reactivado en la Restauración, mientras en el terreno intelectual la consolidación de un punto de vista médico-social, la irrupción del positivismo y el nacimiento de la criminología, enfocarían desde sus propios prismas la naturaleza de la mujer delincuente.

---

(8) «Dice el ilustrado Dr. Martínez Esteban, médico de esta penitenciaría que las gallegas, asturianas, vasco-navarras y alto aragonesas, procedentes de pequeñas poblaciones o del campo, sufren de los ocho meses en delante de reclusión, una irregularidad menstrual, con alteraciones en el período en la cantidad y en el color, hasta desaparecer en algunas el flujo por completo. Las de las mismas regiones provenientes de los grandes centros de población, no experimentan tan grandes desórdenes menstruales». SALILLAS, R.: *La vida penal*. Op. cit., p. 326.

Estudiar una prisión de mujeres de estas características significa una tarea que vuelve a enfrentarse a la ausencia de un trabajo histórico sistemático sobre las prisiones de mujeres en España, no sólo para este período, sino para todos, a excepción de los estudios de las cárceles de mujeres bajo el franquismo. Tradicionalmente, ha sido la visión del encierro diferenciado la que ha prevalecido en historias de espacios no carcelarios sino correccionales, lo que le ha dado en unos casos mucho énfasis en el rigor reglamentario (9) y en otros continuidad en el análisis de las esferas pública y privada, a partir de un rol débil, prepenal y consecuente con la reducción femenina a los espacios privados, al enclaustramiento, sobre todo desde los estudios de género de corte anglosajón (10).

A pesar de todo, ninguna teoría puede explicar por qué las presas María Gómez Giner y Catalina Mansó, hicieron presente que llevaban más de 30 años de *condena de reclusión*, según sus propias palabras. Si era cierto que llevaban presas desde comienzos de los años cincuenta no se entiende su situación. Desde el punto de vista *legal*, tras la en-

---

(9) Gema Martínez Galindo, basó su tesis doctoral sobre las cárceles de mujeres en tres reglamentos que representarían la evolución paradigmática hacia las cárceles, señalada en tres momentos: la fase religiosa, a través del discurso en 1608 de Magdalena de Sor Jerónimo, la judicial en la *Ordenanza de Pereyra* de 1796 en la galería de Valladolid, y la fase penitenciaria a través del *Reglamento de las Casas de Corrección* de 1847 y el *Reglamento de la penitenciaría de mujeres de Alcalá* de 1882, en lo que queda calificado como un proceso continuo de homologación hacia los presidios masculinos. Fue publicada bajo el título *Galerianas, corrigendas y presas. Nacimiento y consolidación de las cárceles de mujeres en España (1608-1913)*. Madrid, Edisofer, 2002. Para una síntesis legislativa, CANTERAS MURILLO, A.: «Cárceles de mujeres en España: origen, características y desarrollo histórico». *Revista de Estudios Penitenciarios* núm. 237 pp. 29-34.

(10) Lucia Zedner fue la encargada de recrear las prisiones de mujeres en la Inglaterra victoriana a través de la percepción social y del ideal de feminidad en la línea de Joan Scotto. «*We have seen how Victorian's perceptions of criminal womwn diferent markedly from their views of criminal men. These differents were clearly reflected in the regimes set up for womwn in prison. Since, by committing crime, womwn were seen to have fallen from the ideal of femminity to wich all womwn were supposed to aspire, the main aim was to provide inmates with the opportunity and mens to reform. Although the ideal of the "lady", by definition, presumed a social class most criminal womwn could never hope to attain and set standars remote from the realities of the life they faced outside, this fact did not deter reformers froms holding the ideal up as the ultimate goal*». ZEDNER, L.: «Wayward Sisters. The Prison for women», en Morris, N. y Rothman, D. J. (ed.) *The Oxford History of the prison. The practice of punishment in western society*. Oxford-New York, Oxford University Press, 1995, pp. 329-361. Para un enfoque de género en el tratamiento de la Justicia al delito femenino en el mundo británico CARLEN, P. y WORRAL, A. (ed.): *Gender, crime, and justice*. Oxford, Oxford University Press, 1987. Para la evolución del imaginario femenino, SCHMITT, J. C. (dir.): *Ève et Pandora. La création de la premiere femme*. Paris, Gallimard, 2002.

trada en vigor del Reglamento de Casas de Corrección de 1847 y la Ley de Prisiones de 1849 y el, por el que oficialmente las casas de corrección de mujeres pasaban a unificarse bajo la misma dirección gubernativa que los presidios, estarían condenadas, por tanto, a cadena perpetua, pena que negaba el objetivo correccional de lo que todavía no se llamaba *cárcel de mujeres*. Estas dos presas olvidadas, encerradas de por vida, sumadas a otros tantos ejemplos capaces de dotar de la suficiente fuerza a las dudas sobre la correspondencia con la realidad de los planteamientos basados exclusivamente en las disposiciones legales y reglamentarias. Particularmente las mayores distancias entre las bases reglamentarias y la realidad carcelaria se encontraban en los puntos u objetivos de reforma y rehabilitación de los presos y presas.

A la semana siguiente de la visita a la galera en que María y Catalina reclamaron su indulto, es decir, el 13 de octubre de 1888, «*estando presente la señora superiora de las Hijas de la Caridad se enseñó un proyecto de las reclusas para reducir el depósito de cadáveres y crear una escuela*» (11), cuando todo el capítulo VIII de la Orden de 31 de enero de 1882 que aprobaba el *Reglamento para el régimen de la Penitenciaría de mujeres de Alcalá de Henares* (12),

---

(11) AGA. Libro Visitas. Leg 14314.

(12) Art. 34.º *Las penadas recibirán en el Establecimiento la necesaria educación é instrucción moral y religiosa, que incumbirá al capellán, al profesor ó profesores, si los hubiere, á las Hijas de la Caridad y á las asociaciones que puedan proponerse tal fin, y para ello estén autorizadas por la Dirección general del ramo.*

Art. 35.º *La instrucción primaria se dará á todas las reclusas, y si fuere posible, las nociones científicas ó artísticas más convenientes para el ejercicio de alguna profesión ú oficio.*

*Para esto se formarán las secciones que exijan las circunstancias del local destinado á Escuela, teniéndose en cuenta principalmente la edad y, hasta donde sea posible, el estado y condiciones personales de las reclusas.*

Art. 36.º *La asistencia á la Escuela será obligatoria para todas las penadas, con la sola excepción de aquellas que por su avanzada edad ó estado físico ó moral no puedan concurrir.*

Art. 37.º *La Superiora de las Hijas de la Caridad, con asentimiento del primer jefe, señalará en cada estación las horas de Escuela; que en ningún caso bajará de una para cada sección, y fijará de igual modo la distribución de ese tiempo en las diversas enseñanzas que hayan de darse.*

Art. 38.º *Los adelantos de la instrucción, apreciados periódicamente por exámenes ante el primer jefe, la Superiora y el capellán y ante los profesores, cuando se establezcan, motivarán como estímulo y recompensa el nombramiento de las penadas que lo merezcan como auxiliares de los maestros, cuando su conducta general no las haga indignas de tal distinción.*

Art. 39.º *El mantenimiento del orden y buen régimen de la Escuela, mientras no haya profesora especialmente nombrada, estará á cargo de la Superiora, por delegación del primer jefe, auxiliada en caso necesario por los empleados del Establecimiento.*

estaba centrado en la instrucción. Seis años después no se había creado escuela, a pesar de las quejas de las presas, que tras el indulto, era aquello que más arduamente reclamaban, de acuerdo a los libros de visitas.

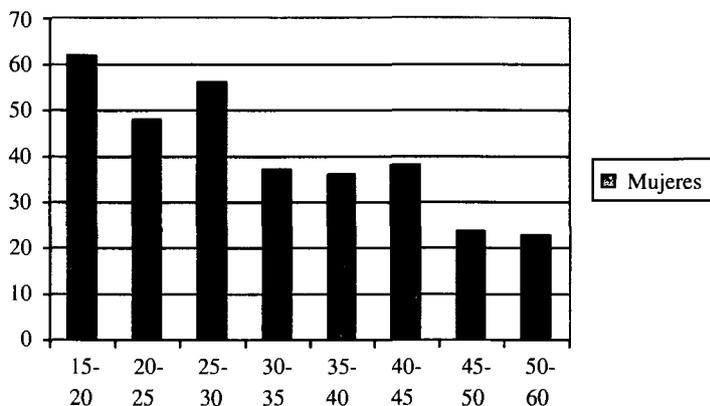
El tratamiento penal de las mujeres fue el campo de batalla, junto al de los menores, del reformismo penitenciario español. En esta cuestión, enconada con la aportación de las teorías dominantes del positivismo científico, el perfil de la delincuente recibe una serie de aportaciones degenerativas que regía la documentación, la recogida de datos y la observación científica del nuevo objeto de estudio, pero no todos. Tras analizar la muestra del padrón penitenciario de 1870 (13) y conocer las dinámicas de distribución de edad, estado civil, naturaleza y oficio de las presas, pudo observarse que no diferían en gran medida de las estudiadas para una población «libre» de volumen importante como era Alcalá de Henares (14).

Como muestra la figura, tres grupos de edad eran los más nutridos, a pesar de que su distribución fuera muy uniforme. Las más numerosas fueron las más jóvenes, entre 15 y 20 años, ya que precisamente con esta edad de 30 años se presentó el mayor número de reclusas. Su distribución fue tan paulatina, que si cada generación parece pasar a la siguiente de forma natural, como en la propia sociedad, y fue precisamente en esa similitud donde se encontraba el mecanismo de su distribución real. Según los datos de 1870, las mujeres nacidas entre 1850 y 1855, fueron las más condenadas a cumplir este tipo de penas. La política penitenciaria de mujeres era centralista, concentraba a todas las sentenciadas a prisión correccional en la galera de Alcalá, y éste fue un hecho que amplía el espectro donde se juntan las medidas políticas y la evolución social y demográfica de una población como la femenina, que confluía en el delito con la normalidad precisamente de los procesos biológicos, aquellos que la ciencia del momento les negó. Esa franja de mayor movilidad fue la más sancionada por delinquir, y no parece, por los datos de naturaleza, que su área de actividad fuese eminentemente urbana. Las regularidades pueden acercarnos a algunas conclusiones más allá de los cálculos generales. Su distribución porcentual en este padrón era de un 57 por 100 del total de la población penal censada.

---

(13) GÓMEZ BRAVO, G.: *Crimen y castigo*. *Op. cit.*

(14) OTERO CARVAJAL, L. E., CARMONA PASCUAL, P. y GÓMEZ BRAVO, G.: *La ciudad oculta. Alcalá de Henares 1753-1868. El nacimiento de la ciudad burguesa*. Madrid, Fundación Colegio del Rey, 2003.



Galera de Alcalá. Grupos de edad.

Fuente: Gómez Bravo, G.: *Crimen y castigo*, p. 298.

Así pues, la estructura que reproduce el padrón es la de la distribución y localización de las mujeres en la propia sociedad, sin grandes sobresaltos o concentraciones como en el caso masculino, que sólo logra imponer sus características en las grandes ciudades. Esta base humana amplía su lógica con un alto porcentaje de hurtos y de robos que ahora se superponen a una fuerte distribución agraria que suele atribuirse a los presos, tal vez, a causa de las lecturas ahistóricas que se han venido haciendo de la delincuencia femenina. Las presas han estado demasiado tiempo desempeñando el rol de la corrección o la degeneración científica en la vía que ha tratado la deformación tradicional de su imaginario, o por centrarse muchos de los estudios de los caracteres penales en la legislación, los textos o el ideario masculino, hasta una línea esencialista donde choca cualquier elemento comparativo que provenga, por ejemplo, de un padrón de vecinos. Queda aquí aclarado, no sólo cuantitativamente con datos que no proceden de listas o recuentos judiciales o estadística ministeriales, sino de un padrón vecinal realizado en un momento esencial en la homologación y centralización penitenciaria femenina como 1870, realizado con los mismos parámetros que cualquier padrón municipal, que sus rasgos no diferían mucho de la realidad socioeconómica en la que vivían antes de entrar en la cárcel en las que las mujeres no eran tan minoritarias, inactivas, sumisas, o marginadas como a veces se ha dicho.

Las mayores diferencias se producían en las enfermedades, debido a las condiciones de alimentación, aunque también tenían la misma sobremortalidad que las otras mujeres frente al cólera. Pero, el resto de condiciones no las hacía en absoluto marginales respecto del resto de las mujeres comunes de la época. Ni siquiera el tipo de delito pro-

vocaba diferencias con las presas de las cárceles de partido (15), siendo mayoritariamente el hurto y el robo, aunque de mayor intensidad, la causa fundamental del ingreso en la galera. Únicamente, dado el carácter central del establecimiento destinado a penas mayores, se apreciaba una mayor intensidad en la violencia que acompañaba a esos delitos.

Las tesis degenerativas del positivismo italiano en primer lugar, encontraron significativo este hecho de la violencia o crueldad, como colofón de una anormalidad que chocaba con la pervivencia de la idea de pecado como raíz del delito en la mujer. Las bases de la normalidad y las imágenes de la desviación trascienden el discurso legal o los efectos en el cuerpo femenino y su estereotipo; gracias a la acción de las propias presas, podemos ver qué mecanismos funcionaron dentro y fuera de los múltiples cerrojos de las prisiones de Eva. El problema, por tanto, no es buscar exactamente en qué fecha comenzaron las mujeres que delinquirían a ser tratadas igualmente en las penas de privación de libertad que los hombres, sino el carácter de un tratamiento en el que incidía la ciencia pero que en la España del XIX seguía dominado por la Iglesia y la pobreza, tanto en la penuria presupuestaria como en la *cultura de la pobreza* que las clases altas mantenían desde la beneficencia y las sociedades de patronazgo. El marco sigue siendo el tránsito de la Justicia del Antiguo Régimen a la liberal, que en su centro penitenciario debe ampliarse hasta al menos el primer tercio del siglo XX. Coexistieron, en las cárceles de mujeres del siglo XIX, penas de diferentes tradiciones y sistemas penales, como las presas María y Catalina, que seguían pidiendo el perdón más que el indulto, con otras juzgadas de acuerdo a dos Códigos distintos que dirigían el proceso común de homologación.

A la vez que conocer la evolución legislativa y los caracteres generales del encierro femenino como un espacio mayor de reclusión del cuerpo, es necesario conocer el grado de fusión de los antiguos elementos correccionales con los de la moderna penología y ciencia criminal, sobre el tratamiento y régimen interno de las presas. En la etimología de la galera se encuentran las primeras muestras de la diferenciación de la mujer como sujeto penal. Félix Sevilla las vinculaba a las gentes del remo, compañeras de los galeotes, pero fue Cadalso el que recopiló la necesidad de separación «*por la débil complexión de la mujer y la inmoralidad que había de producirse al mezclar a las delincuentes con las galeotes en las embarcaciones, las exentaban del servicio de galeras y extinguían sus condenas en edificios cerrados*» (16). El mismo Cadalso rastreó las primeras medidas

---

(15) GÓMEZ BRAVO, G.: *Crimen y castigo*. Op. cit.

(16) CADALSO y MANZANO, F.: *Diccionario de legislación penal, procesal y de prisiones*. Vol. I. Madrid, Hijos de Reus, 1916, p. 473.

en ese sentido, como la aprobación en 1792 por Sala de Madrid para que los reconocimientos a presas los ejecutara una demandadera de mujeres y dos años más tarde en que la Cárcel Real de Madrid creó cuatro salas para mujeres. Ya en época liberal, la Ordenanza de Audiencias de 1835 recogía los preceptos de separación, trasladados a la cárcel del partido, donde las presas tenían las dependencias junto a las habitaciones de pago y podían salir a pasear, y la Ley de 1849 que instaba igualmente a la separación y clasificación por sexos y edad (17).

## LAS RECOGIDAS

Las disposiciones de época moderada abundaron en la separación de sexos, siempre que el espacio y las condiciones lo permitieran, lo que se tradujo en numerosos proyectos inacabados. Pero nadie ostentaba todavía la condición de presas. La Ley de Prisiones de 1849 prevenía que las mujeres cumplieran las penas privativas de libertad en casas de corrección, eran *corrigendas*, lo cual no nos hace dudar del acercamiento penal, sino del cumplimiento mismo de la ley y de los reglamentos respectivos, como más tarde reconocería el propio *Reglamento de cárceles de Madrid* de 1874.

Los reglamentos pueden introducir elementos novedosos y cuestiones determinantes para las tesis basadas en la dimensión jurídica de la normativa, que suelen ser, en líneas generales, muy evolutivas o progresivas en su visión de la historia, pero la propia investigación histórica debe aceptar la supremacía de los hechos. Y los hechos se alejan a menudo de los reglamentos y muestran tanta resistencia al cambio como apego a las experiencias pasadas, en función de un contexto propio pero no aislado, de ahí que sea necesario detenerse en el carácter de las casas de corrección para poder concluir el impacto que técnicamente suponía la asimilación a la vida penitenciaria masculina, en el excepcional observatorio penal de Alcalá de Henares. La presencia de las Hijas de la Caridad ya era bastante significativa para constatar que el objetivo fundamental de la galera seguía siendo la corrección. Sólo tres años antes del traslado de la galera de Madrid al convento alcalaíno decidido en 1851, se había creado en Bilbao una *casa de recogidas* coincidiendo con el aumento alarmante de la prostitución. La tarea fundamental de tal institución era el encierro de las mujeres como castigo a sus conductas, como rezaba en su acta fundacional «*para recoger y hasta donde sea posible moralizar a estas mujeres*» (18).

---

(17) GÓMEZ BRAVO, G.: *Crimen y castigo*. *Op. cit.*, Cap. II, pp. 72-140.

(18) FERNÁNDEZ CUCALA, M.: «La Casa de Recogidas de Nuestra Señora de la Caridad o del Refugio (1848-1870)». *Historia Contemporánea* núm. 23 (2000-II),

Una red, más correccional que penal, de instituciones religiosas o estatales con tutela religiosa, basadas en el ideal femenino de mujer cuidadora, honrada, madre, esposa y hermana, tejida para sostener la caída de la condición de la mujer. Se suponía que la situación que llevaba a la mujer al delito o la perdición procedía de un descenso en su condición, de una *caída*, que las monjas sabían rectificar moralmente. Esa particularidad traducida en la diferenciación en el tratamiento jurídico, había incrementado el carácter benéfico de la atención y el tratamiento a la *mujer perdida* en instituciones religiosas que mantenían el alejamiento absoluto de la sociedad, en una prisión conventual que la desamortización, paradójicamente, se encargaría de hacer coincidir terrenalmente. Una relación fundamental que designaba este ámbito asegurado por la ambigüedad de la legislación fue la prostitución. Como escribió Aurora Riviére, «*en la cárcel de mujeres ingresaban en el siglo XIX las prostitutas que faltaban a los registros de la policía o las que transitaban por Madrid antes de la una de la madrugada, imponiéndose entonces la pena quincenaria (15 días de arresto)*» (19).

La Casa de Maternidad fue otra institución que la beneficencia concebía también en su especial relación con los centros de reclusión de mujeres. Una relación destinada, como ya quedaba representado en el hospicio, a guardar el buen nombre y la buena imagen de las localidades limpias de vagos, enfermos, gitanos, quinquilleros, transeúntes y prostitutas, que por decisión del Jefe Político llenaba periódicamente las cárceles locales. Para limitar en cada caso el desarreglo moral que producían, el miedo, el contagio o el infanticidio se prevenía la ocupación, el trabajo y las tareas *propias de cada sexo*. La beneficencia liberal reordenó también los hospicios, expropió los viejos hospitales e hizo públicas las Casas Galeras de muchas ciudades, pero no modificó sus atribuciones hasta el último cuarto del siglo con la consecución de la reforma penitenciaria. Mientras tanto, la mezcla de situaciones, de pasos, entre el hospicio, el hospital y la cár-

---

pp. 485-521. Para el estudio histórico y social del ámbito de la corrección en el siglo XVIII, MEJIADE, M.<sup>a</sup> C.: *Mendicidad, pobreza y prostitución en la España del siglo XVIII; la Casa Galera y los depósitos de corrección de mujeres*. Madrid, Universidad Complutense, 1992. Para la Casa de Recogidas de Madrid, PÉREZ BALTASAR, M.<sup>a</sup> D.: *Mujeres marginadas: las Casas de Recogidas de Madrid (siglos XVIII-XIX)*. Madrid, Gráficas Lorno, 1984.

(19) RIVIÉRE GÓMEZ, A.: «*Caídas, miserables, degeneradas. Estudios sobre la prostitución en el siglo XIX*». Madrid, Dirección General de la Mujer, 1994, pp. 99-100. En su estudio sobre los registros de *Las Adoratrices* de Madrid entre 1845 y 1865, Riviére calculó aproximadamente un 40 por 100 de ingresos sanitarios, un 17 por 100 directamente de prostíbulos y el resto directamente de las familias, cárceles, o instituciones de beneficencia pública o privada.

cel, fue sufrida por multitud de mujeres que en la mayoría de los casos encontraban la atención médica, la pediátrica, bajo una u otra forma de reclusión validada desde la experiencia asistencial y el mantenimiento de estos espacios que se extendían tanto a los ámbitos públicos como privados. En Burgos, por ejemplo, el obispo convirtió un viejo hospital en *Casa de Corrección de Mujeres Jóvenes* en 1797. En 1846 existían en el establecimiento 41 penadas por sentencia judicial (20).

Junto a la Iglesia, que siempre defendió la necesidad de separar los establecimientos de hombres y mujeres, las *damas* de la aristocracia compartieron la dirección espiritual y material de los centros de recogimiento y piedad. En 1845, Micaela Desmaisières importó el modelo de monjas francesas basado en el encierro, la separación del mundo, la individualización y el trabajo productivo, con la creación en Madrid del *Colegio de Jóvenes Desamparadas* (21). Doctrina cristiana e instrucción propia de su sexo iban a ser los principios aplicados bajo los eufemismos del régimen celular que, por otra parte, había arrancado desde una profunda visión moral del delito o pecado que pretendía limpiar a través del aislamiento, la vigilancia y el régimen individualizado, en el caso español, limitado al arranque de los tratamientos especiales a mujeres y jóvenes, centralizados en Alcalá.

El mismo código del *honor*, que operaba en el duelo, en las lesiones y en las agresiones, desdoblaba dos modalidades que afectaron al carácter del tratamiento correccional de la mujer: la pérdida temporal de la *honra* de las mujeres recluidas y la aplicación del propio código

---

(20) CARASA SOTO, P.: *Historia de la beneficencia en Castilla-León. Poder y pobreza en la sociedad castellana*. Universidad de Valladolid, 1991, p. 213. «*Se dedican a hilar y a otras labores mecánicas, como era usual en los establecimientos asilares de beneficencia. Las rentas del establecimiento, que no eran otras que las del viejo hospital, consisten en 513 fanegas de pan mixto, 125 reales en censos y 1900 reales de intereses por bienes desamortizados bajo Carlos IV. Las reclusas tienen asignados por el gobierno 11 cuartos diarios para su manutención*».

(21) Según Madoz, la casa galera estaba en la calle Ancha de San Bernardo, núm. 81. Construida como anexo del hospicio en 1722, en 1750 se trasladó a la calle Atocha, donde siguió dependiendo de la Junta de Hospitales; en 1818 pasaron al edificio de la Inclusa. «*Extinguida la sala de alcaldes y establecida la audiencia territorial pasó la dirección de la Galera a una Junta compuesta del regente y los dos magistrados más antiguos; en 1842 se encargó su dirección a la Sociedad para la mejora del sistema carcelario ( ) habiéndose establecido un sistema de disciplina tan acertado, que no sólo se consigue la moralización de las penadas, principal objeto que se propuso la comisión, sino que terminada la condena vuelven a la sociedad no sólo con un oficio que las proporcione la subsistencia y las retraiga del crimen, sino que sacan un pequeño capital con las que algunas pueden establecerse*». MADDOZ, P.: *Madrid. Audiencia, Provincia, Vicaría, Partido y Villa*. 1848. Madrid, Primera edición facsímil José Ramón Aguado, Ediciones, 1981, p. 389.

del honor masculino que trascendió hasta los propios Códigos penales en cuestiones como el adulterio o los delitos contra la honestidad (22).

## LAS PRESAS

La Casa-Galera encerraba las historias que personifican esos procesos, a menudo tan sincronizados, entre la evolución reglamentaria y la consideración histórica, pero no hay que olvidar que fueron sufridos por mujeres de carne y hueso, que por otro lado habían cometido delitos tipificados en el Código penal. Mujeres como Venancia Escribano y López, que había sido condenada en 1882 «a la pena de tres años de prisión correccional y accesoria», o Jerónima Ambrosio Carvino, nacida en Villanueva, Cáceres, que un 2 de mayo de 1885 fue declarada loca por el facultativo del centro, que firmó una solicitud de traslado a un manicomio para que fuera firmada por el Gobernador (23), o Juana Egido, en cuya hoja de filiación podía leerse «Natural de Sepúlveda, provincia de Segovia, vecina de Madrid, soltera, de 18 años. Pelo castaño, cejas al pelo, ojos pardos, nariz, cara y boca, regular, color sano, 4 pies, 6 pulgadas, señas particulares, hoyosa de viruelas» (24). Estaba en la cárcel de Alcalá porque en julio de 1878 fue sentenciada por la Audiencia de Madrid, a la pena de 4 años, 2 meses y un día, en prisión condicional de 221 pesetas, por el delito de Hurto Doméstico. Dos años más tarde, fue condenada por otro delito «uso de cédula de vecindad ajena» que tampoco pudo evitar con el pago de las 121 pesetas de multa, que se tradujeron en 21 días más de prisión. La pobreza, la insolencia, y los cuatro años de prisión dejaron secuelas en la salud de Juana, aquejada de fiebre gástrica, una de las principales enfermedades diagnosticadas en las estadísticas penitenciarias, por la que el médico del centro, Raimundo de las Heras y Caballero, certificó la imposibilidad de su traslado a Madrid una vez extinguida su condena.

---

(22) Mónica Bolufer rastreó estas señas en los nombres de los establecimientos de recogidas. «Arrepentidas, penedides, vergini miserabili, dones de la penitencia, convertite, fanculle abbandonate, zitelle periclitanti (doncellas en peligro), casa di socorro, depósito, colegios y casas de doncellas, niñas, vírgenes huérfanas y desamparadas, malmaritate y galera». BOLUFER PERUGA, M.: «Entre historia social e historia cultural: la historiografía sobre pobreza y caridad en la época moderna». *Historia Social* núm. 43, 2002, pp. 105-127.

(23) Archivo Municipal de Alcalá de Henares. Leg. 1059/10

(24) AMAH. Leg. 1057/3. 8/11/82

Experiencias carcelarias mutiladas, perdidas, sin clasificar, y borradas por el paso de un tiempo que no guardó su memoria, sino que la borró. La mayoría de ellas no se conservan y sólo nos queda intentar recrear el tejido vital, político, legal, médico, pero también social, cultural e identitario en que se desarrollaron. Si en torno a los presidios se conservan pocos datos que no sean de naturaleza disciplinaria o reglamentaria, en la galera hay incluso más dificultad. Se conservan documentos relacionados con la gestión del establecimiento, como los registros de las subastas de la Primera República, las relaciones de vacunación o los traslados de los hijos de las presas a la Casa de Maternidad o Inclusa de Madrid, que también se hacía por conducto político. El facultativo comunicaba la situación al Alcalde, que a su vez pedía la autorización al Gobernador, pues se trataba de una institución de carácter provincial. Los casos en el año 1882, el del triunfo reglamentario, fueron apabullantes. El 2 de febrero de 1882, la presa María Natalia Granados Ruiz manifestó al médico *que en vista de que no puede criar a su hijo por el estado de salud en que se encuentra quiere que su hijo pase a una casa de maternidad* (25). El 2 de junio de 1882 fue examinada médicamente la presa Martina Morillo Miranda *sin poder lactar a su hijo nacido el 24 de mayo pasado, y siendo necesario para conservar la vida de dicho hijo Juan Francisco, llevarlo a la Casa de Maternidad de esta provincia, la pongo en condiciones de VD, encareciendo la situación en que se encuentra el niño por carecer de alimentación necesaria a su subsistencia* (26). El 29 de junio se remitió la orden de ingreso provisional en la Casa de Maternidad; casi un mes más tarde la Inclusa aceptaba a un niño de 41 días llamado Gabriel Luis, hijo de la reclusa fallecida María de la Cabeza Josefa Juana Coría Expósito. Antes de terminar el año, se sucedieron más peticiones de traslado a la Inclusa de presas, como la de Filomena Muñoz, *que por motivo de haberse quedado sin leche a consecuencia de una hernia que ha padecido* solicitó que su hija María Morán, de seis meses de edad, pasase a una casa de maternidad. Para paliar la situación se aprobó el aumento de los socorros. El 26 de junio de 1882 se dictó una orden por la que a los hijos de las reclusas que se hallaban fuera del período de lactancia, se les suministraría ración entera, y a las penadas embarazadas o lactando ración entera extraordinaria (27), una año después de que, a petición de la

---

(25) AMAH. Leg. 1057/3.

(26) AMAH. Leg. 1057/3. Todas las referencias pertenecen al mismo documento.

(27) LLORCA ORTEGA, J.: *Cárceles, presidios y casas de corrección en la Valencia del XIX (apuntes históricos sobre la vida penitenciaria valenciana)*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1992, p. 239.

Sociedad Protectora de los Niños, se hubiera habilitado el pabellón de párvulos.

La cuestión sobre qué hacer con los hijos de las presas en semejantes condiciones se prolongó en el debate penitenciario hasta el primer cuarto del siglo XX. Separar a madre e hijo significaba la mayor atrocidad y la prueba más evidente de la renuncia a la función correctora de las instituciones para el reformismo de corte cristiano de Concepción Arenal, que estimaba inherentes a la mujer y a la sociedad las funciones materna y caritativa respectivamente. La presa que lactaba a su hijo debía recibir auxilios especiales: bagajes (alimentos para el traslado), aumento de ración, celda preferente, vestidos para su hijo y medios para proveer su aseo y asistencia facultativa para el niño (28). La misma visión negativa de la Inclusa mantuvo años más tarde un Fernando Cadalso que había visto en Alcalá adolescentes de 12 y 14 años hacinados con adultos y ancianos en el presidio: «*conozco a muchos cuya historia causa verdadera compasión. Al nacer fueron expuestos y recogidos por la Inclusa; pasaron su infancia en el hospital; salieron a la calle más tarde, y últimamente ingresaron en el presidio, donde, por las condiciones de éste se amaestraron en el mal*» (29). En cambio, bajo los argumentos de indisciplina y la falta de productividad de los centros de reclusión femenina para extinguir condena, que en 1919 sólo conocían en Madrid, Barcelona, Valencia y Alcalá algunos sectores profesionales de las prisiones, fijaron algunos la atención en el riguroso modelo británico que separaba a las presas de sus hijos al cumplir los tres años (30).

## EVOLUCIÓN JURÍDICA Y DELITO: LÍMITES DEL RÉGIMEN CORRECCIONAL

Jurídicamente, la creación de la galera junto al presidio fue un paso decidido en el proceso de asimilación de las penas a ambos sexos que situaba las casas de corrección bajo dirección gubernativa. Por el decreto de 1 de abril de 1846 las Casas Galeras, que seguirían llamán-

(28) ARENAL, C.: *Estudios penitenciarios*. Vol I. Cap. VIII. en *Obras Completas*, T. VI. Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1895.

(29) CADALSO Y MANZANO, F.: *Los presidios españoles y las colonias penales*. Madrid, Centro Editorial Góngora, 1891, p. 63. Para datos y análisis histórico de esa relación, FONTANA, J.: «Bastardos y ladrones». *Revista de Occidente* núm. 45 (1985), pp. 83-101.

(30) ULPIANO, D.: «Hacia la reforma penitenciaria». *La España Penitenciaria*. (*Órgano defensor de los intereses del cuerpo de prisiones*), núm. 1 (junio 1919), pp. 6-7.

dose de corrección, estaban bajo el mando de un comandante de presidio. La aproximación normativa a la legislación penitenciaria masculina, iniciada a mediados de siglo, seguía la misma senda de la reforma penitenciaria constantemente aplazada que no terminaba de definir un marco propio o estable. Un año después, la dirección de presidios quedó suprimida, pasando los asuntos carcelarios a los de beneficencia, corrección y sanidad. Al igual que en las cárceles de partido, el Jefe Político era designado como el conducto adecuado para la correspondencia con el ramo. Así, la irrupción de la política y los intereses locales era asegurada por los distintos Gobiernos que proseguían su tarea de modificaciones nominales hasta la Ley de Bases de 1869 en que se volvió a hablar de Dirección General de Establecimientos Penales. Lo cierto fue que entre el Código penal de 1848 y los proyectos reformistas del Sexenio nació la galera de Alcalá, cuya reglamentación significó su unificación legislativa con los presidios. Como éste, fue creciendo a base de traslados de acuerdo a la intensificación de la centralización de la reclusión. Desde 1851 acogió la galera de Madrid y un año después de la Revolución del 68 sólo quedaban Casas de Corrección en La Coruña y Zaragoza, que terminaron enviando, junto a las de Sevilla, Valladolid, Granada, Valencia y Barcelona, sus contingentes a Alcalá. Su capacidad inicial para 500 reclusas y las paralizaciones de sus sucesivas reformas, ya aludidas en torno al proyecto celular de Aranguren, llegó al límite el año de su estatuto penitenciario con reglamento propio. En 1882 llegó a albergar más de 1.000 reclusas, que estaban, «*como piojos en costura*», según expresó gráficamente el canónigo de la Iglesia Magistral (31).

*«Las dispersas casas de corrección peninsulares van cerrando así sus puertas y se centralizan en esta última. La primera norma que a ello se refiere es la Instrucción de 21 de mayo de 1877 y, después, el Real Decreto de 1 de septiembre de 1879, que establece una nueva clasificación de los establecimientos penales, e instituye en su artículo 4 que la casa correccional alcalaina se destinaría al cumplimiento de las penas graves (reclusión perpetua o temporal y prisión mayor o correccional) a las que fueran condenadas las mujeres por cualquier Audiencia, siendo enviadas el resto a las cárceles de partido» (32).*

(31) ACOSTA DE LA TORRE, L.: *Guía del viajero en Alcalá de Henares*, 1882, p. 208.

(32) MARTÍNEZ GALINDO, G.: *Galerianas, corrigendas y presas. Nacimiento y consolidación de las cárceles de mujeres en España (1608-1913)*. Madrid, Edisofer, 2002, pp. 361-362. En 1888, mientras se decidía el traslado del presidio a Madrid, la Galera de Alcalá fue confirmada como prisión central de mujeres donde irían las condenadas a prisión correccional por las Audiencias de Madrid, Alcalá, Ávila, Colmenar Viejo, Guadalajara, Sigüenza, Toledo, Segovia y Talavera.

Los cambios de clasificación y el avance hacia la homologación se basaban en el reconocimiento oficial de la realidad delictiva femenina que igualaba a la masculina, al menos, en la estadística de la época que seguía abundando en las *causas* de los delitos. Según la *Gaceta de Madrid* del 25 de enero de 1860, los robos, hurtos y estafas habían llevado a la Casa Galera al 89,3 por 100 de las mujeres y el resto en lo que tradicionalmente eran consideradas causas ilegales propias de las mujeres, se reducían a un caso por abandono de un niño y ocho por infanticidio. El fenómeno de la delincuencia femenina estaba variando cuantitativamente, pero eran los factores cualitativos los que determinaban el tipo de población y el tratamiento en las prisiones de mujeres (33). De ahí, la importancia de comprender el papel y la condición de la mujer delincuente en la historia, condenada por delitos contra la honestidad, contra la libertad sexual, el abandono de hogar, el aborto, a veces, por ejercer la prostitución, y cada vez más, por causas como robo, hurto, estafa, lesiones...

Técnicamente España se había incorporado a la ciencia moderna, con la adopción de la Galera del sistema de Auburn o celular mixto de reunión y trabajo en común y separación individual durante la noche, que habría hecho posible la remodelación de Aranguren. Pero sólo se introdujo una galería celular con 180 celdas, quedando la mayoría en dormitorios comunes. El trabajo, como ya se ha dicho, era *el propio de su sexo*, pero además era el principal medio de corrección. Bordaron, cosieron, lavaron la ropa de los presos y recibían telas, calzado y algodón del Estado que debían rematar. El trabajo, a diferencia del presidio, fue siempre intramuros, pero tampoco hay que pensar en grandes hilanderías o talleres de manufacturas. En cambio, sí se reprodujeron varias figuras que esclarecen la relación de autoridad en la galera. La Superiora podía nombrar una *hija* como encargada de los trabajos, como las subinspectoras de las casas de corrección; una *celadora*, con atribuciones muy similares al *cabo de vara* y una *maestra* de talleres o *sala de labores*. Un administrador, un capellán, un médico y la encargada de la escuela que nunca llegaba, cerraban la lista de personas que debían desarrollar las cuestiones reglamentarias.

Este régimen, por su alto contenido regenerador, eliminaba las distinciones en la clasificación de presas por un lado y estipulaba el

---

(33) Para un análisis de la situación actual, Concepción Yagüe Olmos escribió un detallado artículo titulado «Mujer, delito y prisión, un enfoque diferencial de la delincuencia femenina». *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 249, 2002, pp. 135-169. También, BERISTÁIN IPIÑA, A. y DE LA CUESTA, J. L. (coord.): *Cárcel de Mujeres. Ayer y hoy de la mujer delincuente y víctima*. Bilbao, Instituto Vasco de Criminología, 1989. Y CANTERAS MURILLO, A.: *La delincuencia femenina en España: un análisis sociológico*. Madrid, Ministerio de Justicia, 1990.

sistema de premios y beneficios por otro (34), no fue tan tranquilo, tuvo también fugas, reyertas y motines, que junto a otras dinámicas de la violencia en estos establecimientos, alteró la percepción del peligro que suponía para las autoridades de las poblaciones vecinas (35). Por último, frente a las atribuciones que los primeros tratados criminológicos de finales de siglo dotaron a la mujer delincuente y su proyección práctica en la España de la Restauración, sólo queda describir los delitos que cometieron las condenadas a la galera; en realidad, la estadística penitenciaria de las 798 penadas que había en septiembre de 1887 es un excelente botón de muestra de la mayoritaria comisión de delitos comunes que contrasta con la amplísima literatura científica basada en los delitos de sangre y todos aquellos, tipificados o no, que pudieran ajustarse a la exaltación del *monstruo* femenino.

La citada estadística, representada gráficamente, fue recogida por Salillas en su estancia en el centro de Alcalá, y a pesar del carácter abrumador de los robos y los hurtos en la tasa de delitos, los únicos párrafos que dedicó a los delitos de las presas eran las *manifestaciones de cruel insensibilidad*: reconstruye la historia de una presa que jura vengarse de un cura que la expulsó de una abadía, planea el asalto con dos mujeres más que acaban asfixiando al ama y a la vecina del cura, otra que incitó a su amante a que matara a su marido... dos o tres que mataron a su marido con arsénico y venenos domésticos, o la *Otelo femenino*, una *hija de faraón*, es decir, una gitana que mató a su amante por celos y seguía jurando que si cien veces viviera cien veces lo volvería a hacer y, por último, el infanticidio, *aniquilar sangre de su sangre*, que ocupó el principio y el fin de descripciones que abundaban en el mito del desenfreno, la envidia, el odio y la crueldad.

---

(34) Art. 12.º *Todas las reclusas son iguales entre sí, y, por lo mismo, no podrán excusarse de ninguna de las faenas del Establecimiento, á no ser por razón de ancianidad, ni solicitar se las trate de diferente modo que á las demás, ni pretender otras consideraciones que las ajenas á los cargos que desempeñen, ni otras distinciones que aquellas á que se hagan acreedoras por su laboriosidad y adelantos en su corrección, aprendizaje ó enseñanza.*

Art. 25.º *Como estímulo á su buena conducta, las penadas podrán obtener alivio en su pena por los jefes del Establecimiento: 1.º Relevándolas de algunas faenas interiores. 2.º Concediéndolas mayor esparcimiento ó puestos de preferencia en los talleres, comedores ó dormitorios. 3.º Nombrándolas encargadas de sección ó guardadoras en el departamento de niños. 4.º Confiriéndolas el cargo de enfermeras. 5.º Proponiendo á la Dirección general, para que ésta lo haga al Gobierno, la que considere digna de disminución de condena por conducta constantemente ejemplar. RO de 31 de enero de 1882 aprobando el Reglamento para el régimen de la Penitenciaría de mujeres de Alcalá de Henares.*

(35) OTERO CARVAJAL, L. E., CARMONA PASCUAL, P. y GÓMEZ BRAVO, G.: *La ciudad oculta*. Op. cit., pp. 127-182.

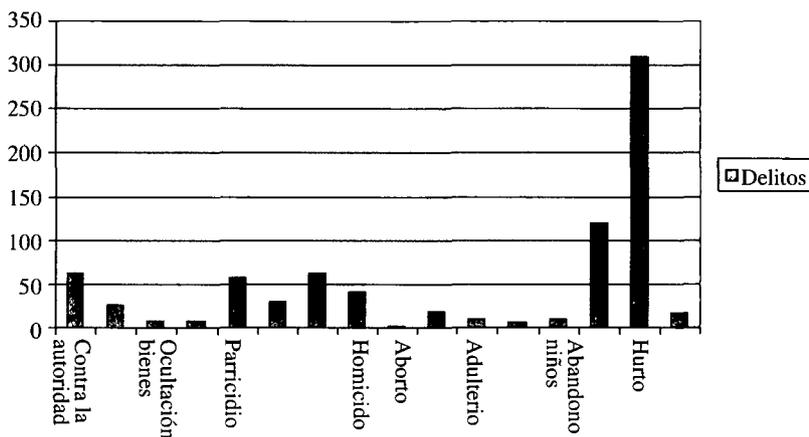
A finales de la década de los ochenta, se buscaban los rasgos de violencia masculina en la mujer, pero bajo la forma de crueldad. Sin embargo, los tipos normales de robo y hurto que indicaban las condenas no sería señalado hasta más tarde, cuando la influencia de la escuela sociologista francesa irrumpió en la escena, del lado que muchos higienistas estaban esperando. Y lo hicieron con datos de cárceles de mujeres como ésta, donde hubo 309 condenas por hurto, que significaban, junto con el robo, más de la mitad de las 798 filia-das penalmente. La clasificación de delitos, contra la propiedad y contra las personas, sigue teniendo, por tanto, un valor práctico para designar al hurto como principal delito femenino.

Pero, lo que realmente hacía diferente la penitenciaría de mujeres de finales de siglo de las cárceles de partido o de las casas de corrección era el número que albergaban de mujeres condenadas por delitos de fuerte violencia contra las personas, desglosados por orden cuantitativo en homicidios (62), parricidios (58), infanticidios (41) y asesinatos (29). Juntos, estos delitos de sangre, superaban a los robos, segunda causa tras los hurtos de delitos penados en esta prisión central de mujeres. Esta interpretación de la violencia que hicieron los criminalistas, como el resultado de la imitación delictiva del hombre sumada a la crueldad femenina, no podía sostenerse siempre con la propia estadística penitenciaria, que aportaba ejemplos de una gran distancia no sólo cuantitativa. El delito de lesiones ha sido, tal vez por su complejidad, el más cometido durante todo el siglo XIX. En cuanto a la pena, particularmente los más violentos y graves en sus consecuencias eran conducidos al penal pero por ese delito sólo había 19 mujeres cumpliendo condena en 1887. Seguramente se explicaría entonces por el desplazamiento hacia la mayor crueldad del asesinato. Los delitos contra la autoridad, importantes al superar los cincuenta casos, se componían de penas por atentado, resistencia y desobediencia a la autoridad y sus agentes (28), desacato, insulto, injurias y amenazas a la autoridad (34). Algo menor era el número de las falsificadoras, sobre todo de moneda (22), frente a sólo tres de billetes y documentos *privados*, y 16 por estafas y otros engaños.

Junto a la ladrona, la homicida, la falsificadora y todas aquellas con problemas con la ley y sus agentes, hubo un importante número de presas condenadas por los delitos más diversos que comentamos explícitamente ya que por su gran dispersión y escaso volumen no han podido ser representados: hablamos de dos condenas por usurpación de funciones, calidad y títulos, ocho por delitos fiscales u ocultación de bienes y de industria, y dos por incendio, una por allanamiento de morada, y otra por amenazas y coacciones. El perfil más antiguo de las mujeres en las cárceles de custodia estaba muy desfigurado por

la irrupción de los delitos comunes, materiales y de supervivencia, pero seguía tipificado y penado: diez adúlteras, seis por estupro y corrupción de menores, cinco por suposición de partos y usurpación de estado civil, una condenada por celebrar un matrimonio ilegal, dos por sustracción de menores y, por último, nueve presas por abandono de niños.

Penitenciaría Mujeres, 1887



Fuente: Salillas, R.: *La vida penal en España*, pp. 97-298

Al lado de las últimas visitas de inspección de las condenas y edificios que ya hemos referido, se realizaron las *visitas de aspecto*, para el estudio antropométrico, biológico y sociológico de los delincuentes, como las definió Salillas. Científicos, como él que observaban por los pasillos de la galera en muchos semblantes y cráneos el relieve de las anomalías. El mundo de la fealdad y el tipo varonil, confirmaban que tras la semejanza en la fisonomía estaba la parentela psico-física (36). En eso y en los casos de homicidio, asesinato y parricidio, que ni aún juntos podían asomarse a las cifras de delitos comunes como el hurto, ponía especial énfasis la ciencia de finales del siglo XIX.

(36) Salillas realizó paralelamente una estadística de enajenación mental del centro: dos monomaníacas homicidas y 36 epilépticas que habían cometido: dos parricidio, una asesinato, una atentado y lesiones, dos atentado a la autoridad, una la desaparición de una niña, siete robo, veinte hurto y dos estafa. En 17, la enfermedad es heredada. SALILLAS, R.: *La vida penal en España*. Madrid, Imprenta de la «Revista de Legislación», 1888. Ed. facsímil, Pamplona, Jiménez Gil, editor, 1999, p. 298.

## DELINCUENTE Y DEGENERADA: LA MIRADA DE LA CIENCIA

«De lo que me dices que cómo me encuentro en ésta, pues estoy bien. En ésta se está bien; mejor de lo que yo pensaba. Todos los días tenemos misa para la que quiera ir; la que quiera ser buena puede serlo, porque hay mucha religión. Y es muy divertido para la que quiera divertirse.» (37) En esta carta resumía una presa el carácter que la religión tenía en el establecimiento a pesar de los reglamentos que, por otra parte, sólo por escasas excepciones han incluido tradicionalmente procedimientos religiosos obligatorios. A estas alturas quedaba claro que a pesar de la vigilancia penitenciaria, las monjas no iban a corregir de la noche a la mañana a tal cantidad de mujeres jóvenes. La propia mezcolanza de los elementos sobre los que se componía oficialmente la institución y las costumbres de una vida en libertad de las presas, suponía un verdadero choque cultural que constituía el universo cotidiano de una prisión de mujeres de estas características. La religiosidad, sobre la que se basaba el objetivo moralizante de la pena, de estas presas se canalizaba sobre todo por la devoción a la Virgen. Cada brigada o dormitorio estaba colocado bajo la advocación de un santo y tenía su festividad. Una religiosidad popular, podríamos decir, engalanada para el día de su festividad, cuidada por su cofradía: la Hermandad de la Nuestra Señora del Carmen, patrona del establecimiento, presidida, como las que había fuera en la ciudad por ilustres vecinos: el capellán, la Superiora, una tesorera y cuatro mayordomas. El sentimiento de pertenencia a la cofradía, de identificación con la Virgen del Carmen y de protección ante la enfermedad y la muerte a las que estaban obligadas las mujeres de la hermandad arrastró a unas 150 reclusas, que pagaban cinco céntimos semanales.

De forma excepcional, en su encierro, salían a la calle el día de la fiesta de su patrona, y lo hacían como una cofradía más y a ella acudían, como en otras procesiones, notables de la ciudad, autoridades, sacerdotes... Salillas estuvo aquel 16 de julio, día de la festividad del centro, seguramente de 1887, para describir la procesión y lo que posteriormente sucedió. La procesión era presidida por el comandante del presidio, las andas las llevaban escribientes del presidio sin traje de presidiarios, la guardia la representaban los cabos de vara, con uniforme de cabos y galones, y daba el paso la banda de música del penal. Aquel día, estaban juntos los dos penales y toda la ciudad, era un día de fiesta. Las presas que no eran de la hermandad no podían salir

---

(37) SALILLAS, R.: *La vida penal*, p. 300.

pero se apretujaban en los tres patios o en las ventanas «*¡al pasar la imagen que desorden, ninguna veneración, gritos hasta de rasgarse las gargantas, y para mayor estallido cohetes que disparaban desde las ventanas. La juerga continuaba delante, detrás y a los lados de la comitiva, y los cohetes, la chocarrería y el bullicio juntaban extraordinario número de devotas. Terminado el acto, todas en tropel se dirigieron al patio grande; y como el público de los toros pide un toro de gracia, pidieron y obtuvieron polkas, chotis, valeses y habaneras, que bailaron con frenesí y desvergonzada chulapería. Bailaron también con los cabos del presidio, pero no agarrados: bailaron jota!*» (38). Para desesperación de las autoridades y los sacerdotes que ocupaban los púlpitos en que antaño se desahogaron las proclamas absolutistas (39), la cosa no terminó así. A un entusiasmado Salillas, futuro creador de la Escuela de Criminología de Madrid y activo colaborador del Instituto de Reformas Sociales, se le acercó una gitana y le dijo «*quie' usté oír lo bueno*» y le llevó de la mano a todo un certamen flamenco de cante y baile en plena prisión central de mujeres, acogida al sistema celular mixto, o al régimen *canallesco-conventual*, como él mismo la definió.

En la misma línea popular se desarrolló el teatro dentro de la cárcel de mujeres. Si tantos problemas dio a los Ayuntamientos y agentes del orden público por los altercados en los gallineros y en las calles, no menos problemas dio en la cárcel (40). Las monjas autorizaron representar la vida de San Luis Gonzaga, pero las presas querían ver zarzuela. La vida del santo fue suplantada por Don Juan Tenorio. El espacio del taller fue reutilizado para un drama amoroso, representado por las presas. No todas asistían a las funciones, porque eran de pago, y preferían formar corros, jugar a los naipes o asomarse a las ventanas donde se amontonaban los soldados, pero las que iban seguían con mucho cuidado la obra, según Salillas, por *simpáticas lésbicas*. Para poder ir al teatro o abastecerse en la cantina hacía falta dinero que podía conseguirse, si no llegaba de fuera, por las labores de costura, desempeñando alguno de los pequeños oficios con los que se suplía la falta de funcionarios o directamente por las prestamistas que daban dinero a cuenta del pan. Los problemas de abastecimiento y distinción, de los establecimientos locales bajo la cantina del alcaide, o en el penal, bajo el sistema de contrata y compra-venta de productos y beneficios penitenciarios, no diferían en nada a los que sufría

---

(38) SALILLAS, R.: *La vida penal...*, pp. 304-306.

(39) OTERO CARVAJAL, L. E., CARMONA PASCUAL, P. y GÓMEZ BRAVO, G.: *La ciudad oculta. Op. cit.*

(40) *Ibidem.*

una galera, aquejada si cabe de mayores problemas de salud, a pesar de la obstinación de las autoridades en sanar su alma (41).

«El fin del siglo XIX se caracteriza por un recrudescimiento de las publicaciones difamatorias para con el sexo femenino. Los filósofos, y luego los psicólogos, los biólogos, los historiadores y antropólogos hacen gala de un antifeminismo extremadamente violento. Todos se preocupan por demostrar, consiguiéndolo, la inferioridad ontológica de la mujer»; en 1900, según Elisabeth Badinter, a quien pertenece el fragmento anterior (42), apareció el tratado *Sur l'imbecilité physiologique de la femme*, del médico Paul J. Moebius; en 1908 ya tenía ocho ediciones. De la imbecilidad y la irresponsabilidad jurídica de la mujer discurría la moderna ciencia tras haber fijado previamente un nuevo objeto de estudio: la delincuente.

De Italia, donde tiempo atrás había surgido el tratado del marqués de Beccaria, llegaban a toda Europa las teorías de Lombroso que en *L'uomo delinquente* ya había establecido para el varón un prototipo del delincuente nato, e intentaba explicar la delincuencia de la mujer en *La donna delinquente* (43) a partir de los mismos componentes biológicos. De este modo, según Lombroso, la actividad delictiva de ambos quedaría explicada en los rasgos primitivos propios de un primer estadio evolutivo, similar al de los animales, considerando a los delincuentes poseídos de una especie de instinto natural hacia el crimen. Sin embargo, en 1895 junto a su yerno Ferrero, observa que tras someter a prueba para la mujer la misma relación causal establecida para el varón, entre factores biológico-generativos y criminalidad, ésta (salvo en reducido número de casos) no respondía como aquél a las mismas características del delincuente nato. Este hecho era interpretado por Lombroso y Ferrero como la *persistencia de la mujer en un grado evolutivo aún inferior al hombre criminal* (44).

Según Andrés Canteras, ésta ha sido la pieza clave para entender las teorías clásicas sobre la delincuencia femenina basadas en explicaciones individuales: de contenido biológico y explicaciones basadas en anomalías bioantropológicas. Los criminólogos como Lombroso entendieron que la mujer delincuente, no sólo era, al igual que el hombre, *biológicamente anormal*, sino que además, debido a su inferior evolución, presentaba una menor tasa de delitos por su menor capacidad para delinquir, y que su mayor crueldad se debería a su

(41) GÓMEZ BRAVO, G.: *Crimen y castigo*. *Op. cit.*

(42) BADINTER, E.: *XY. La identidad masculina*. Madrid, Alianza, 1993, p. 33.

(43) LOMBROSO, C. y FERRERO, G.: *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*. Torino, Fratelli Bocca, 1903.

(44) CANTERAS MURILLO, A.: *La delincuencia femenina en España: un análisis sociológico*. Madrid, Ministerio de Justicia, 1990, pp. 57-59.

mejor identificación con lo primitivo, lo que explicaría su predominio en la comisión de delitos de sangre. En definitiva, la mujer combinaba sus peores características, la astucia, el rencor, la falsedad, con las de la criminalidad masculina, disponiendo además de más habilidad en el trato de la Justicia.

Su criminalidad resultaba de un *comportamiento masculinizado* impropio de su verdadera naturaleza, según la cual: la mujer era portadora de características biológicamente inmutables, de las que el instinto material era pieza clave. Dichas características conformaban su *rol* social y confirmaban la verdadera naturaleza de la mujer, con lo que los comportamientos ajenos a dichas pautas debían considerarse anormales. Lombroso y Ferrero concluyeron así en la *doble anormalidad*, biológica y social, de la mujer delincuente, presentando su criminalidad como una práctica masculinizada. Por eso se produjo una doble respuesta hacia ella, la condena legal y la condena social.

En España, el correccionalismo ya se había manifestado al respecto. Concepción Arenal dirigió su Carta IV a las *corrigendas*, decantándose contra la idea de que la mujer delincuente fuese peor que ningún hombre, criticando tanto la versión positivista como la vulgar. Arenal se situó al lado del legislador, del tratamiento penal a las mujeres reclusas para exigir su separación y la puesta en práctica de un verdadero proyecto rehabilitador, ya que, si el preso tenía alma bondadosa, las *corrigendas*, que no presas, responderían por naturaleza al amor y la compasión. Pero, esos valores, esa ventaja suponía un regalo envenenado para las visiones filantrópicas, que consideraban a la mujer depositaria de un alma eterna con «*más elementos para ser buenas, y por consiguiente, mayor obligación de serlo*» (45). La mujer que cometiera un robo o un infanticidio no era, para Arenal, una *degenerada*, sino una *despreciable* que había desperdiciado sus ventajas. En el primer volumen de sus *Estudios Penitenciarios* no dudaba de la superioridad moral de la mujer, puesto que en peores condiciones delinquía menos, pero una vez que cometía el delito, caía, renunciaba a su ventaja natural y necesitaba corregirse (46).

De otro lado, la ciencia no sólo medía estos impulsos que en ningún modo se producían de forma aislada. En la reacción contra el discurso filantrópico y el reformismo de los círculos krausistas y cristianos, que se destilaba en los discursos inaugurales de los nuevos

---

(45) ARENAL, C.: *Cartas a los delincuentes*. Madrid, Biblioteca virtual Miguel de Cervantes, 2002, p. 14.

(46) ARENAL, C.: *Estudios Penitenciarios*. Vol. I. En *Obras Completas*, T. VI. Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1895.

centros modelos, se mantenía la idea de progreso alimentada con nuevas fuentes. La llegada a España del evolucionismo, «*de la dirección estática de Comte y el organicismo naturalista para apoyar en la ciencia la defensa social*» (47), coincidía con la preocupación en ciertos sectores por la extensión del anarquismo y del socialismo, a los que se oponían lógicamente los *comtianos* y *spencerianos* del positivismo español. Pero también, la verdadera sensación del atraso legislativo frente a los cambios y la efervescencia social demostrada de sobra en la década de los ochenta llevaba a la ciencia a otro tipo de conclusiones y acciones como el Congreso Sociológico de Valencia de 1883 que se producía a la par que el inicio de la Comisión de Reformas Sociales, creada por decreto de 5 de octubre de 1883, «*con objeto de estudiar todas las cuestiones que directamente interesan a la mejora y bienestar de las clases obreras, tanto agrícolas como industriales, y que afectan a las relaciones entre el capital y el trabajo*» (48).

Las dos corrientes intelectuales, reformismo y positivismo, se disputaron la reforma penitenciaria desde su influencia en otras especialidades ya consolidadas, como la medicina y la higiene pública. También, parte de la medicina pretendía ante los tribunales que los delincuentes eran enfermos y que, como tales, el médico tenía la obligación y el derecho de atenderlos. En ese terreno fue esencial la aportación de aquellos a los que Abellán definió como *los médicos-filósofos*. El más nombrado de ellos y, tal vez, el que mejor representaba la resistencia española al determinismo biológico lombrosiano fue José de Letamendi, Catedrático de Anatomía en la Universidad de Barcelona desde 1857, que escapó a las corrientes científicas positivistas imperantes, a pesar de que tratara igualmente los grandes temas de la época, pero, según José Luis Peset, muy matizados por sus características nacionales y científicas. «*Letamendi es un español, burgués del Partido Liberal, antipositivista y muy católico*» (49). Esa caracterización de Peset insistía en no abandonar el camino del contexto histórico para conocer la realidad de una ciencia que no importaba absolutamente todo y que se desarrollaba en un marco institucional propio. El tratamiento de la pobreza, el marco de la beneficencia y el ideal religioso de corrección seguían muy vivos y las cárceles de mujeres, co-

---

(47) ABELLÁN, J. L.: *Historia crítica del pensamiento español*. Vol. VII. Madrid, Espasa, 1989, p. 76.

(48) CASTILLO, S.: «El reformismo en la Restauración. Del Congreso Sociológico de Valencia a la Comisión de Reformas Sociales». *Estudios de Historia Social* núm. 30, 1984, pp. 21-78.

(49) PESET, J. L.: «Letamendi versus Lombroso: locos y criminales ante la medicina legal». *Estudios de Historia Social* núm. 22-23, 1982, pp. 189-203.

mo antes los hospicios y las casas de corrección, evolucionaron internamente tanto o más por la práctica que por la homologación legislativa o los impulsos médico-científicos. Méndez Álvaro fue presidente de la Junta Municipal de Beneficencia de Madrid desde 1847 y encuadró la reforma hospitalaria dentro de las tendencias de higiene pública europeas, sobre todo británicas, tan del agrado del liberalismo moderado. Pero, junto a obras en la línea de Méndez Álvaro del *Estudio higiénico social de la habitación del pobre* de 1874, «se encuentran multitud de médicos que se sienten identificados con estas audaces personalidades y militan por la misma causa: hacer avanzar el prestigio y el poder de la medicina española» (50).

Además de la biología, la psicología fisiológica o la sociología, la medicina legal, en obras como la de Pedro Mata, en la línea correccionalista de humanizar la marginación, defendía la salida de presidios y cárceles a las víctimas de su organización y trasladarlos a los manicomios. El fondo de una *lucha por la vida* que ha sido descrita, además de la literatura médico-social, por Baroja o Galdós, los costumbristas y los comienzos de la novela social, alimentada por el horror ante la desgracia, la miseria y el hacinamiento en las grandes concentraciones urbanas, que fue vista desde la orilla positivista como un producto de la degeneración, el desorden y la promiscuidad. Lo importante, es que la ciencia especializada fue tomando el mando de la reforma penitenciaria bajo los paradigmas científicos de su tiempo en el marco de la Restauración canovista donde confluyeron las tendencias asistenciales, los factores sociales del delito y la necesidad de poner fin al sistema de presidios, modelizando los tratamientos de acuerdo a una visión antropológica del delincuente que trasciende especialmente en los estudios sobre las presas y las prostitutas, esencial para comprender la literatura sobre presidios y galeras de la época.

No hay que olvidar que los primeros estudios antropológicos tuvieron un carácter práctico-militar vinculado a la expansión colonial, que se tradujeron en la extensión de los archivos antropométricos de las prostitutas, midiendo sus cráneos, su comportamiento, sus actitudes religiosas y morales. En España, según Aurora Riviére, los primeros estudios de este tipo estaban centrados en los casos de Barcelona y Valencia. En 1876 apareció *Picaronas y alcahuetas* de Manuel Carboneres y en 1882 Prudencio Serañana publicaba *La prostitución en la ciudad de Madrid*. Poco después, llegaban más estudios sobre Madrid: los estudios de Salillas en *El delincuente español: hampa* de 1898 y de su colaborador en la Escuela de Criminología y el Insti-

---

(50) ÁLVAREZ-URÍA, F.: *Miserables y locos. Medicina mental y orden social en la España del siglo XIX*. Barcelona, Tusquets, 1983, p. 200.

tuto de Reformas Sociales, Constancio Bernaldo de Quirós, discípulo en Derecho penal de Dorado Montero. Quirós publicó en 1898 *Las nuevas teorías de la criminalidad* y en 1901 *La mala vida en Madrid. Estudio psico-sociológico*. Ocho años después saldría la obra más documentada, la de Antonio Navarro Fernández, titulada *La prostitución en la villa de Madrid*.

## EL AMOR EN LOS TIEMPOS DEL CÓLERA

En 1874, Amancio Peratoner había publicado en Barcelona, *Los peligros del amor, de la lujuria y del libertinaje en el hombre, en la mujer*, en la línea de las obras médico-higienistas contra las enfermedades de contagio sexual, la vida amoral y los comportamientos promiscuos. El discurso médico científico del positivismo, organicista, estático por reacción al cambio social, al peligro social frenado por la supervivencia de los mejor adaptados, desembocó gran parte de su base biológica, física y psíquica a adecuar los comportamientos sexuales a sus principios, iniciando un proceso de construcción de las identidades sexuales como otros tipos o especies que ha dado pie a una gran cantidad de reflexiones que van desde el psicoanálisis al Foucault de *La voluntad de saber*, pasando por el goce postmoderno de la identidad difusa. Para nosotros resulta relevante el punto de vista de la ciencia porque a finales de siglo recibe el traspaso reformador penitenciario, con todas las trabas políticas, y allí trascendieron estos análisis sobre la delincuencia femenina, las perversiones, la determinación y herencia biológicas, la anormalidad de los desviados, los compulsivos, los nerviosos, neuróticos, alcohólicos, psicópatas, tarados...

A las cárceles se trasladaban eminentes científicos para estudiar unos comportamientos que no eran nuevos, pero que sí lo fueron en su tratamiento. Los antiguos *delitos feos*, de la homosexualidad, revivían en las grandes concentraciones de presos las peores pesadillas de los correccionalistas y tal vez por eso, aunque por evidentes motivos económicos y de seguridad, hubo países europeos que fueron mucho más allá en la aplicación de los métodos de separación individual y en la corrección, deportando a sus presos. También, la deportación se contempló en España, donde el proceso nacionalizador de las prisiones estaba dando sus primeros pasos; la cercanía del presidio y la Galería despertó las suspicacias de la ciencia, muy limitada de momento en su observación médica de los delincuentes y, en especial, las mujeres, por inversión degenerada y masculinizada. Aquella cercanía de

edificios que había arrimado la desamortización, y diversas frustraciones estatales por asumir y absorber competencias que tuvieron que dejar en manos de la beneficencia municipal (cárceles de partido), la Iglesia (régimen interior cárcel de mujeres), o las contratas privadas (abastecimientos penales), fue vista como una *orientación afrodisiaca*, separados, como estaban, sólo por una pequeña huerta que luego fue tapiada.

El *Expediente general para preparar la reforma penitenciaria* emitido por la Dirección General de Prisiones en 1904, que encerraba un «no tenemos cárceles» continuo, hablaba de los establecimientos de Alcalá y mencionaba la acción nociva que ejercían uno sobre otro al estar tan cerca, *a pesar de ser cierto que en algo se han limitado la perniciosa acción a la que aludo, con un pabellón intermedio que se ha construido; cierto que ya no se transmiten a pedradas por encima de los muros su correspondencia epistolar reclusos y reclusas*» (51).

Esta cercanía inspiró a Salillas para sus estudios médicos, antropológicos y lingüísticos de estas sociedades repudiadas que completaría diez años después en su obra *El delincuente español. Hampa. Antropología picaresca*. En diez años, pues su *Vida penal* fue publicada en 1888, sus planteamientos sufrieron muchas aportaciones que trasladó personalmente a sus observaciones e investigaciones *in situ* que ya hemos tenido ocasión de reconocer. Al principio parecía más dispuesto a probar los tipos lombrosianos, luego miró a la literatura picaresca, a fenómenos como el bandolerismo y su conexión con los problemas sociales, pero siguió buscando la línea que había en determinadas capas sociales, siempre inferiores, con la tradición de formas de delito, que «*ejercitándose, se comunican y se heredan, y quien vive en esas capas, es maestro y discípulo por reciprocidad*» (52). El hampa, la germanía, el mito de una sociedad paralela, criminal y hereditaria, como la mafia. Diferentes enfoques que sirven para no encasillar a Salillas en un positivismo criminológico feroz.

Al principio, vio en la galera lo mismo que había visto en los penales, sólo que hecho por mujeres: inversión criminal donde cabía el *matonismo*, dirigido por *mujeres hombrunas, el Pepe, el Chulo, el Bernardo, el Valiente*, el lesbianismo por todas partes y la propensión a innovar sobre enfermedades nerviosas y su vinculación con las anomalías sexuales, con un telón de fondo pecaminoso que todo lo envolvía, como en la colonia penitenciaria de Norfolk, *la sodoma*

---

(51) CABRERIZO, F.: *Las prisiones de Londres y las nuestras*. Madrid, imprenta de Antonio Álvarez, 1911.

(52) SALILLAS, R.: *El delincuente español. Hampa. Antropología picaresca*. Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1898, p. 469.

de Oceanía. Sin embargo, Salillas, el gran crítico del presidio junto a Cadalso, estudió un hecho sin precedentes en la historia penitenciaria española. A la galera de Alcalá llegaban cartas de todos los penales por métodos muy variados, algunos de cuyos fragmentos recogió en su *Vida penal*. Esa correspondencia entre *chuchos* y *chuchas*, como se reconocían mutuamente presos y presas, compone este apartado sobre las relaciones epistolares entre presos y presas, que comienzan en 1883 y concluyen en 1885, fecha en que el cólera volvió a extenderse por la Península.

De la época de las obras de reforma para proyectar una galería celular, con todos los inconvenientes antes relatados, quedaban los recuerdos de una proximidad absoluta entre penados, presos y soldados que seguramente ignoraban que aquel puente de Zulema donde se reunían había sido lugar de una mítica batalla en la que *El Empecinado* había hecho retroceder al ejército francés (53). Ante la alarma de las autoridades, la estrecha calle que los separaba fue tapiada, pero las posibilidades de que un preso viera a una presa eran infinitas. Podía pagar al cabo de puerta, comprar un destino en el depósito de cadáveres que se encontraba en la galera, en la limpieza de basuras o en las propias obras de la galera y, naturalmente, las ventanas, *los ojos de la prisión*. Lo único que era imprescindible era cartearse antes. Para eso eran necesarios los escribientes, que hacían el trabajo administrativo del presidio. Después la carta se hacía llegar de mil maneras, generalmente dentro de la ropa de los presos que lavaban las presas o en las comunicaciones. La prueba de la mucha correspondencia que se llegó a mantener es que el oficio de *escribienta* daba para vivir a varias mujeres de la prisión, que además debían conocer una serie de signos o palabras claves en estos códigos especiales tan solicitados, por lo demás no tan inusuales en la vida libre.

Las primeras cartas (54) remitían rasgos físicos generales, buenas intenciones, alguna suspicacia fruto de algún dolor pasado y, en general, un adornamiento masculino de la conquista entre encerrados, pero también afloraba el sentimiento profundo, «*dudas de una mujer que te ama sin conocerte?*», contestó una presa, añadiendo, «*cuando me hayas hablado cara a cara, no tendrás tanta desconfianza de mí*», y es que ese era el fin de toda la relación epistolar, llegar a conocerse, estar a solas. Por eso, todos los medios eran lícitos en prisión, desde

---

(53) OTERO CARVAJAL, L. E., CARMONA PASCUAL, P. y GÓMEZ BRAVO, G.: *La ciudad oculta*. Op. cit.

(54) Todas las referencias pertenecen a la obra de Salillas ya comentada *La vida penal en España*. Madrid, Imprenta de la «Revista de Legislación», 1888. Ed. fac-símil, Pamplona, Jiménez Gil Editor, 1999, pp. 275-327.

suplantar a un familiar en el remitente a usar todos los servicios que el penal ofrecía a sus habitantes tan bien informados de su funcionamiento real. *«De lo que me dices que el domingo vendrás otra vez, pues te digo que si venís todos juntos no os darán comunicación, porque las monjas se asustan porque creen que vais a armar algún jaleo, de modo que podéis arreglaros a venir en dos veces; y si no podéis arreglaros venir con Q por la puerta de la huerta, que él ya sabe donde es»*. Una de las condiciones que se pedía inicialmente para entablar correspondencia era que a la destinataria, pues era obligado que el preso tomase la iniciativa, le quedase poco tiempo para cumplir condena. Luego, cada uno expresaba sus deseos de una forma determinada. Práctica y perdurable, *«quiero que me eches el ojo a una rapaza que tú sepas de seguro que sea barba y reúna condiciones de ser buena gachí y que sobre todo, que no se halle comprometida con ningún gachó, y que me la busques de mi campaña de tres o cuatro años, por llevar mi prisión más distraída y llevadera, y si el caso llega a hacerse serio como ya ha habido casos, también soy hombre para cumplir mis deberes en caso que llegase a formalizar la cosa»*. O directa y ocasional, *«Mis compañeros y amigos me suplican hagas presente a tus amigas que desean entablar relaciones amorosas con ellas, por si algunas de ellas tiene a bien escribirles, a saber: (iniciales). Creo no te extrañarás de estas cosillas, pues ya comprenderás que la juventud no debe pensar en otra cosa»*.

No faltaba el suspicaz tal vez decepcionado con anterioridad, pero que seguía contando uno a uno los días que le quedaban para concluir condena; *«deseo que me diga qué tiempo tiene de edad y el tiempo que ha traído de presidio, y también de qué tierra es usted, yo soy de la provincia de Ávila y llevo aquí 25 meses y me quedan 30 meses menos cinco días, y también desearía que su nombre fuera efectivo y que no me estuviera usted engañando como petate ful, porque yo, señora, Florentina, me escribo con usted con el nombre verdadero»*... en fin, todo lo que conducía a la libertad estaba presente en aquellos hombres y mujeres. Uno de ellos, transcribió en su carta su conversación con otro preso mientras paseaban por el patio, *«pues yo, paisano, cuando salga a libertad, trato de irme por Alcalá y mirar si puedo hallar una mujer para casarme con ella, y procurar de no volver más a estas casas, porque de tener que ir yo al pueblo sin tomar estas disposiciones y tener que buscar una mujer para gobierno de mi casa, no me será fácil el encontrarla por el mero de haber estado en presidio»*.

Recelo, miedo, casualidad o fortuna de unas relaciones donde importaba la edad, la naturaleza y el tiempo que restaba de condena, pero donde el delito cometido no solía especificarse. Cartas que a veces

se transformaban en lo que era considerado un *matrimonio penal*, tras requerirse una serie de garantías, obsequios, noticias de sus respectivas familias; unas formalidades que significaban que el hombre o la mujer no podían cartearse con otros u otras, pero al parecer era una condición nueva, estrictamente penitenciaria que nada tenía que ver con su estado civil en la vida libre. Esto daba pie a no pocos asuntos de celos y a menudo la ruptura, pero la confianza y el trato también se prolongaban. Entonces, se ponían al final de las cartas de aquellos que no sabían escribir, una especie de cruces y corazones entrelazados como muestra de cariño. Salillas destacó especialmente una carta escrita con las raspaduras de la madera de las tablas de la cama de un preso que terminó su carta del modo siguiente, «*no quisiera tener para ser feliz más que tantas onzas como veces te he nombrado en mi delirio*». El desengaño llegó también para muchos presos y presas. Uno de ellos, confesó a su servicio de comunicaciones, «*siéndole a usted franco, soy muy desgraciado con todas las mujeres, pues todas me engañan como si fuera un chiquillo, y no me da vergüenza el decirlo*».

A menudo este trasiego de cartas era correspondido con disputas carcelarias y enfrentamientos dentro de las relaciones de protección y distinción allí establecidas, «*sé que le escribes a la Petra y no te he dicho una palabra, ni tampoco te la diré, pero que vengan a darme achares (celos) otras personas con tu letra, no quiero*», «*es usted novio de la P. y me escribes para darme achares, yo le digo que no sirvo para eso, porque tengo el pie bien sentado en esta casa*». Y sobre todo, quedó más claro en la carta de esta presa «*tienes tiempo para escribir a pulpos de esta casa, para que el lunes en la formación me estuvieran dando achares diciendo que tú les habías pedido relaciones*».

Salillas resaltó las frases más llamativas de esta correspondencia entre *sociedades amputadas*, como definía a ambas comunidades, pero poco o casi nada mencionó de aquella que se salía de los circuitos médico-amorosos. La correspondencia familiar, unida a la comunicación con amigos o personas cercanas fue igualmente numerosa o superior, pero carente de sentido para la ciencia. El 9 de enero de 1881, una presa se dirigía a su hermana para comunicarle su pronta salida, su estado de salud y el de su madre, que iba a verle todos los días de fiesta. A estas alturas, parece claro, que la envoltura correctora de la prisión de mujeres se parecía demasiado a las revistas, las brigadas y la vigilancia del presidio. Tal vez por eso, Soledad Ballester, encabezó su carta desde el *penal* de Alcalá.

*Penal de Alcalá. 9 de enero de 1881. Mi más querida hermana. Me alegraré que te halles buena, lo mismo que mis queridos hermanos y demás familia. La madre buena y yo también gracias a Dios.*

*Querida hermana, el objeto de escribirte está en que no estéis con cuidado pues yo salgo el día 26, pues la madre está en una casa, pues yo hubiera querido que estuviera conmigo pero no puede ser, pues viene a verme todos los días de fiesta (55).*

Otro ejemplo, fue el caso de Josefa Sánchez, presa y vecina de Alcalá, solicitó al alcalde, Esteban Azaña, que interviniera a su favor ante ciertos abusos de un tabernero que se negaba a remitir sus propiedades. Puede que Josefa usara de los servicios de las famosas escribanas de la galera, pero lo importante fue que Josefa se dirigía como vecina a su alcalde, a pesar de estar presa, y exigía así el cumplimiento de lo que le parecía justo, interpretando la ley y sus derechos de la misma manera que otras mujeres que hicieron pública su situación de desamparo legal frente a los deberes conyugales del hombre para con su manutención y la de sus hijos (56). No sabemos si finalmente algún alguacil amonestó al Manchego, si las autoridades intercedieron en esa relación entre las posadas, las tabernas, los penales y los cuarteles, que sin duda contribuían al bienestar de parte de la ciudad, de lo que no hay duda es que Josefa, independientemente de cómo la considerara la ciencia, la autoridad o la vecindad, no se resignó y denunció. Éste fue su escrito:

*Sr. Don Esteban Azaña:*

*Muy señor mío y de mi mayor consideración y respeto. Después de desearte toda clase de felicidades, me tomo la libertad de molestar su alta atención, cosa que espero me dispensará son su innegable bondad.*

*Don Esteban, una servidora de usted, vecina de ese pueblo de Acalá, cuyo mando tiene a su cargo y que se llama Josefa Sánchez que vivía en la calle del Carmen Descalzo núm. 18, taberna en la casa del Manchego y habiendo dejado toda su pobreza en la casa en que yo vivía y creyendo que esta vil calumnia que esas malas personas me han ocasionado, sería en cuestión de cuatro días, yo no determiné de mis cosas, pero viendo que esto va tan despacio y cada vez se alarga más he escrito tres cartas al dicho Manchego reclamando me mandara un colchón que le mandé desde la cárcel de Alcalá a su casa y se hace el sordo a mi llamamiento; y éste es el motivo del yo recurrir a usted como Autoridad de dicho Pueblo, a ver si ahora se obtiene mejor resultado.*

*Es tan mísero que trataré de disculparse pero no le haga usted caso, pues todo es mío y no sería capaz de reclamar nada que a mí no me perteneciese. Por ahora no pido más que se me facture el colchón y un almohadón de lana ambos de tela buena, y desearía me diera contestación para yo remitir el importe de la factura. Sin más, por ahora dispense usted tanta molestia (57).*

(55) AMAH. Leg. 66/36.

(56) OTERO CARVAJAL, L. E., CARMONA PASCUAL, P. y GÓMEZ BRAVO, G.: *La ciudad oculta. Op. cit.*

(57) AMAH. Leg. 75/55.

La ley a la que apelaba Josefa, tenía algo de amor propio, y un concepto de justicia personificada en el alcalde, cuyo objeto, ya presente en el modo de dirigirse a la autoridad, estaba muy próxima a los mecanismos de la beneficencia que seguían apelándose desde la caridad. Veamos la posdata:

*PD. Esta molestia que hago a usted es por encontrarme en gran necesidad. Más que por mí lo necesito para mi pobre y desgraciado hijo, el cual tengo abandonado por esos mundos de Dios, por encontrarme yo malamente encarcelada. Josefa Sánchez, Cárcel de Mujeres.*

Penal, cárcel de mujeres, ambas mujeres sabían muy bien dónde estaban, y qué debían hacer una vez fuera. Buscar el apoyo de la familia o los propios resortes legales-personales a los que, por vecindad, no habían perdido el derecho. Su *anormalidad* se inscribía dentro de la aglomeración de los encierros y de los horizontes intelectuales de un fin de siglo que determinaba la exclusión *racional* de sectores cada vez más amplios y que a través de la idea de *peligrosidad social* estrechaba los canales de las cárceles y la delincuencia al hilo del crecimiento urbano y demográfico. Su *normalidad*, fisiológica, patológica, era reconocida en las propias condiciones higiénicas de los encierros, pero sus aspiraciones sabían que podían quedar frustradas por lo que implicaba su paso por el penal y el regreso a sus pueblos o ciudades: las relaciones familiares y afectivas, que estaban presentes en cada una de estas personas, quedaban sometidas a la condición de preso o presa, verdadera igualdad sexual que enseguida se rompía por las implicaciones correccionales de las cárceles de mujeres. Todo ello no pudo ser un producto exclusivo del último cuarto del siglo XIX, sino que fue el resultado paulatino de la proliferación de estos establecimientos y su compleja relación con los lugares donde se ubicaron, así como de los certificados de conducta que debían remitirse de pueblo a pueblo, los tránsitos, que no perdieron la espectacularidad del Antiguo Régimen hasta la llegada del ferrocarril y la sujeción de vigilancia. Todos ellos agravantes de un imaginario moderno sobre los presos y presas, que por diferentes vías, tratadas en las páginas anteriores, asimila y desplaza la antigua visión del *galeote* o la *galeriana*, hacia la de peligrosidad social por un lado y hacia la criminalidad aireada por la prensa o en relatos de brutalidad y monstruosidad que se extendían como la pólvora, mientras el mito romántico y su huida hacia el mundo rural cedían mucho terreno a las imágenes de la novela realista y del ensayo costumbrista.

La correspondencia amorosa se ha destacado por encima de la familiar; al igual que las comunicaciones no permitidas e inmorales, sólo se achacaban a las presas. Con ello hemos intentado manifestar la doble condición de la presa, que se aprecia en la evolución de su tratamiento.

Como mujer, sujeto legal dependiente del matrimonio y de la moral dominante que la consideraba única culpable de los delitos contra la honestidad. Ése era su lugar en el código del honor que incluso las presas mantenían en el ritual de cortesía. Como delincuente, la representación que la ciencia hacía era la tradicional pero con un aparato lógico moderno que también reproducía el discurso de la homologación penitenciaria. La consideración del mal a través de la atracción sexual femenina; el pecado, la sobrevaloración de delitos típicamente considerados femeninos como el infanticidio o el crimen pasional, frente a la realidad del incremento de hurtos, a la contundencia de un perfil demográfico idéntico al de las mujeres libres de su época, perduraban y se amoldaban a las nuevas exigencias penitenciarias de separación y prevención, que reproducían a escala nacional *el orden idílico y sus valores armoniosos, por las definiciones de lo convencional y lo desviado* (58), la antigua oposición entre el bien (la sociedad), y el mal (el delito).

Laten, pues, en el fondo de esta reflexión sobre el valor historiográfico de las cartografías penales (59), las múltiples relaciones que se tejen en torno al delito en un mundo en cambio y transformación, en transición. El de un tiempo en que se resuelve la pugna entre liberalismo y absolutismo, pero en el marco de la crisis final del Antiguo Régimen; en el difícil camino del siglo XIX español se combinan muchos procesos que esconden a su vez otros fenómenos en los que resplandecen una sociedad de nuevo cuño y sus marcos precedentes: la formación del Estado, la penuria presupuestaria y los traspasos al poder local, la desamortización, el proceso codificador y el vacío reglamentario, la creación de un modelo estable de orden público y la lenta vía del reformismo penitenciario, la igualdad jurídica y las formas de distinción, las pervivencias estamentales y la unificación jurisdiccional, el despegue de ciertos núcleos urbanos y el peso de un mundo mayoritariamente rural y de cultura oral, las estrategias familiares tradicionales y el aumento de la presión demográfica, la movilidad y el aislamiento, el autoabastecimiento y la unificación de un mercado nacional, la combinación de los males de tipo antiguo, del hambre, la guerra y las epidemias y el impacto de los discursos modernos, correccionalismo, higienismo y positivismo. Por eso, es preciso seguir investigando el mundo de las prisiones de Eva, desde dentro y desde fuera de la sociedad en que se desarrollaron.

---

(58) GARCÍA PABLOS, A.: «La normalidad del delito y el delincuente». VV. AA. «Estudios de Derecho penal en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa». *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 11 (junio 1986), pp. 35-36.

(59) GÓMEZ BRAVO, G.: «Cartografías penales para la España del siglo XIX». *Cuadernos de Historia Contemporánea*. Vol. 25 (2004). Universidad Complutense de Madrid, en prensa.

## Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la República Argentina

JOSÉ DANIEL CESANO (\*)  
FABIÁN I. BALCARCE (\*\*)

### 1. INTRODUCCIÓN

El tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es, sin lugar a dudas, uno de los acápites de las Ciencias Penales más debatidos por estas épocas; el aserto es mucho más plausible si el enfoque se produce sobre la parcela denominada *Derecho penal económico*. Fácil es reconocer que la actividad de la *empresa* como núcleo esencial del ámbito comercial nacional e internacional, parte en la mayoría de los casos de una estructura societaria que, a mayor capacidad económica y financiera, produce mayor grado de *anonimato* de sus integrantes físicos. De otra forma: los delitos socio-económicos se ejecutan a través de una empresa formada por un colectivo humano, o, mejor dicho, son delitos «de empresa» (terminología de Schünemann).

---

(\*) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba [República Argentina]). Profesor de postgrado en la Carrera de especialización en Derecho penal (Universidad Nacional de Córdoba [R. A.]). Profesor regular de la Cátedra de Derecho penal (Parte General) en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Salta (Sede regional Neuquén). Codirector y cofundador de la revista *Ley, Razón y Justicia*. Mención de honor de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (RA) en el marco del premio al «Joven Jurista» (Edición 1997). Dirección electrónica: cesano@ciudad.com.ar

(\*\*) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba [RA]). Profesor Titular de la Cátedra de Derecho Penal II (Parte Especial) de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Premio al «Joven Jurista» de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Edición 1999).

Se ha dicho (1) al respecto: «En la actualidad el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentra relacionado, fundamentalmente, con los *delitos económicos*, porque las acciones punibles (y las infracciones administrativas) que se cometen con la participación de una persona jurídica tienen correspondencia, comúnmente, con el orden económico».

La empresa, como agrupación de personas, sobre todo bajo la forma de una persona jurídica, ha desplazado totalmente en la actividad económica actual a la figura tradicional del empresario individual (2).

Aunque el tema no es novedoso –según lo expone Bacigalu-  
po– (3) se puede constatar que sólo ha sido tratado con cierta intensidad desde hace aproximadamente cuarenta años. La razón de dicha intensificación suele encontrarse en la tendencia a introducir una regulación de las ilicitudes de ciertas materias económicas en las *legislaciones europeas de post-guerra* (sobre todo en materia fiscal y en Derecho de monopolios).

Sin perjuicio del hiperdesarrollo de la cuestión (lo cual por otra parte torna inabarcable la bibliografía sobre el tema), cualquier trabajo que se precie de metodológico y medianamente exhaustivo debe, por lo menos, responder el siguiente cuestionario: ¿A qué delincuencia vinculada con la persona jurídica se apunta al referirse a su supuesta responsabilidad penal?; ¿qué estratos analíticos de la teoría del delito se transforman en el nudo gordiano para la resolución del problema?; ¿cuáles son las diferentes posiciones doctrinarias sobre el tema?; ¿qué caminos dogmáticos se han propuesto para prevenir y reprimir el tipo de delincuencia vinculada a las personas jurídicas?; ¿cuáles son las respuestas brindadas en el Derecho comparado?; ¿qué soluciones ha dado el Derecho positivo argentino (constitucional y común)?

Nos proponemos, en lo que sigue, analizar cada uno de los interrogantes resumidos en el párrafo anterior.

## 2. EL TIPO DE DELINCUENCIA CONSIDERADA

Según expone Schünemann (4), el concepto de criminalidad de la empresa se relaciona con aquellos «delitos económicos en los que por

(1) MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ y SILVINA BACIGALUPO, *Derecho Penal Económico*, Ramón Areces, Madrid, 2001, p. 116.

(2) Véase SANTIAGO MIR PUIG y DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA, «Presentación» en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 13.

(3) ENRIQUE BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 65.

(4) BERND SCHÜNEMANN, «Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa» en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1998-II-531.

medio de una actuación *para* una empresa se lesionan bienes jurídicos e intereses *externos*, incluidos los bienes jurídicos e intereses propios de los colaboradores de la empresa».

Abreviando en esta definición, explica Cesano (5): «De esta manera, dos son los ámbitos respecto de los cuales se puede predicar el concepto: uno se perfila con la marca de una tendencia *centrífuga*, por cuanto comprende aquella criminalidad que, surgida en su seno, se proyecta al exterior a partir de la empresa (afectando intereses y bienes de terceros ajenos a ella); el otro, en cambio, posee una tendencia que podría ser calificada como *centrípeta*, dado que, aun cuando germina en la estructura societaria, sus efectos se despliegan *en contra de la empresa o de sus miembros*. Dicho en otras palabras, la distinción precedente puede reconducir a la clásica diferenciación formulada por Schünemann: criminalidad *desde* la empresa y criminalidad *dentro* de la empresa».

La responsabilidad penal de la persona jurídica, como parece desprenderse en forma paladina de lo anteriormente dicho, apunta a la categoría enunciada como criminalidad con *tendencia centrífuga*, o en la categorización de Schünemann, «criminalidad desde la empresa». Es éste el ámbito en donde, de hecho, con más frecuencia la delincuencia económica se puede desarrollar. En este aspecto, dos son los grupos de casos en que se puede clasificar las posibilidades de conexión de la persona jurídica con el fenómeno delictivo:

A) Primeramente, los relativos al uso de la personalidad jurídico-societaria como modalidad especial de burlar alguna disposición legal; la creación del ente ideal lo es *ex profeso* para la actividad delictiva (v.gr., evadir obligaciones impositivas) (6).

Para enfrentar el primer grupo de casos (esto es, sociedades destinadas *ex profeso* a la actividad delictiva), parece ser suficiente acudir, por una parte, a los *instrumentos jurídico-penales de imputación individual ya tradicionales* y consagrados en la legislación penal común con el objeto de sancionar a los directivos o, en términos generales, a quienes ejerzan la representación del ente ideal que haya realizado la actividad merecedora de reproche penal. Junto a estas medidas, también resultan de utilidad para prevenir tales comportamientos las normas de Derecho privado, particularmente las previsio-

---

(5) JOSÉ DANIEL CESANO, «Problemas de responsabilidad penal de la empresa», en *El abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales*, Depalma, Buenos Aires, 2000, pp. 252 y 253. La cursiva es nuestra.

(6) Cfr. JAIME MALAMUD GOTI, *Política criminal de la empresa*, Hammurabi, Buenos Aires, 1983, p. 32.

nes del Derecho societario sobre *nulidad por objeto o actividad ilícita* de la corporación.

B) El otro grupo, a diferencia del anterior, se caracteriza porque la estructura societaria refleja una organización orientada hacia una actividad permisible como tal y de cuyo ejercicio se derivan una o varias transgresiones que pueden configurar contravenciones o delitos (7); de otro modo: los hechos ilícitos presentan como nota común haber sido cometidos en el escenario que ofrece una persona jurídica, cuyo objeto societario o actividad desarrollada no resultan *per se* ilícitos.

En estos casos, la utilización de los instrumentos de imputación jurídico-penales tradicionales no siempre van a permitir alcanzar soluciones adecuadas. Se ha concluido, en tal sentido, que la pretensión de reprimir los comportamientos delictivos cometidos por medio de la actividad societaria mediante el castigo de las personas individuales que integran los órganos de dicha sociedad puede conducir a una opción en donde ambos extremos resulten insatisfactorios; a saber: o la responsabilidad sólo alcanza los individuos que conforman los *eslabones últimos* en el proceso de decisiones (i), o bien la infracción corre el riesgo de quedar impune, porque *nadie reúne* con su conducta los requisitos exigidos para imponer la sanción penal (ii).

Los sistemas de imputación individual (persona física) entrañan ciertas dificultades para este tipo de casos:

I) De carácter procesal: Los criterios de división y delegación del trabajo que rigen una organización empresarial se convierten en causa de impunidad por la seria dificultad que existe para detectar y probar la responsabilidad. La persona jurídica es obviamente una organización destinada a realizar actividades lícitas, en la cual se pueden cometer comportamientos delictivos en el desarrollo de sus operaciones. En estas condiciones resulta difícil imputar a un alto directivo un comportamiento realizado en el seno del organismo y ejecutado por empleados.

En 1983, Malamud denominaba al fenómeno de pretender castigar al autor material inmediato del ilícito, falacia *del primer vagón*, y lo explicaba así: «... si se establece que los pasajeros que más sufren los accidentes ferroviarios son los que ocupan el primer vagón, no resulta razonable apelar al expediente de quitarle a cada tren el coche delantero para disminuir los riesgos» (8).

---

(7) MALAMUD, *Política*, op. cit., p. 32.

(8) MALAMUD GOTI, *Política*, op. cit., p. 17.

Lo que se produce es un parcelamiento de la actividad en fragmentos de conducta realizados por diversas personas, siendo normal que a ninguna de ellas se pueda atribuir el hecho ilícito porque no reúne todos los presupuestos de la punibilidad.

II) De carácter sustantivo: Los inconvenientes trascienden el terreno procesal, pudiendo incluso proyectarse a problemas de Derecho sustantivo, como sucede, por ejemplo, en los delitos especiales o los que exigen la concurrencia de elementos subjetivos.

### 3. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DEVENIR DE LOS DISTINTOS ESTRATOS ANALÍTICOS DE LA TEORÍA DEL DELITO Y DE LA SANCIÓN PENAL

A) La discusión dogmática respecto a la posible responsabilidad de la persona jurídica transita, en lo que hace a la teoría del delito, por dos de sus estratos. Éstos son: la teoría de la *acción* y la *culpabilidad* (o atribuibilidad individual) (9).

Dejamos al margen las improntas filosófico-jurídicas que algunos autores conceden a la decisión sobre la viabilidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como por ej., Gracia (10), quien, fundado en la teoría de Welzel sobre las estructuras lógico-objetivas, niega tal responsabilidad criminal de los entes ideales.

I) Como es de público y notorio, la teoría de la *acción*, hace, sin lugar a dudas, dentro del Derecho penal nuclear, a la persona de carne y hueso, al ser humano individual.

Se ha dicho: «Para cualquier teoría de la acción cuya construcción no respete límites ónticos, la cuestión acerca de la posibilidad de ejercicio de poder punitivo sobre personas jurídicas es materia de pura decisión legal» (11).

---

(9) Sobre el particular, R. MAURACH y H. ZIFF, *Derecho penal. Parte General*, trad. Bofill Genzch y Aimone Gibson, Astrea, Buenos Aires, 1994, I, § 31, pp. 540 y ss. También, ENRIQUE BACIGALUPO, *Lineamientos de la teoría del delito*, Hammurabi, Buenos Aires, 1994, pp. 133 y ss.

(10) Véase LUIS GRACIA MARTÍN, «La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa es en el Derecho penal español», en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 88.

(11) EUGENIO R. ZAFFARONI, ALEJANDRO ALAGIA y ALEJANDRO SLOKAR, *Derecho penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 407.

Con independencia de que se sostenga la teoría causal, final o social de la acción o una nueva versión cumulativa (12), la opinión dominante mantiene que la acción, en el ámbito penal, exige una *conducta voluntaria*. La acción humana, con palabras de Engisch, es un acaecer natural. El actuar de los entes colectivos es una construcción jurídica (13).

· II) La *culpabilidad*, entendida como *imputabilidad más juicio de reprochabilidad*, también hace referencia a una persona física capaz de autoadministración, en el sentido de conocer y querer. De otro modo: si la culpabilidad consiste en un juicio de reproche que se hace al autor por haber actuado antijurídicamente a pesar de que pudo obrar conforme a Derecho, es indudable que aquí subyace una de las mayores dificultades –no la única– para el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (14). Tampoco la obligada determinación de si se actuó por dolo o imprudencia (hoy, problema del tipo complejo en las modernas estructuras analíticas del delito (15); ayer, substrato de la culpabilidad, en la versión psicológica (16), ya que de ello depende la pena en concreto a imponer, es posible respecto de las personas jurídicas, salvo utilizando los términos de imprudencia y dolo (*crime doloso, crime culposo*: art. 18 del Código penal brasileiro) en sentido distinto al técnico –o popular– habitual. *Crime doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo. Culposo, quando o agente deu causa ao resultado por impurdencia, negligencia ou impericia.*

B) En lo referente a la *teoría de la sanción penal*, el campo de Agramante es la función y el fin tradicional tanto de la *pena* como de la *medida de seguridad*. Se afirma que ni el sentir la sanción como un mal, contenido de la pena, cabe respecto de la persona jurídica en cuanto tal –tan sólo respecto de los individuos que la integran– ni el cumplimiento de los fines que en los Códigos, como así también

---

(12) En este sentido, DANIEL GONZÁLEZ LAGIER, *Las paradojas de la acción*, Universidad de Alicante, 2000.

(13) AKERMANN, *Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und sin auslanddischen Rechtsordnungen*, Frankfurt a.M. Berna, Nueva York, 1984, pp. 44 a 49.

(14) «La culpabilidad presupone siempre un injusto», Immanuel Kant, *Praktische Philosophie* Powalski en *Kant's gesammelte Schriften, Akademie-Ausgabe*, t. 27.1, p. 155.

(15) *Finalismo*; ora monista, ora dualista y *funcionalismos*.

(16) *Clásico* (positivismo jurídico o causalismo) y *neoclásico* (normativismo o neocausalismo).

algunas Constituciones, se asignan a la pena, e incluso a la medida seguridad; o sea, reeducación y reinserción social; son posibles en lo que a las personas jurídicas afecta.

#### 4. *SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST VS. SOCIETAS DELINQUERE POTEST*

La visión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha fracturado a la doctrina en dos posiciones enfrentadas desde hace no poco tiempo. Quienes consideran que la persona jurídica no puede tenerla y, por el otro lado, los que la estiman viable. Veamos, pues, el origen del problema y las distintas vías que proponen tanto uno como otro sector a los efectos de combatir la delincuencia vinculada a la actuación externa de las personas jurídicas.

##### A. Origen histórico de la discusión

I) De acuerdo a los conceptos vertidos por Barbero Santos (17), en el Derecho europeo continental la recepción del principio *societas delinquere non potest* o *universitas delinquere nequit* (18), que hoy prevalece, deriva del pensamiento individualista del Iluminismo que se consagra en la *ley francesa 2-7 de marzo de 1791*, que suprime las *corporations*, y de las concepciones de Savigny para quien la persona moral es una *ficción*: toda asociación de hombres no es más que una suma de individuos entre los que existen ciertas relaciones: carecen, empero, de la unidad espiritual y corporal que caracteriza a las personas.

II) Sólo decenios después, las teorías orgánicas que tienen a Gierke como máximo exponente (para quien la persona jurídica es una persona real *realer Gesamtperson*) formada por hombres reunidos y organizados mediante común y única fuerza de voluntad de acción para el cumplimiento de fines que superan la esfera de los intereses individuales, abrieron una vía en favor de la realidad de la persona

---

(17) MARINO BARBERO SANTOS, «¿Responsabilidad penal de la empresa?», en *Estudios de Derecho Penal Económico*, edit. L. Arroyo Zapatero y K. Tiedemann, Universidad de Castilla-La Mancha, 1994, pp. 26 y ss.

(18) ASÍ LUIS GRACIA MARTÍN, «La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas», en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996, p. 36.

jurídica, e iniciaron una tendencia favorable a su responsabilidad penal. Esta tendencia fue favorecida después de la Primera Guerra Mundial por dos factores:

a) El *desbordamiento del Derecho económico-social*. La situación socio-económica obligó al legislador a regular minuciosamente la producción, distribución y consumo de productos, los precios, la utilización de servicios, etc. y a prever para su incumplimiento numerosas sanciones represivas.

b) Las *sociedades comerciales o industriales*, cuyo número y poder no dejaba de crecer, eran las principales infractoras de esta reglamentación.

III) El eventual reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas suscitó, por ello, la máxima atención por parte de los juristas continentales. Y pasó a ser tema a discutir en Comisiones y Congresos.

En el que tuvo lugar en Bucarest, en 1929, el segundo organizado por la Asociación Internacional de Derecho Penal, se adoptaron estas conclusiones: «Constatando el crecimiento continuo y la importancia de las personas morales y reconociendo que ellas representan fuerzas sociales en la vida moderna».

«Considerando que el ordenamiento legal de cualquier sociedad puede lesionarse y gravemente cuando la actividad de las personas morales viola la ley penal».

El Congreso emite el voto:

a) De que se establezca en el Derecho interno medidas eficaces de defensa social contra las personas morales, en el supuesto de infracciones perpetradas con el fin de satisfacer el interés colectivo de tales personas o realizadas con medios proporcionados por ellas y que entrañan así su responsabilidad.

b) De que la imposición a la persona moral de medidas de defensa social no debe excluir la eventual responsabilidad individual, por la misma infracción, de las personas físicas que administran o gestionan los intereses de la persona moral, o que han cometido la infracción con medios proporcionados por éstas».

Es evidente que el Congreso no hizo suya la tesis –a pesar del ardor con que fue defendida por algunos participantes– de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Reconoció que pueden constituir un peligro social, y admitió, en

consecuencia, la posibilidad de imponerles medidas de defensa social, mas no dio el paso de proponer medidas penales.

En numerosas reuniones científicas posteriores el tema ha vuelto a tratarse, sin llegar tampoco a admitirse la responsabilidad penal de los entes colectivos. Nos permitiríamos recordar el VI Congreso Internacional de Derecho Comparado, de Bruselas, de 1958. Las XV Jornadas belga-franco-luxemburguesas de ciencia penal, celebradas en la misma ciudad, en 1976. El X Congreso Internacional de Derecho Comparado, de Budapest, de 1978.

En el documento final del *Congreso sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en Derecho Comunitario*, que tuvo lugar en Mesina, en 1979, se manifestó en el punto primero:

Que se auspicia el reconocimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas por violaciones al Derecho comunitario, en particular si estas violaciones constituyen una infracción, según el Derecho interno de un Estado miembro. En el punto tercero, sin embargo, se añade que por la trascendencia de los principios jurídicos en juego y, en particular, del concepto de responsabilidad penal de las personas jurídicas y las divergencias existentes entre las diversas legislaciones, se recomienda que cada Estado miembro elabore, respecto de las personas jurídicas, un sistema represivo (en sentido amplio) que comprenda sanciones de naturaleza penal, administrativa o *sui generis*.

Desde un punto de vista ideológico-político, el impulso para dotar a las personas jurídicas de capacidad delictiva proviene de corrientes positivistas criminológicas y en general de las que son tributarias de la llamada *defensa social*, es decir de concepciones de fondo organicista. Posteriormente se sumaron argumentos de dirigismo estatal; en cambio en la actualidad pesan criterios de diferente signo ideológico, como los que provienen del desarrollo del Derecho económico, la defensa de la ecología y de los consumidores y, fundamentalmente, de criterios de *defensa social* para la lucha contra el crimen organizado (narcotráfico, lavado de dinero, mafia y corrupción pública) (19).

La futurología sobre el tema es bastante aciaga para los defensores de aquellos principios que sustentaron la dogmática de carácter liberal. En este sentido Zugaldía (20) ha afirmado: «... para bien de la política criminal, y superados los obstáculos dogmáticos que se oponían a ello, la derogación de la fórmula tradicional *societas delinquere non potest* parece ser una cuestión de tiempo».

(19) ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, *op. cit.*, p. 408.

(20) JOSÉ MIGUEL ZUGALDÍA ESPINAR, «Una vez más sobre el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas (doce años después)», en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 727.

## B. Las respuestas propuestas por quienes aceptan la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Quienes se encuentran a favor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas suelen manejar dos estrategias diferentes para hacer frente a dicho fenómeno social:

### I) EL SISTEMA DE DOBLE IMPUTACIÓN

El sistema de doble imputación se puede abordar desde dos ópticas diferentes. En primer lugar, como modo de aplicar la dogmática analítica a las leyes o códigos que aceptan la responsabilidad penal de las personas jurídicas, construyendo un esquema paralelo al sistema de imputación propio de las personas físicas (i). Por otro lado, la podemos escudriñar como modo político criminal de promocionar la recepción de una legislación que castigue penalmente a las personas jurídicas, ofreciendo al legislador el instrumento que garantice la segura aplicación de la ley penal a los casos concretos (ii). Aquí la estudiamos en el segundo sentido.

Con esta denominación se hace referencia en doctrina a la posibilidad de crear un sistema de imputación penal para las personas jurídicas al lado del tradicional para las personas físicas. En los sistemas positivos que prevén esta forma de responsabilidad (Francia) alcanzan tanto a la categoría de personas jurídicas de Derecho privado (v. gr., sociedades civiles o comerciales, fundaciones, etc.) como a las de Derecho público (p. ej., sindicatos), excluyendo, en este último caso, al Estado y a las colectividades territoriales.

Sus caracteres son los siguientes:

a) *Acumulativa*: decimos que es acumulativa, por cuanto la responsabilidad penal del ente ideal *no excluye la responsabilidad de las personas físicas* a quienes se les atribuye en carácter de autor o de cómplice, el mismo hecho delictivo. La responsabilidad del ente ideal supone siempre la actuación de un «sustrato humano» y, este «sustrato humano», debe ser un órgano o un representante de la persona jurídica.

Una primera crítica: si a una persona física se le endilga un hecho como sujeto individual y, luego, como parte de un colectivo, intuitivamente avizoramos algún tipo de lesión al principio *ne bis in idem*.

b) *Especial*: es también una responsabilidad especial, por cuanto ella *debe estar expresamente prevista* por el texto de la ley (para el caso de delitos) o reglamento (cuando se trata de contravenciones) que define la infracción. Esto significa nada menos que, para poder

responsabilizar al ente ideal, la posibilidad haya sido prevista en el propio texto que tipifica la infracción delictual o contravencional, que se quiere aplicar. Se trata de un sistema de *numerus clausus*.

c) Condicionada: Se trata de una responsabilidad condicionada a un doble requisito: aa) la infracción debe haber sido *cometida por un órgano o representante* de la persona moral, y bb) debe, además, haber sido hecha *a su cuenta*.

El modelo se completa, como una lógica consecuencia de la consagración de esta forma especial de imputación, con la previsión de un sistema de sanciones penales adecuado a esta nueva categoría de sujetos (persona jurídica). Entre ellas se destacan: multa, disolución de la persona jurídica, colocación de la corporación bajo vigilancia judicial, cierre del establecimiento, prohibición de emisión de cheques o utilización de cartas de pago, confiscación y publicación de la sentencia condenatoria. No obstante, la pena de disolución y la colocación de la corporación bajo control judicial no pueden ser aplicadas a las personas jurídicas de Derecho público.

En el Derecho comparado latinoamericano aparece el proyecto de Código penal para la República de Guatemala (1991), el cual incorpora en el título VII la «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en once artículos que pretenden sentar la base de un modelo de imputación, en buena medida, especial (21).

La crítica vertida en contra de esta posición radica en la inevitable fractura al principio de que la responsabilidad penal debe ser personal. Se corre el riesgo de que la responsabilidad se haga extensible a los demás integrantes de la sociedad, en relación a los cuales la realización del hecho no les puede ser atribuida como un acto propio.

## II) LA IMPOSICIÓN DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

Existen esfuerzos destinados a construir una respuesta que, manteniendo firme la estructura del sistema de la teoría del delito (esto es, orientado a hechos «personales») postula que las necesidades preventivas para combatir la criminalidad de la empresa pueden ser satisfechas mediante la imposición de otras consecuencias jurídico-penales (distintas de la pena): las *medidas de seguridad*. El argumento funda-

---

(21) El dato en MAXIMILIANO RUSCONI, «Persona jurídica y sistema penal: ¿Hacia un nuevo modelo de imputación?», *Cuestiones de imputación y responsabilidad en el Derecho penal moderno*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, pp. 124 y 125.

mental de la propuesta se basa en que la pena implica una amenaza psicológica de imposición de un mal para el caso de que se delinca, y no cabe imaginar que la persona jurídica pueda sentir el efecto de conminación psicológica alguna. Muy distintamente, la medida de seguridad requiere únicamente una peligrosidad que sí puede proceder de la utilización de una persona jurídica. Va de suyo que esta línea argumental necesariamente se complementa con el reconocimiento de una llamada «peligrosidad objetiva» de la corporación, concepto con el cual se alude a la probabilidad de que las estructuras o instrumentos societarios posibiliten la actuación criminal de los sujetos individuales.

La crítica aquí transcurre por otro motivo. Así como condición de la aplicación de una pena se exige que la persona sea culpable (*nulla poena sine culpa*), la imposición de una medida de seguridad amerita la previa peligrosidad como condición inexcusable para la imposición de cualquier medida (*nulla mensura sine periculositate*). Por otro lado la medida de seguridad, al igual que la pena, requiere la existencia de un injusto (*acción típica y antijurídica*). Si de *acción* se trata, sólo la persona física tiene esa capacidad.

### C. Las respuestas propuestas por quienes no aceptan la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Los que han afirmado la imposibilidad de la persona jurídica para ser centro de imputación penal acuden para enfrentar la actividad ilícita proveniente de la misma al denominado Derecho penal contravencional o apelan a ciertos institutos imputativo-penales adecuados a la persecución de quienes, como persona física, se encuentran detrás de la persona jurídica, como la autoría mediata (aparatos organizados de poder), la omisión (propia e impropia), el actuar en representación (o en nombre) de otro y la imposición de consecuencias accesorias.

#### I) LA HUÍDA AL DERECHO PENAL ADMINISTRATIVO

Si bien, como consecuencia de negarle capacidad de acción, se rechaza la posibilidad de responsabilidad penal de la persona jurídica, lo cierto es que, desde hace tiempo, en algunos ordenamientos jurídicos, se prevén sanciones de naturaleza penal administrativa contra la persona jurídica. Estos ordenamientos permiten la imposición de verdaderas consecuencias principales de carácter sancionador a la empresa como tal, en forma de multas contravencionales. Se puede, en

tonces, imponer una multa a personas jurídicas o uniones personales cuando sus órganos o representantes lesionen, mediante la realización de comportamientos delictivos o contravencionales, deberes de la empresa relacionados con ella o cuando han obtenido o intentado su enriquecimiento.

Los requisitos para la sanción de marras, son los siguientes: a) un delito o contravención cometidos por una persona física plenamente imputable; b) el círculo de autores del hecho se encuentran limitado a los órganos que están autorizados para la representación; c) se deben haber vulnerado deberes relativos a la empresa o haber pretendido su enriquecimiento; d) la multa a imponer puede ser asociacional *cumulativa* (en proceso único al autor y a la sociedad) y asociacional *aislada* (en un proceso independiente a la empresa).

Todos sabemos que las distintas tentativas de la doctrina para diferenciar el Derecho penal común del contravencional no han dado resultados concluyentes. Por tal *motivo* la crítica que se cierne sobre la postura es que resulta contradictorio admitir por una parte, que la persona jurídica no puede cometer un delito y, por otra, afirmar esa posibilidad respecto de las infracciones contravencionales, cuando se postula que la distinción entre uno y otro tipo de infracción (delictual y contravencional) no es ontológica sino, simplemente, cuantitativa. La multa administrativa contra el ente colectivo, como sanción autónoma por la imputación del hecho punible o la infracción administrativa del órgano y la atribución de una «culpa a la organización» se encuentra tan poco justificada como la pena, porque esta multa presupone igualmente la culpabilidad personal.

## II) INSTITUTOS IMPUTATIVO-PENALES PROPIOS DE LAS PERSONAS FÍSICAS COMO ALTERNATIVAS

Ha dicho Cesano que «[un] modelo que pretenda ser respetuoso de los principios inspiradores del ordenamiento jurídico-penal en un auténtico Estado de Derecho debe renunciar a la pretensión de estructurar sistemas orientados a la imputación de responsabilidad penal a las corporaciones». Agrega más adelante: «... los esfuerzos del Derecho penal convencional, con los medios de imputación individual que consagra, deben extremar los recaudos para evitar la impunidad de los actos cometidos en el seno de los entes ideales por sus representantes o administradores» (22).

Hay tres institutos a los que la doctrina tradicional acude para demostrar que no es indispensable argucias teóricas extensivas de res-

(22) CESANO, «Problemas de responsabilidad», *op. cit.*, p. 294.

ponsabilidad penal a la persona jurídica y que se muestran especialmente aptos para la lucha contra la delincuencia en el seno de las sociedades. Ellos son: la autoría mediata –especialmente, se apela a la *doctrina de los aparatos organizados de poder*–, la omisión (*propia e impropia*) y, en el ámbito de los delitos especiales, el *actuar en lugar de (o por) otro*. Asimismo, ya en el ámbito de la sanción, se propone la imposición de *consecuencias accesorias* al ente ideal.

#### a) *La autoría mediata*

En la actualidad existe en lo que a delitos económicos de la empresa se refiere, la siguiente situación: un fenómeno de *escisión* que tiene lugar en las estructuras jerarquizadas entre los sujetos que ejecutan materialmente la conducta delictiva y los sujetos realmente responsables de la decisión criminal, que son quienes han trazado el plan ejecutivo. La doctrina especializada ha puesto un particular énfasis en la relevancia que ostenta sancionar a los sujetos en que la jerarquía empresarial se hallan ubicado por encima de aquellas personas con una posición subordinada y, señaladamente, a los sujetos que componen la cúpula de la organización.

Las formas de criminalidad que tienen un mayor desarrollo en el ámbito de las corporaciones como, por ejemplo, el delito económico y el ambiental, se destacan por el *parcelamiento* de la actividad delictuosa, involucrando diversas conductas, que aisladamente consideradas resultan irrelevantes desde el punto de vista de la tipicidad, y posibilitando que los varios intervinientes en la misma puedan, incluso, ignorar el significado criminal de su aporte, el cual sólo es conocido por los ideólogos, alejados convenientemente de la consumación delictiva. Esta instrumentalización de los autores materiales de los hechos punibles nos coloca frente al instituto de la autoría mediata, explicado tal vez más satisfactoriamente por medio de la tesis autoral del *dominio del hecho* (23), que permite adjudicar precisamente la calidad de autor –mediato– a quien induciendo se vale de otro como instrumento para la realización material del hecho o; de otro modo, la autoría mediata consiste en atribuir a alguien un efecto si, conforme a las circunstancias, ha logrado que otro ejecute el hecho mientras que el primero domina la situación. Dentro de los casos que la doctrina, pacíficamente, ha considerado como de autoría mediata, debemos mencionar las hipótesis en las cuales el instrumento (esto es, quien materialmente realiza el tipo) resulta ser un

---

(23) FABIÁN I. BALCARCE, «Participación criminal», en *Lecciones de Derecho Penal*, dir. Carlos J. Lascano (h), Advocatus, Córdoba, 2000, II, pp. 260 y ss.

sujeto inculpable, ya sea por obrar bajo sutiles formas de coacción, o por hacerlo bajo los efectos del error. Al lado de estos casos tradicionales de autoría mediata, y como una nueva categoría con reconocimiento jurisprudencial, los autores han comenzado a ocuparse de la tesis, especialmente desarrollada en Alemania por Roxin, denominada *dominio del hecho mediante aparatos organizados de poder*. Esta nueva categoría dogmática adquiere particular relevancia en el momento de buscar soluciones para determinados supuestos (no poco frecuentes) que pueden producirse en una organización de tipo empresarial en la cual los ejecutores no siempre ignoran la ilicitud de su actividad, pudiendo, incluso estar identificados de alguna manera con los fines de la sociedad. El objetivo de la tesis es, en definitiva, responsabilizar como autor mediato al denominado *autor de escritorio*. La razón de considerar estas hipótesis como casos de autoría mediata está dada por la *fungibilidad* (24) del sujeto ejecutor dentro de la estructura societaria: «Dado que el sujeto que lleva a cabo la ejecución se puede reemplazar por otro cualquiera, no necesita ni la coacción ni el error para atribuirle el dominio del hecho al que obra por detrás. El dominio de las estructuras, de los medios, del modo de configurarse el hecho típico, la estructura jerárquica y el aludido carácter fungible del ejecutor inmediato, pueden permitir la atribución al superior de una autoría *kraft Organisationsherrschaft*. Este punto de vista, que responde a una evidente necesidad político-criminal, en modo alguno vulnera el marco ontológico. Explicado desde otro ángulo: la circunstancia de que nada falte en la libertad y responsabilidad del ejecutor inmediato resulta irrelevante en cuanto el dominio del inspirador, porque según sus expectativas, respecto del actuante, él no aparece como una persona responsable individualmente, sino como una figura anónima y cambiante. El ejecutor es, en la medida en que se escarbe un poco en el dominio de su acción, al mismo tiempo y en cada instante, una ruedita cambiante de la estructura organizada (empresa)». Explica Roxin (25): «El ejecutor, si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, sin embargo es al mismo tiempo un engranaje –sustituible en cualquier momento– en la maquinaria del poder, y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de detrás, junto con él, al centro del acontecer».

(24) CARLOS J. LASCANO (h), «Teoría de los aparatos organizados de poder y delitos empresariales», en *Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales (Homenaje a Claus Roxin)*, Lerner-La Lectura, Córdoba, 2001, pp. 351 y 352.

(25) CLAUD ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, trad. 6.ª ed. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, § 24, p. 271.

b) *La omisión* (26)

aa) Los delitos comunes de resultado material y la comisión por omisión

La estructura de la comisión por omisión se revela, en opinión de algunos como un medio apto para superar las dificultades que ofrece la escisión entre acción y responsabilidad en el ámbito de la criminalidad de los entes colectivos.

La comisión por omisión consiste en responsabilizar a alguien por la producción de un resultado al no intervenir en un curso causal, cuando las circunstancias así lo hubieran requerido. En lo específico, la estructura de la comisión por omisión tiene por objeto atribuir una responsabilidad penal a aquellos órganos directivos, superiores jerárquicos en la organización empresarial, que no hubiesen evitado que el hecho delictivo se ejecutase por parte de sus subordinados, siempre y cuando pueda acreditarse que el órgano directivo u «hombre de atrás» se hallaba en el ejercicio de una concreta situación de competencia específica que le obligaba a controlar todos los factores de peligro derivados de la misma y, consecuentemente, a evitar la realización de delitos por sus subordinados en la cadena jerárquica de la empresa (27). Recordemos que las tradicionales fuentes materiales de posición de garante son *el deber de proteger determinados bienes jurídicos* (i) o en *el deber de velar por determinadas fuentes de peligro* (ii). La equiparación entre la omisión impropia y el comportamiento activo debe apoyarse en la idea de «dominio», o, dicho de modo más explícito, en el dominio que posee el órgano directivo, que se encuentra en posición de garante «sobre la causa del resultado». El aludido dominio puede dimanar de un dominio fáctico sobre los elementos o procedimientos peligrosos de la empresa (dominio *material*) o puede proceder de un dominio sobre el propio comportamiento de los subordinados en la organización jerárquica de la empresa (dominio *personal*). El órgano directivo asume un específico compromiso individual de control o de contención de riesgos determinados para bienes jurídicos que puedan provenir de los objetos o de las personas sujetos a su supervisión, y con relación estrictamente a las actividades propias de la empresa y a hechos que él esté en condiciones de evitar de acuerdo con su propio ámbito de competencia en el organigrama empresarial.

Sin embargo, hemos dicho ya que la utilización de esta categoría dogmática ha merecido ciertos reparos entre los autores, quienes llegaron a caracterizarla como un medio de imputación muy «traumático». Es por eso que, previo a perfilar su posible utilización como

---

(26) De inestimable valor para entender su estado actual, el meduloso trabajo de KLAUS GÜNTHER, «De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber ¿Un “cambio de paradigma” en el Derecho penal?», en *La insostenible situación del Derecho Penal*, trad. Jesús-María Silva Sánchez, Comares, Granada, 2000, esp. pp. 500 a 505.

(27) MARTÍNEZ BUIJÁN-PÉREZ, *Derecho penal económico. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 201.

instituto para construir el concepto de responsabilidad de los representantes de una corporación, es preciso ocuparse de sus cuestionamientos.

La falta de tipificación especial de delitos impropios de omisión ha hecho necesario que éstos deban ser integrados en tipos que señalan como verbo rector a una acción, siempre que respecto del omitente pese una obligación de garantía en relación con el bien jurídico protegido por aquellos tipos.

Esta metodología crea, indudablemente, problemas con uno de los principios básicos que debe presidir un derecho penal propio de un Estado constitucional de derecho: el de *legalidad*. Lo dicho es así, por cuanto, mediante esta categoría dogmática, se trata de penar una omisión utilizando un tipo en el cual la ley ha previsto declaradamente una conducta de acción. De allí que sean correctas las observaciones del profesor Novoa Monreal en el sentido de que si en determinada legislación penal (preferentemente en la Parte General del respectivo Código Penal) existe un precepto que permita responsabilizar también a quien no evita el resultado previsto en el respectivo tipo, faltando con ello a su deber jurídico (cláusula de equiparación o equivalencia) los reparos en relación con dicho principio de *legalidad* se aligeran (28). Pero si la correspondiente legislación carece de una regla de esa clase la dificultad aparece con todo su vigor.

Empero, pensamos que para que se disipe cualquier duda respecto de la compatibilidad con el principio constitucional de legalidad, los delitos omisivos impropios exigirán, a la par de la consagración de una *cláusula legal que permita aquella equiparación* de tratamiento a la cual alude Novoa, una precisa definición de los presupuestos frente a los cuales pueda surgir la posición de garante (29).

En la actualidad se levantan voces en contra de la inclusión de la regla en la legislación, entendiendo que la punición de la *comisión por omisión* es perfectamente sostenible desde perspectivas de principio de legalidad y que ni la tipificación expresa en la Parte Especial ni la inclusión de una cláusula genérica en la Parte General del Código Penal son necesarias, pudiendo incluso reportar más inconvenientes que ventajas, aludiendo particularmente a que el precepto genérico puede conllevar a consecuencias extensivas de la punibilidad (30).

---

(28) Cfr. EDUARDO NOVOA MONREAL, *Fundamentos de los delitos de omisión*, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 141.

(29) V. gr., CP alemán, § 13; CP austriaco, § 2; CP español, artículo 13; CP italiano, artículo 40; CP portugués, artículo 10 (Cfr. Jesús-María Silva Sánchez en *Comentarios al Código penal*, dir. Manuel Cobo del Rosal, Edersa, Madrid, 1999, p. 443).

(30) *Ídem*, pp. 452, 457 y 458.

No obstante ser ésta también nuestra opinión con respecto a las formas omisivas impropias, lo cierto es que la utilización de este instrumento por parte de cierta jurisprudencia, como una técnica de imputación para responsabilizar a los administradores o, en general, a representantes del ente ideal, nos pone en la necesidad de determinar, desde un ángulo analítico teórico y con el mayor rigor posible, hasta dónde llega la posición de garante. La posición de garante requiere, esencialmente, que el sujeto esté encargado de la protección o custodia del bien jurídico que aparece lesionado o amenazado de lesión. Una de las formas en que se manifiesta tal posición se estructura a partir de la asunción por parte de un sujeto, de un deber de vigilancia frente a una concreta fuente de riesgo. Como expresa Enrique Bacigalupo (31) la posición de garante tiene aquí por contenido la dirección y el encauzamiento de algo que produce, por su utilización, peligros para bienes jurídicos en la vida social, por cuyo motivo un determinado sujeto o sujetos tiene como función el evitar o prevenir los daños.

Precisamente, en estrecha vinculación con esta forma se manifiesta la posición de garantía que tanto la doctrina como la jurisprudencia vienen desarrollando en relación con los casos de responsabilidad de los directores. A nuestro modo de ver, esta técnica de imputación, para ser en forma mínima tolerable, exigiría la formulación de una serie de precisiones:

aaa) En primer lugar, se debe tener presente que no toda actividad desplegada en el seno de una corporación puede ser considerada como una potencial fuente de riesgo o peligro para bienes jurídicos. Por consiguiente, éste no es un predicado general aplicable, sino que requerirá, en cada caso, un examen particular. Si bien habrá actividades desarrolladas bajo la forma empresarial que, efectivamente, pueden responder a esas características (pensemos, por ej., en el ámbito de la delincuencia ecológica, los perjuicios que puede acarrear la falta de control respecto del personal al cual se ha encargado el tratamiento de efluentes con aptitud contaminante), también habrá infinidad de situaciones en las cuales tales características no podrán ser verificadas.

bbb) Sin embargo, la verificación de que una actividad desarrollada mediante una corporación es riesgosa o peligrosa para determinados bienes jurídicos no hace surgir *per se*, en cabeza de su director, la asunción de una posición de garantía. A nuestro modo de ver, esta posibilidad aún exige la constatación de dos elementos esenciales:

---

(31) ENRIQUE BACIGALUPO, *Delitos impropios de omisión*, Temis, Bogotá, 1983, p. 146.

aaaa) Que respecto del representante a quien se pretende imputar la no evitación del resultado haya un *deber de actuar* basado en la ley, en una convención o en su obrar precedente.

bbbb) En segundo lugar, será necesario que el autor (administrador, director, etc.) tenga el *control o dominio de la actividad* que se considera riesgosa. Este control requiere, para ser tal, el conocimiento del curso causal concreto por parte del omitente de la situación. De allí que no basta que el autor sepa que tal o cual hecho se está llevando a cabo: es necesario que sepa cómo es que éste se desarrolla y, al mismo tiempo, que esté colocado en posición real, física, de modificar el curso de los hechos, evitando, así, el resultado.

Los recaudos mínimos exigidos ponen en evidencia la corrección de lo afirmado por Malamud Goti en el sentido de que sólo en muy contados casos serán aplicables las reglas de la omisión impropia. Ello por cuanto los altos funcionarios en general estarán más allá de los acontecimientos delictivos concretos, y por consiguiente, colocados en una posición desde la cual difícilmente puedan evitar las consecuencias ulteriores.

#### bb) Los delitos comunes y la omisión propia

En el Derecho comparado se analiza la conveniencia de crear una figura delictiva de omisión propia que castigue, con carácter general, la *pura infracción del deber de vigilancia* en el seno de la empresa que incumbe al órgano directivo con independencia de la responsabilidad (en comisión por omisión) por los hechos delictivos que pueda cometer un subordinado que ejecuta materialmente el hecho. La cuestión atinente al castigo de la pura infracción del deber de vigilancia se plantea con total independencia de la responsabilidad que proceda por la intervención (sea a título de autor, sea a título de partícipe) en el hecho materialmente ejecutado por el subordinado.

La responsabilidad en comisión por omisión se está transformando al aplicarse al ámbito de los delitos de empresas o de estructuras organizadas (como infracción del deber de vigilancia). Silva Sánchez presagia acerca de la posibilidad cierta de que se acabe asimilando a las figuras mucho más laxas, de la *vicarious liability* anglosajona o la *responsabilité du fait d'autrui* francesa (32).

---

(32) SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, op. cit., p. 84.

La «responsabilidad vicaria o por sustitución» «... implica que una persona puede ser responsable por los actos de otra persona como si fueran sus propios actos. La máxima que guía esta doctrina es: *Qui facit per alium facit per se* (el que actúa por medio de otro, actúa por sí mismo). El cómplice es en sentido metafísico, el *alter ego* del autor. De este modo las acciones del autor se transfieren, mágicamente, a los cómplices»

«Esta forma de entender la responsabilidad criminal supone la aplicación de una doctrina del Derecho civil que tiene su base en el Derecho contractual. No sería posible desarrollar un sofisticado cuerpo comercial sin recurrir a la posibilidad de que los agentes contraten en nombre de sus superiores, los cuales van a adquirir, con posterioridad, unos derechos y se van a convertir en responsables como si ellos mismos hubiesen contratado. Todo el Derecho de Sociedades en su conjunto presupone que las sociedades se hacen responsables de las deudas y de los contratos que los representantes de la misma llevan a cabo con terceras personas» (33).

La *vicarious liability* se diferencia de la *strict liability*. La doctrina *strict liability* se aplica a aquellas contravenciones en las cuales no es necesario acreditar la culpabilidad del agente y, por consiguiente, tal y como ha sido formulada hasta hace poco tiempo, el error nunca excusa (34).

La comisión por omisión y, eventualmente, la omisión propia, traen como consecuencia criminológica el denominado *hombre de paja*; sujeto, que colocado en un puesto jerárquico de la empresa, asume conscientemente la responsabilidad por los hechos delictuosos producidos a cambio de una abultada suma de dinero en concepto de emolumentos salariales periódicos.

### c) *Los delitos especiales y el «actuar por otro»*

La doctrina ha distinguido entre delitos especiales y comunes o generales. Esta clasificación atiende a la circunstancia de los tipos delictivos «requieran un autor que ostente determinadas calificaciones o puedan ser realizados por cualquiera».

En materia de delitos socio-económicos es muy frecuente que las diversas figuras se construyan como tipos especiales. Con razón ha podido afirmarse al respecto que, a diferencia de lo que sucede en el ámbito del Derecho penal nuclear, en el que la regla general es la existencia de tipos comunes, en la esfera del Derecho penal accesorio y, en particular, en la del Derecho penal económico la regla general es la contraria, o sea, el hecho de que la configuración del injusto típico se apoye, en la mayor parte de los casos, en la atribución de una *determinada característica objetiva del autor* (35).

(33) GEORGE P. FLETCHER, *Conceptos básicos de Derecho penal*, trad. F. Muñoz Conde, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 277.

(34) JAIME MALAMUD GOTI, *Persona jurídica y penalidad*, Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 22.

(35) CARLOS MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, *op. cit.*, pp. 194 y 195.

Vinculada, precisamente, en los delitos especiales ha tenido un vigoroso desarrollo la categoría dogmática del «actuar por (o *en lugar de*) otro». En efecto: este instituto aparece como una respuesta para aquellos casos en que las especiales cualidades del autor concurren en la persona jurídica (incapaz de actuar, como ya se vio) y no en sus órganos de representación, que, en definitiva, serán los que realizan el sustrato naturalístico de la infracción. En tales situaciones, mediante la utilización de este instrumento («actuar por otro»), se opera una «extensión de la autoría cuyo fundamento ha de encontrarse en el principio de equivalencia, ya que quien en estos casos actúa en nombre de otro, pese a no reunir las características de sujeto cualificado, realiza una conducta equivalente». De allí que con acierto se haya dicho que, por medio de su implementación, se podrá dotar al sistema penal «de un mecanismo que permita llegar, a través de la persona jurídica, hasta la persona física que actuó sirviéndose de la estructura societaria».

Sin embargo, se describiría insuficientemente la utilidad de la teoría si se redujera su ámbito de aplicación sólo a la hipótesis anterior. Esta categoría dogmática puede, además, ser implementada como una respuesta al problema que se concita no sólo respecto de los que actúan en nombre de personas jurídicas, *sino también de aquellos que lo hacen en nombre de personas físicas*. Esta nueva forma de ampliación de los tipos delictivos se justifica, en la explicación de Jescheck (36), en razón de la división de trabajo que preside la economía moderna, así como en el alto grado de burocratización que caracteriza a la organización administrativa, que obliga a la delegación de responsabilidad.

Empero, es de advertir que las posibles utilidades de esta categoría dogmática están muy limitadas en el caso de nuestro Derecho positivo, ya que si bien ha sido adoptada por algunas leyes penales especiales, no lo ha sido de una manera general mediante su incorporación en la Parte General del Código, no obstante los justos reclamos doctrinarios en ese sentido.

De cualquier manera, y tomando en cuenta ciertas críticas que ha despertado la utilización del instituto entre los autores extranjeros, nos parece conveniente que la inclusión de una fórmula que la contemple debería respetar, por lo menos, los siguientes principios:

aa) En primer lugar, el sujeto que actúa (sea en nombre de la persona jurídica o bien por delegación de su director) debe haber *rea-*

---

(36) Cfr., HANS H. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 4.<sup>a</sup> edición, trad. José Luis Manzanares Samaniego, Comares, Granada, p. 208.

*lizado íntegramente el tipo objetivo*; es, por tanto, autor en sentido físico-causal.

bb) En segundo lugar, quien actúa deberá realizar en forma «total» el tipo, esto es, la actuación «debe entenderse comprensiva de la parte subjetiva del mismo: el sujeto obrante lo habrá hecho *dolosa o culposamente*, pues lo único «que pueda faltar» es la especial condición demandada para el autor».

cc) Por fin, tratándose de la actuación en nombre de una persona jurídica, se debería contemplar no sólo los órganos de administración constituidos *de conformidad a Derecho*, sino que, además, *pero siempre de manera expresa (para evitar lesiones al principio de legalidad)*, resultaría pertinente que se *incluyera a los órganos o representantes fácticos*.

#### d) *Consecuencias jurídicas accesorias*

Sirve aclarar que entre los esfuerzos destinados a reprimir las conductas ilícitas penales provenientes de la persona jurídica se ha promocionado también la imposición de las denominadas *consecuencias accesorias* como tercera o cuarta vía del Derecho penal (al lado de las penas, medidas de seguridad y reparación como tercera vía) (37). A nuestro ver, se trata de una mera cuestión de etiquetamiento detrás de la cual se esconde una verdadera pena.

## 5. EL DERECHO COMPARADO

En el Derecho internacional encontramos tres grupos bien diferenciados en cuanto al tema (38).

### A) *Societas delinquere non potest*

Existen países cuyos ordenamientos jurídicos responden a la cultura jurídica *continental europea* y, por lo tanto, no contienen una regulación genérica sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

---

(37) Cfr. CLAUS ROXIN, «La reparación en el sistema de los fines de la pena», trad. J. Maier y E. Carranza, en *De los delitos y de la víctima*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, pp. 131 y ss.

(38) Seguimos en esto a SILVINA BACIGALUPO (*La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 314 y ss.); pero con matizaciones. Para el Derecho noruego, puede verse HELGE ROSTAD, «Las multas a las personas jurídicas. Breve esbozo del sistema noruego», en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, trad. Carmen Tomás Valiente, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 519.

## I) BÉLGICA

Desde el punto de vista *legislativo*, en este país rige el principio *societas delinquere non potest, sed puniri non potest*. No sólo se excluye la posibilidad de delinquir, sino también toda posibilidad de sanción. Ello no significa que no sean posible las sanciones por infracciones contravencionales: las sanciones administrativas son aplicables tanto a las personas físicas como a las jurídicas.

Respecto de la *doctrina*, la tradicional persiste en la idea de negar dicha responsabilidad argumentando, fundamentalmente, sobre la incapacidad de la persona jurídica para manifestar el elemento *moral* de la infracción, es decir, el dolo o la culpa o, de otro modo, por su incapacidad de culpabilidad. Sin embargo, existe otra parte de la doctrina que mayoritariamente acepta la existencia de una cierta forma de culpabilidad de la persona jurídica, advirtiendo a su vez sobre la necesidad de adaptar las sanciones penales para la misma.

La *jurisprudencia* de la *Cour de Cassation* se puede resumir en los siguientes puntos fundamentales: a) una persona jurídica puede cometer una infracción; b) sin embargo, no es posible aplicarle ninguna sanción; c) por el contrario, la persona física por medio de la cual ha obrado la persona jurídica, o a la que incumbía una obligación legal por cuenta de ésta y haya omitido hacerla, deberá ser perseguida y penada.

## II) ITALIA

La *legislación* italiana tampoco admite la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas, dado que el único sujeto capaz de sufrir sanciones es la persona física. La Constitución italiana de 1948, en su artículo 27, párr. I, dispone que la responsabilidad penal es siempre «personal», mientras que el párr. III recoge el principio de rehabilitación y refuerza así el reconocimiento del principio de culpabilidad como obstáculo esencial de aquella responsabilidad. Así explica la situación Militello: «... a pesar del consenso cada vez más amplio en el sentido de una reforma profunda del Derecho penal en materia económica y de los primeros, aunque sea de modo fragmentario, instrumentos legislativos de esta delicada operación, no resulta todavía superado el tradicional anclaje del ordenamiento italiano en el principio *societas delinquere non potest*; éste, afirmado en la acepción moderna durante el siglo XVIII, ha resistido indemne a dos codificaciones penales distintas, a la promulgación de la Constitución de 1948, y a las más recientes intervenciones legislativas» (39).

---

(39) VICENTE MILITELLO, «La responsabilidad jurídico-penal de la empresa y de sus órganos en Italia», en *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, trad. Carla Prestigiacomo, Bosch, Barcelona, 1995, pp. 409 y 410.

No obstante, en el Derecho administrativo se ha producido cierta evolución hacia la responsabilidad de la persona jurídica, previéndose la responsabilidad solidaria de la misma a los efectos de asegurar el pago de la sanción pecuniaria (ley núm. 689, art. 6.º, ap. III, 24.11-1981), la imposición de multas (ley núm. 287, de protección del mercado y de la competencia, artículo 19, 10/10/1990; ley núm. 157, de *insider-training*, art. 7, 17/5/1991) e, incluso, la disolución de la misma (ley núm. 223, art. 33, 6/8/1990).

La *doctrina* jurídico penal italiana mayoritaria tampoco admite la posibilidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

## B) *Societas delinquere potest*

Hay países –los que, en su mayoría, están vinculados a la tradición anglosajona– en cuyos ordenamientos jurídicos se admite la responsabilidad de las personas jurídicas.

### I) HOLANDA

El adagio en Holanda es, por tanto *¡Societas delinquere potest!* (40). En el ámbito legislativo, el artículo 51 del Código penal holandés admite la comisión de delitos tanto por personas físicas como por personas jurídicas. El primer antecedente de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentra en la Ley de Delitos Económicos de 22/6/1950, que según la reforma introducida por la Ley de 24/5/1976, incorporó el artículo 15 que permitía la responsabilidad directa de las personas jurídicas o de la sociedad, asociación o patrimonio de afectación, o de aquellos que hubieran tenido la dirección de hecho de la acción u omisión prohibida o contra ambos. A pesar de su derogación, el contenido del artículo fue tomado por el Código penal de 1976. Éste es su texto:

«1. Los delitos pueden ser cometidos por personas físicas o por personas jurídicas.

2. En el caso de un delito cometido por una persona jurídica pueden ser perseguidas y sancionadas:

- la empresa, o
- la persona que haya realizado el delito, así como la persona que haya favorecido la comisión del mismo, o
- cualquiera de los sujetos a la vez».

---

(40) H. DE DOELDER, «La punibilidad de las personas jurídicas en Holanda», en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, trad. Blanca Mendoza Buergo, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 497.

La opinión dominante sostiene al respecto que un injusto sólo puede ser imputado a una persona jurídica, si ésta tenía el poder de disponer sobre el comportamiento punible (el llamado *criterio de poder*) y además aceptó o solía aceptar ese comportamiento (el llamado *criterio de aceptación*). Tanto la *jurisprudencia* como la *doctrina* consideran además que la decisión de un órgano de la empresa no es suficiente para fundamentar la autoría de la persona jurídica. Por el contrario, resulta suficiente que el hecho aparezca realizado dentro del *contexto social* como una acción de la persona jurídica. El criterio de imputación es pues que la acción se entienda dentro del *contexto social* como una acción propia de la persona jurídica. En cuanto al ser humano que haya actuado, lo decisivo para poder imputar la acción también a la persona física es que ésta haya tenido un «rol determinante» en la realización de la acción punible.

La opinión dominante, así como la jurisprudencia admiten la posibilidad de imponer una sanción a la persona jurídica tanto por un delito penal como por una infracción administrativa. Recientemente, en el marco de las sanciones administrativas, el nuevo Código General de Derecho administrativo no establece diferencias entre la persona física y la jurídica como sujeto de infracciones administrativas.

Durante los últimos diecisiete años el tema de la responsabilidad penal de la persona jurídica ha sido protagonista. Después de la evolución jurisprudencial de la cualidad funcional de autor (*vicarious liability*) y de su aplicación y en el cuadro de la persona jurídica, ha sido posible, en la práctica, no solamente atraer la atención de la persona jurídica sobre su responsabilidad penal, sino igualmente, en su seno, procesar penalmente a quienes deciden y a los dirigentes de hecho. Esto se hace sobre la base de los criterios funcionales relativos a la cualidad de autor, que permanecen ligados al *mens rea* en la tradición continental «no hay pena sin culpa» y que no reposan sobre la *strict liability* teniendo en cuenta, sin embargo, la estructura actual de la organización y la responsabilidad en el seno de una empresa u organización (41).

## II) FRANCIA

Al menos en Francia, la mayoría de la doctrina es partidaria de la responsabilidad penal de las personas jurídicas; lo que sin lugar a du-

---

(41) Así JOHN VERVAELE, «La responsabilidad penal de y en el seno de la persona jurídica en Holanda. Matrimonio entre pragmatismo y dogmática jurídica», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.<sup>a</sup> época, núm. 1, 1998, p. 183.

das a influido en la decisión de los autores (42) del contemporáneo digesto criminal vigente en ese país.

En efecto: el nuevo Código penal francés de 1/3/1994 admite la responsabilidad de las personas jurídicas. Según el artículo 121-2 del NCP las personas jurídicas son punibles como autoras o partícipes tanto de una acción como de una omisión, siempre y cuando dicha punibilidad se encuentre recogida *expresamente por la ley*, y que el hecho haya sido *realizado por un órgano o representante* de la misma en su propio beneficio. La imputación de un delito a una persona jurídica se encuentra sometido a los siguientes criterios: a) *sujetos*: personas jurídicas de Derecho privado y público (en el último caso, sólo es punible si el delito se lleva a cabo dentro de un servicio público que por medio de un acuerdo pueda ser transferido a otra persona); b) *acción*: de un órgano o representante legal de la persona jurídica; c) que se realice con el propósito de obtener un beneficio para la misma y que dicho beneficio se pudiese dar; d) la existencia de responsabilidad penal de la persona jurídica no excluye en absoluto la responsabilidad en la que haya incurrido la persona física que actuó; e) es necesario que la punibilidad de la persona jurídica esté contenida expresamente en una ley o en un reglamento (principio de especialidad).

Las sanciones que se contemplan son de índole penal, correccional y contravencional. Entre ellas se destacan: multa, clausura, prohibición temporal o definitiva de realizar una determinada actividad empresarial.

La primera condena fue dictada por el Tribunal correccional de Lyon el 18 de noviembre de 1994 y, a 31 de diciembre de 1997, se habían pronunciado ya, y consiguientemente inscrito en el registro de antecedentes penales de las personas jurídicas, cien resoluciones judiciales definitivas. Sin embargo, casi todas estas decisiones –noventa y siete exactamente– fueron dictadas en primera instancia y su motivación es generalmente muy sobria, por ser benévolos (43).

### III) REINO UNIDO

Uno de los modelos de responsabilidad penal directa de las personas jurídicas más antiguo en Europa lo tiene, probablemente, el Reino Unido. La idea de la empresa como sujeto del Derecho penal está firmemente afianzada.

---

(42) Cfr. JEAN PRADEL, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho francés: algunas cuestiones», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, núm. 4, 1999, p. 662.

(43) PRADEL, *op. cit.*, p. 663.

En el ámbito *legislativo*, la capacidad de la persona jurídica para poder estar representada en un juicio por un representante o la aceptación de la necesidad de la intervención de una persona natural para llevar a cabo acciones en nombre de la empresa se remonta recién al *Criminal Justice Act* de 1925 que recoge en su s. 33 dicha posibilidad. Por otro lado, en el ámbito *jurisprudencial*, los tribunales también han sido siempre favorables a admitir la *vicarious liability* de la empresa por hechos cometidos por sus empleados o por sus agentes del mismo modo que se admite la responsabilidad de la persona física. En este país se ha construido la *teoría de la identificación*, según la cual toda empresa funciona en la medida en que personas físicas actúen y controlen de forma directa las actividades de la misma y éstas pueden ser consideradas como su *alter ego*. La mayoría de los casos de responsabilidad penal de las personas jurídicas se presentan en el marco del Derecho penal económico o de supuestos típicos reguladores de la actividad empresarial. Ello, a su vez, se encuentra determinado por el propio tipo de la actividad empresarial relacionada con intereses económicos y, por lo tanto, posibilitando también la clásica sanción pecuniaria.

La prueba necesaria para poder imputar la responsabilidad penal a la persona jurídica es la existencia de una persona física que represente de forma directa la mente y la voluntad de la persona jurídica; se diferencia así entre el *centro nervioso* o cerebro y las *manos* de la empresa.

En la *jurisprudencia* la diferencia quedó establecida a partir del *leading case Tesco Supermarkets Ltd v. Natrass*.

Sobre la efectividad preventivo-criminal de dicha responsabilidad, muchos doctrinarios tienen duda en tanto las sanciones a imponer son por regla de carácter económico y pueden ser calculadas, para su absorción y amortización, como parte de los gastos de la empresa.

#### IV) IRLANDA

La regla general que se aplica en Irlanda en relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas es que en la medida en que un delito pueda ser imputado a una persona de la empresa, sea un directivo o cualquier otro trabajador, la empresa puede ser punible también con una pena de multa. La responsabilidad que se le imputa a la persona jurídica tiene lugar en base a los principios de la *vicarious liability*.

Como ejemplo, la s. 503 (*section*) de la *Income Tax Act 1967* prevé, en el marco de infracción relativas a impuestos, la pena de multa para cualquier tipo de persona, lo que incluye a la persona jurídica que cometa un ilícito.

## V) DINAMARCA

La responsabilidad penal de las personas jurídicas estaba recogida en numerosas Leyes de Derecho penal especial, según las cuales era posible condenar a una pena de multa a empresas, asociaciones, fundaciones, así como –en determinados casos– a las corporaciones y autoridades estatales. Así, por ejemplo, desde 1991 la Ley de Protección del Medio Ambiente, núm. 358 del 6.6.1991, en la que se prevé la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas. Dentro de éstas puede ser responsable el órgano que tomó la decisión y también la persona física.

Incluso se ha admitido la posibilidad de la responsabilidad del Estado en la ley de seguridad y salud en el trabajo.

Todas estas regulaciones han encontrado un marco preciso con la introducción desde 1996 de disposiciones generales en el Código penal (Capítulo 5.º). Según el Capítulo 5.º del Código penal se admite la responsabilidad de las personas jurídicas en aquellos casos en los que ello esté expresamente previsto (§ 25). Tales disposiciones expresas se encuentran en las leyes penales especiales, pero no en la Parte Especial del Código penal.

La responsabilidad penal de la empresa abarca junto a las personas jurídicas también a las formas empresariales que tengan como propietario a una sola persona física, siempre y cuando tenga al menos entre 10 a 20 empleados (§ 26). A este tipo de empresa se les puede imputar un hecho punible cometido en su seno, bien sobre la base de un comportamiento doloso o culposo de un empleado, que no necesariamente debe ocupar un puesto directivo, o bien sobre la base de una deficiente estructura de organización de la empresa misma.

El Estado o un municipio, como personas jurídicas de Derecho público sólo pueden ser penalmente responsables, siempre y cuando no se trate de hechos punibles en el marco relativo al ejercicio de potestades públicas (§ 27).

## VI) ESTADOS UNIDOS

La característica más sobresaliente de las disposiciones legales como jurisprudenciales en el país del Norte, es la intención expresa de inducir a la entidad social, por la vía penal, a emplear los medios a su alcance para evitar la causación de perjuicios a terceros en el curso de la actividad comercial. En cuanto a la relaciones existentes entre la conducta del autor y la actividad societaria se ha seguido la tesis de la CS, según la cual una persona colectiva puede ser responsabilizada por hechos ajenos a las facultades conferidas, considera-

das en forma estricta, si el agente ha asumido el rol con el objeto de beneficiar a la empresa en forma efectivamente autorizada, aunque más no sea mediante una notoria tolerancia. Dos teorías se disputan la determinación de cuáles son los actos por los cuales ha de responder penalmente la sociedad. Para una primera tendencia, la empresa obra como persona por medio de sus agentes, de modo que es a esta misma persona a quien se castiga. Requiere, pues, que se pueda identificar a la empresa con el acto que la hace pasible de sanción. El que actúa debe tener un rol significativo para ser identificado con la sociedad.

La segunda postura se limita a afirmar que de lo que se trata es sencillamente de imponer penas en forma vicaria en virtud de criterios funcionales, formales o mixtos.

La responsabilidad por delitos exige la existencia de una *vinculación funcional* entre el agente y la formulación de la política comercial de la persona colectiva o bien la creación *ex lege* de deberes societarios cuya infracción permite explícitamente la imposición de penas. Respecto de las faltas, el sistema es sensiblemente más elástico, al considerar suficiente que el infractor resulte ser un agente que ejecuta, en ese carácter, actos propios del empleo. En cuanto a los delitos por la que se pune a la sociedad quedan excluidos solamente los altamente personales. Las únicas penas societarias son la multa y, eventualmente, inhabilitaciones.

Para justificar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la doctrina estadounidense distingue entre la *responsabilidad corporativa* y la *responsabilidad colectiva*: «La responsabilidad corporativa significa que la corporación, la sociedad, es una entidad superior a la que resulta de la suma de sus miembros. La responsabilidad colectiva implicaría que cada uno de los miembros de la entidad es responsable, lo cual no es cierto» (44). Para graficar la distinción se da el siguiente ejemplo: «El Estado alemán es responsable del Holocausto, lo que no significa que todos y cada uno de los alemanes que vivieron en aquella época o que nacieron con posterioridad sean también responsables» (45).

Históricamente, el fenómeno se explica del siguiente modo: «El principio *qui facit per alea facit per se* [responsabilidad vicaria] encuentra su explicación precisamente en estos casos de responsabilidad corporativa, lo que no nos debe sorprender ya que se trata, en definitiva, de un principio que rige en el Derecho civil. Desde su origen las sociedades han sido responsables civilmente de los contratos que celebran y de los ilícitos civiles que cometen. Según el Derecho americano, las sociedades también son «personas» y en virtud de la Enmienda 14.<sup>a</sup> tienen derecho a un proceso justo y a la protección fijada por las leyes. La otra cara de la moneda supone, por tanto, que tienen que asumir su responsabilidad por los daños que causen» (46).

(44) FLETCHER, *op. cit.*, p. 294.

(45) Ídem.

(46) Íbidem. Entrecomillado en el original.

Con relación a los delitos –y contravenciones–, tanto de comisión como de omisión, se aplica el principio de que quien actúa para un tercero (la sociedad) lo hace como en su propio nombre. Si el deber se impone a la persona colectiva, quien está destinada a cumplirlo queda obligada como si dicho deber le fuera impuesto en persona.

### C) El principio de culpabilidad como límite a la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Por último, tenemos los países en los que la positivización constitucional del *principio de culpabilidad (nulla poena sine culpa)* obliga a buscar alternativas de responsabilidad de las personas jurídicas sea a nivel contravencional, sea por institutos jurídicos que aparezcan como eficientes para reprimir a las personas físicas que se encuentran por detrás del ente ideal (v.gr., actuar por otro, comisión por omisión y autoría mediata), llegándose a proponer consecuencias jurídicas accesorias; rótulo que permite ocultar verdaderas sanciones de carácter penal.

#### I) ALEMANIA

En Alemania, la vigencia y reconocimiento con rango constitucional del principio de culpabilidad es motivo para la no aceptación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pero ello no impide que haya un reconocimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas en materia de infracciones administrativas. Así la Ley de Contravenciones o Infracciones Administrativas de 1968 (con las modificaciones de 1986) recoge en su § 30 la responsabilidad directa de las personas jurídicas (47). Esta responsabilidad presupone, en primer lugar, que alguien haya actuado como órgano con poderes de representación de una asociación, como miembro de la dirección o como socio de una sociedad comercial de personas y, en segundo lugar, que en dicha actuación haya cometido un delito o una contravención al orden. Es decir, que es necesario un hecho de conexión llevado a cabo por una persona física o por un órgano de la persona jurídica. Además, el § 30 exige que se den las siguientes condiciones: a) que la acción del órgano haya vulnerado deberes que incumben a la persona jurídica o asociación; y, b) que por medio del delito o contravención

---

(47) Más extenso en HANS ACHENBACH, «Sanciones con las que se puede castigar a las empresas y a las personas que actúan en su nombre en el Derecho alemán», en *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, trad. Ujala Joshi Jubert, Bosch, Barcelona, 1995, p. 385.

la persona jurídica o asociación se haya enriquecido o se hubiese debido enriquecer.

La sanción que se impone por dicha infracción es de multa.

Por otro lado, el mismo § 30 también establece en el párrafo 4 una norma procesal importante, según la cual «si por el delito de la contravención no se incoa procedimiento penal o administrativo, o se suspende la imposición de la pena, la multa administrativa se podrá imponer independientemente». Si dicha multa se aplica, el párrafo 5, dispone además que en tal caso no tendrá lugar el comiso de las ventajas patrimoniales obtenidas mediante el hecho punible o la contravención que se prevén en los §§ 73 del Código penal o 29a de la Ley de Contravenciones o Infracciones Administrativas.

La doctrina alemana ha criticado en relación a esta regulación la limitación del círculo de autores que pueden realizar el hecho que sólo contemplaba a un órgano o a un miembro de dirección de la persona jurídica, entendiéndose que sería necesario la ampliación a los que «de cualquier otra manera sean responsables de la dirección de la empresa».

También se debe resaltar que en Alemania se recoge la figura del *actuar en nombre de otro*, tanto en el § 14 del Código penal, como en el § 9 de la Ley de Contravenciones o Infracciones Administrativas. En el § 13 del Código penal se recepta la cláusula de *equiparación para los delitos de omisión impropia*.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional Federal, también ha afirmado ya desde 1966 que el principio de culpabilidad tiene rango constitucional y que sus consecuencias también son aplicables a la responsabilidad sancionable de las personas jurídicas.

## II) ESPAÑA

El Código penal recepta la cláusula de equiparación de los delitos de *comisión por omisión*. En efecto su artículo 11 dispone: «Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción:

a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.

b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente».

Asimismo se hace eco del *actuar por otro*. El artículo 31 establece: «El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre».

También, el Código penal español de 1995, dispone en su artículo 129 del Título VI sobre las Consecuencias Accesorias:

1. El juez o tribunal, en los supuestos previstos en este Código y previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias:

a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.

b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación.

c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviera carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.

e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores.

2. La clausura temporal prevista en el subapartado a) y la suspensión señalada en el subapartado c) del apartado anterior, podrán ser acordadas por el juez instructor también durante la tramitación de la causa.

3. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva.

Con respecto a estas últimas consecuencias se discute si se trata de una pena, una medida de seguridad o de otro tipo de consecuencia con naturaleza diferente («cuarta vía»). La opinión que gana mayor cantidad de adeptos es la que estima que se trata de verdaderas penas y que su aplicación debe revestir las mismas garantías que la imposición de una sanción penal a un sujeto individual.

### III) PORTUGAL

Aquí también tiene rango constitucional el principio de culpabilidad (arts. 1, 5 y 13). Por eso el Código penal portugués dispone: «salvo disposición en contrario, solamente son susceptibles de responsabilidad penal las personas físicas» (art. 11).

Portugal dispone, a su vez, del Decreto-Ley núm. 433/82 de 27 de octubre sobre ilícitos de mera ordenación social, que en su artículo 7 establece la responsabilidad de personas colectivas o equiparadas. De acuerdo con esta disposición «las multas administrativas son aplicables tanto a las personas colectivas o equiparadas a ellas, así como a las asociaciones sin personalidad jurídica». Asimismo, se establece en el artículo 7 que las personas colectivas o equiparables serán responsables por las contravenciones realizadas por sus órganos en el ejercicio de sus funciones.

Las sanciones se establecen en el artículo 17.3 y son multas cuya gravedad dependerá según que se trate de una infracción dolosa o culposa.

### IV) PARAGUAY

En Latinoamérica, uno de sus Códigos más avanzados, el de la República de Paraguay, recepta la regla de equiparación de la *comisión por omisión*. Su artículo 15 reza: «Al que omita impedir un resultado descrito en el tipo legal de un hecho punible de acción, se aplicará la sanción prevista para éste sólo cuando:

1. exista un mandato jurídico que obligue al omitente a impedir tal resultado; y
2. este mandato tenga la finalidad de proteger el bien jurídico amenazado de manera tan específica y directa que la omisión resulte, generalmente tan grave como la producción del resultado».

Asimismo recepta la *actuación en representación de otro*. Dice el artículo 16: «1.º La persona física que actuara como:

1. representante de una persona jurídica o como miembro de sus órganos;
2. socio apoderado de una sociedad de personas; o
3. representante legal de otro, responderá personalmente por el hecho punible, aunque no concurren en ella las condiciones, calidades o relaciones personales requeridas por el tipo penal, si tales circunstancias se dieran en la entidad o persona cuyo nombre o representación obre.

2.º Lo dispuesto en el inciso 1.º se aplicará también a la persona que, por parte del titular de un establecimiento o empresa, u otro con el poder correspondiente, haya sido:

1. nombrado como encargado del establecimiento o de la empresa; o

2. encargado en forma particular y expresa del cumplimiento, bajo responsabilidad propia, de determinadas obligaciones del titular, y cuando en los casos previstos en ambos numerales, haya actuado en base a este encargo o mandato.

3.º Lo dispuesto en el inciso 1.º se aplicará también a quien actuara en base a un mandato en el sentido del inciso 2.º numeral 1, otorgado por una entidad encargada de tareas de la Administración pública.

4.º Los incisos anteriores se aplicarán aun cuando careciera de validez el acto jurídico que debía fundamentar la capacidad de representación o el mandato.

## 6. LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

En el Derecho penal argentino la tradición continental europea se ha impuesto a lo largo de la historia: *societas delinquere non potest*.

Nuestro Derecho Constitucional, a través de la recepción de algunos Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional (CN, art. 75, inc. 22), ha introducido en forma expresa la manda según la cual *la pena no puede trascender de la persona del delincuente* (CADDHH, art. 5, inc. 3.º). Dicha intrascendencia impide que a través de la sanción penal de la persona jurídica se castigue indirectamente a personas físicas que no hayan cometido un entuerto en forma penalmente responsable.

No obstante, nuestro legislador penal común ha adoptado algunas de las distintas perspectivas que se han vertido sobre el tema, no sólo muchas veces haciendo caso omiso de las normas constitucionales, sino mediante la hiperproliferación de regulaciones especiales. La *melange* recepta como microsistemas penales varias de las soluciones apuntadas.

### A) Responsabilidad penal directa de las personas jurídicas

Las normas tomadas como ejemplificativas –debe tenerse en cuenta– en la mayoría de los casos no sólo reflejan la responsabilidad penal directa de las per-

sonas jurídicas (lo que en este punto importa) sino que, además, agregan la responsabilidad de los sujetos parte de los órganos de representación por omisión propia (véase cursiva).

I) Warrants: La Ley nacional núm. 9.643 dispone en su artículo 37: «Sin perjuicio de la **pérdida de la autorización para continuar funcionando como empresa emisora de warrants** y de los daños y perjuicios de que sean responsables ante los depositantes, *incurrirán igualmente en las penas del artículo 35 los directores o gerentes de aquélla que efectúen, por cuenta propia o ajena, las operaciones de compraventa prohibidas por el artículo 3...*».

II) Régimen Penal Cambiario: La Ley nacional núm. 19.359 dispone en su artículo 2.º, inc. f): «Cuando el hecho hubiese sido ejecutado por los directores, representantes legales, mandatarios, gerentes, síndicos o miembros del consejo de vigilancia de una persona de existencia ideal, con los medios o recursos facilitados por la misma u obtenidos de ella con tal fin, de manera que el hecho resulte cumplido en nombre, con la ayuda o en beneficio de la misma, **la persona de existencia ideal también será sancionada** de conformidad con las disposiciones de los incisos a) y e)»; esto es, «multa de hasta diez veces el monto de la operación en infracción, la primera vez» (inc. a) «... suspensión hasta diez años o cancelación de la autorización para operar o intermediar en cambios e inhabilitación hasta diez para actuar como importador, exportador, corredor de cambio o en instituciones autorizadas para operar en cambios» (inc. e). La ley apuntada es de jurisdicción federal (art. 8, párr. 3.º).

III) Ley sobre Abastecimiento: La Ley nacional núm. 20.680, artículo 8.º, dispone: «Cuando las infracciones que se penan en esta ley hubieren sido cometidas en beneficio de una persona jurídica, asociación o sociedad, se le dará carácter de parte, sin perjuicio de la responsabilidad personal de los autores. En los casos de **condena de una persona jurídica**, asociación o sociedad se podrá imponer como sanción complementaria la pérdida de la personería y la caducidad de las prerrogativas que se le hubiesen acordado. *Los directores, administradores, gerentes y miembros de tales entidades, que no hubieren participado en la comisión de hechos punibles, pero que por sus funciones debieron conocerlos y pudieron oponerse, serán también pasibles –cuando se les probare grave negligencia al respecto– de las sanciones previstas en el artículo 5, incisos a) y b) disminuyéndose a la cuarta parte los límites mínimos y máximos a imponer*».

IV) Delitos aduaneros: La Ley nacional núm. 22.415, de jurisdicción federal, en su artículo 888, reza: «Cuando una **persona de existencia ideal fuere condenada** por algún delito aduanero e intimada al pago de las penas pecuniarias que se le hubieren impuesto no fuera satisfecho su importe, *sus directores, administradores y socios ilimitadamente responsables responderán patrimonialmente y en forma solidaria con aquélla por el pago del importe de dichas penas, salvo que probaren a la fecha de la comisión del hecho no desempeñaban dichas funciones o no revestían tal condición*».

V) Ley de Defensa: La Ley nacional núm. 23.554, artículo 36, segundo párrafo, expresa: «Las **personas jurídicas de existencia ideal que incurrieren en los mismos hechos** [denegar, retacear, falsear o proporcionar con demora los informes requeridos por la autoridad competente o dificultar, negar o sustraerse a la requisición] o impidieren o dificultaren las funciones de las autoridades competentes, **podrán ser intervenidas por el Poder Ejecutivo Nacional y privadas temporal o definitivamente de su personería**» (48).

VI) Ley sobre Violencia en Espectáculos Deportivos: La ley nacional núm. 24.192, artículo 11, segundo párrafo, dispone: «La entidad deportiva a la que pertenezca el mismo [director o administrador de un club deportivo, dirigente, miembro de comisiones directivas o subcomisiones, que en ejercicio o en ocasión de sus funciones cometa los delitos previstos por el Capítulo 1 de la Ley y fuera sancionado con pena de multa de cien mil a un millón de pesos], **será responsable en forma solidaria de la pena pecuniaria** que correspondiere».

Según Creus, este párrafo es de signo innovador en nuestro Derecho penal común, ya que al disponer que «la entidad deportiva a la que pertenezca» el autor calificado «será responsable en forma solidaria de la pena pecuniaria que correspondiere», transporta la responsabilidad penal a la persona jurídica. Agrega más adelante que estas especies de sanciones penales son hoy bastante comunes en el Derecho penal comparado y aparecen en nuestro régimen penal tributario, pero a partir del significado de la responsabilidad (49) penal van a plantear un debate constitucional.

---

(48) Sobre la acción típica, véase VÍCTOR FÉLIX REINALDI en su act. a la obra de RICARDO C. NÚÑEZ, *Derecho penal. Parte especial*, Lerner, Córdoba, 1999, p. 387.

(49) CARLOS CREUS, *Derecho penal. Parte especial*, I, 6.ª ed., 2.ª reimp., Astrea, Buenos Aires, 1999, § 115, p. 49.

VII) Defensa de la competencia: La Ley nacional núm. 25.156, de jurisdicción federal (art. 58), en su artículo 47, establece: «**Las personas jurídicas de existencia ideal son imputables** por las conductas realizadas por las personas físicas que hubiesen actuado en nombre, con la ayuda o en beneficio de la persona de existencia ideal, y aún cuando el acto hubiese servido de fundamento a la representación sea ineficaz». Por su parte, el artículo 48 agrega: «Cuando las infracciones previstas en esta ley fueron cometidas por una persona de existencia ideal, la multa también se aplicará solidariamente a los directores, gerentes, administradores, síndicos o miembros del Consejo de Vigilancia, mandatarios o representantes legales de dicha persona de existencia ideal *que por su acción o por la omisión de sus deberes de control, supervisión o vigilancia hubiesen contribuido, alentado o permitido la comisión de la infracción.*

En tal caso, se podrá imponer sanción complementaria de inhabilitación para ejercer el comercio de uno a diez años a la persona de existencia ideal y a las personas enumeradas en el párrafo anterior».

## B) Doble imputación

El sistema de doble imputación o, de otro modo, la elaboración de un sistema de imputación para la persona jurídica diferente al del previsto para la persona física ha sido propuesto desde la doctrina. Se trata —expresión de Baigún (50)— de elaborar un nuevo esquema con dos vías de imputación ante el hecho delictivo protagonizado por el ente colectivo; una, que aprehenda la persona jurídica como unidad independiente y, otra, que se dirija a las personas físicas que la integran, aplicando en este segundo supuesto, el modelo de la teoría tradicional. El primer estrato consuetudinario está compuesto por la *acción institucional*, dividida en tres ámbitos: normativo, organizativo y económico. Respetando la relación del mandato o prohibición con la especial naturaleza de la acción institucional se pueden mantener las categorías tradicionales (de la imputación individual) relativas a los delitos de comisión, culposos y omisivos. El problema de dónde finaliza la zona de preparación y empieza la ejecución, se resuelve afirmando que la toma de decisión es componente del tipo. En cuanto al *tipo* prescinde del dolo tradicional. El carácter de sujeto activo lo ad-

---

(50) DAVID BAIGÚN, «La tipicidad en el sistema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, denominado doble imputación», en *Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC, Lerner, Córdoba, 1995, p. 56.

quiere la persona jurídica, aunque sea el órgano o representante de ella; esto no se modifica porque la ejecución posterior a la toma de decisión sea llevado a cabo por terceros ajenos al ente ideal (funcionario o empleado). En relación a la descripción de la acción, en la exégesis que requiere el nuevo modelo, la conexión de los verbos debe hacerse con la resolución de la persona jurídica a través de su órgano; en los tramos recorridos por la decisión institucional pueden existir una o más actividades e igualmente uno o más actos posteriores que son secuelas de la decisión y que integran su *corpus*. Se debe escoger como válido el producto decisional prescindiendo de otros componentes. No hay diferencia en lo relativo al problema de la causalidad con relación al sistema tradicional, pero la imputación objetiva se transforma en un enunciado básico sin el cual es imposible construir la responsabilidad social como categoría autónoma. En cuanto al tipo subjetivo, los elementos subjetivos especiales no pueden ser acogidos por el modelo; el dolo se transforma en voluntad social dolosa. El elemento cognitivo queda reducido al aspecto puramente fáctico con la aclaración de que obviamente, también se prescinde de los momentos subjetivos con la pura objetividad de la descripción. En cuanto a la voluntad social dolosa, ésta no es patrimonio de ninguna de las individualidades que integran el órgano; es propia de la decisión institucional y no admite la acumulación (suma) o la consideración particularizada de las voluntades personales. En cuanto al error de tipo requiere el desconocimiento institucional sobre la circunstancia esencial que excluye el tipo referido a un ingrediente de la acción descriptiva del tipo objetivo; no así al elemento normativo cuando éste posee significación jurídica porque, para realizar sus objetivos sociales, la entidad se halla obligada a informarse sobre las regulaciones existentes. Esto en cuanto al tipo de comisión con voluntad social dolosa.

En cuanto al tipo de comisión con decisión institucional negligente. La acción institucional, por su carácter y modo de ejecución, puede no estar dirigida al logro de un resultado, sino a otros fines; pero, si se viola las reglas de cuidado establecidas por el ordenamiento jurídico y como consecuencia de ello, provoca resultados intolerables socialmente se asemeja, sin duda, a la modalidad culposa clásica. Para la imputación debe tenerse en cuenta la especial capacidad del autor, en tanto el conocimiento profesionalizado de la sociedad jurídica, lo cual significa un verdadero *plus* en la exigencia del deber de cuidado. El vínculo entre la infracción del deber y la consecuencia se determina conforme al patrón usado para definir el nexo entre voluntad social dolosa y resultado, o sea, a través de la conexión objetiva. Luego se realiza la imputación de esa conexión a la persona jurídica a través de

la relación entre el contenido de la decisión institucional y el resultado.

Respecto al tipo de omisión valen las siguientes consideraciones. En relación a los propios, es perfectamente concebible la presencia de los componentes de la tipicidad requeridos por la opinión dominante en la doctrina: la situación típica, el mandato y el poder de hecho de realizar la acción, con la puntualización de que este último recaudo debe ser abarcador del conocimiento institucional acerca de las circunstancias externas que hacen posible el ejercicio del poder. La posibilidad de aplicar la categoría de los delitos impropios de omisión al comportamiento de las personas jurídicas es más frecuente: sin perjuicio de los tres elementos característicos ya mencionados (propios de omisión) la doctrina destaca, como notas diferenciales, la producción de un resultado que corresponda al supuesto de un hecho positivo (delito de comisión) y la posición de garante, que se conforma cuando, a partir de los deberes especiales previstos para el autor, éste debe responder por la no evitación de un resultado punible. Ambas características son observables en la actuación de las personas jurídicas. Ya en lo relativo al tipo subjetivo con voluntad social dolosa de omisión es necesario saber cómo se formula la necesidad de la voluntad social dolosa en la omisión. En los delitos propios, el conocimiento institucional se conecta con el cuadro situacional generador del deber de actuar y con la posibilidad de realización de la acción mandada, tanto en el caso de ausencia de decisión como de decisión de no asumir la obligación; en los impropios, la conexión se extiende al resultado y a la posición de garante, pues estos dos componentes se incluyen, según lo vimos, en el contenido del tipo.

La detección de la voluntad social es algo más complejo; en el supuesto de ausencia de una decisión (delitos propios) la manifestación de la voluntad social solo se aprehende de manera implícita pues la inactividad del órgano deja subsistente la imputación a la persona jurídica; en cambio, la exteriorización es visible, cuando la toma de decisión no asume el deber instituido, o, en los delitos impropios de omisión, cuando la persona jurídica, en su condición de garante, está obligada a evitar el resultado.

Pero ambos ingredientes –conocimiento institucional y voluntad social– solo pueden relacionarse con el resultado mediante la imputación objetiva: la conexidad objetiva responde al desarrollo de un proceso en el mundo físico y no puede, por consiguiente, constituirse en el soporte de una relación que se define por la finalidad de la norma. Acudir a la imputación objetiva, al igual que en la teoría convencional, parece el camino correcto.

La antijuridicidad, como juicio de valor acerca de la contradicción entre el comportamiento del ente y el ordenamiento jurídico, permanecerá incólume pero las causas de justificación no podrán reconocer en su estructura los elementos subjetivos de la doctrina tradicional. La culpabilidad, obviamente, pierde su sentido, pues está ausente la maduración o capacidad, definida a partir del aparato psíquico del hombre y, en su lugar, habrá que recurrir a la responsabilidad como única categoría congruente con la estructura del tipo y con la antijuridicidad.

Finalmente, el sistema diferencial de penas y medidas de seguridad será estructurado conforme a la naturaleza especial de la acción: multa, cancelación de la personería, suspensión total o parcial de actividades, prestaciones obligatorias, difusión de la sentencia, entre las primeras y autorización judicial para actos particulares, consejo de vigilancia especial, auditoría periódica entre las segundas.

### C) Consecuencias jurídicas accesorias

El Código penal, en su artículo 23, párr. 3.º, impone una pena accesoria (51): «Cuando el autor o los partícipes han actuado como mandatarios de alguien o como órganos, miembros o administradores de una persona de existencia ideal y el producto o el provecho del delito ha beneficiado al mandante o a la persona de existencia ideal, el comiso se pronunciará contra éstos».

### D) El actuar por otro

El legislador argentino ha utilizado dos modos diferentes de regular el actuar por otro.

– La primera de esas formas es la tradicional en el Derecho comparado, haciendo referencia expresa a la característica especial transferida de la persona jurídica a la persona física.

I) Ley de Estupefacientes: La Ley nacional núm. 23.737, artículo 27, de jurisdicción federal, dispone que: «En todos los casos en que el autor de un delito previsto en esta ley lo cometa como agente de una persona jurídica y la característica requerida para el autor no la presente éste sino la persona jurídica, será reprimido como si el autor presentare esa característica».

---

(51) Véase CARLOS CREUS, *Derecho penal. Parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 458.

– La segunda técnica consiste en prever en forma genérica la responsabilidad del que ha actuado por la persona jurídica, sin hacer mención a características específicas del ente ideal que fueren trasladables a la persona física. En tal sentido se comprenden en la manda tanto los delitos comunes, como los especiales. En el primer caso, es importante reconocer que las acciones que pueden producir directamente la lesión de bienes jurídicos de terceros o de la colectividad no suelen ser realizadas por el director de la empresa desde su despacho o por el consejo de administración, sino por un subordinado (52). Pero, en el último caso, en principio tales normas (al no ser específicamente cláusulas del actuar por otro) no alcanzan para evitar la extensión analógica *contra reo* (53), con la consiguiente reducción del ámbito privativo de la legalidad.

I) Warrants: La Ley nacional núm. 9.643 dispone en su artículo 37: «Sin perjuicio de la pérdida de la autorización para continuar funcionando como empresa emisora de warrants y de los daños y perjuicios de que sean responsables ante los depositantes, incurrirán igualmente en las penas del artículo 35 los directores o gerentes de aquella que efectúen, por cuenta propia o ajena, las operaciones de compraventa prohibidas por el artículo 3...».

II) Ley de Residuos Peligrosos: La Ley nacional 24.051, de jurisdicción federal, prevé en el artículo 57: «Cuando alguno de los hechos previstos en los dos artículos anteriores se hubiesen producido por decisión de una persona jurídica, la pena se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios o representantes de la misma que hubiesen intervenido en el hecho punible, sin perjuicio de las demás responsabilidades penales que pudiesen existir».

III) Ley de Riesgos del Trabajo: La ley nacional núm. 24.557, artículo 32, inc. 5.º, dice: «Cuando se trate de personas jurídicas la pena de prisión se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios o representantes que hubiesen intervenido en el hecho punible».

---

(52) WOLFGANG FRISCH, «Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo», en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, trad. José Manuel Paredes Castañón, coord., S. Mir Puig, D. M. Luzón Peña, Bosch, Barcelona, 1996, p. 103.

(53) GABRIEL PÉREZ BARBERÁ, «Actuar por otro» y delito económico, en *Foro de Córdoba*, Año VII, núm. 32, 1996, p. 74.

IV) Régimen penal tributario: La Ley nacional núm. 24.769, de jurisdicción federal (art. 22), aduce en su artículo 14 (54): «Cuando alguno de los hechos previstos en esta ley hubiere sido ejecutado en nombre, con la ayuda o en beneficio de una persona de existencia ideal, una mera asociación de hecho o un ente que a pesar de no tener calidad de sujeto de derecho las normas le atribuyan condición de obligado, la pena de prisión se aplicará a los directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios, representantes o autorizados que hubiesen intervenido en el hecho punible inclusive cuando el acto que hubiera servido de fundamento a la representación sea ineficaz».

V) Código penal: Este digesto represivo dispone en su artículo 178: «Cuando se tratare de la quiebra de una sociedad comercial o de una persona jurídica que ejerza el comercio, o se hubiere abierto el procedimiento de liquidación sin quiebra de un banco u otra entidad financiera, todo director, síndico, administrador, miembro de la comisión fiscalizadora o gerente de la sociedad o establecimiento fallido o del banco o entidad financiera en liquidación sin quiebra, o contador o tenedor de libros de los mismos, que hubiere cooperado a la ejecución de alguno de los actos a que se refieren los artículos anteriores, será reprimido con la pena de la quiebra fraudulenta o culpable, en su caso. Con la misma pena será reprimido el miembro del consejo de administración o directivo, síndico, miembro de la junta fiscalizadora o de vigilancia, o gerente, tratándose de una sociedad cooperativa o mutual».

### E) Omisión propia (violación del deber de vigilancia)

I) Ley sobre Abastecimiento: La Ley nacional núm. 20.680, 8.º, dispone: «Cuando las infracciones que se penan en esta ley hubieren sido cometidas en beneficio de una persona jurídica, asociación o sociedad, se le dará carácter de parte, sin perjuicio de la responsabilidad personal de los autores. En los casos de condena de una persona jurídica, asociación o sociedad se podrá imponer como sanción complementaria la pérdida de la personería y la caducidad de las prerrogativas que se le hubiesen acordado. *Los directores, administradores, gerentes y miembros de tales entidades, que no hubieren participado en la comisión de hechos punibles, pero que por sus funciones debie-*

---

(54) De que se trata de un delito especial, existe cierto consenso en el Derecho comparado (por todos, GRACIA, *op. cit.*, p. 82).

*ron conocerlos y pudieron oponerse, serán también pasibles –cuando se les probare grave negligencia al respecto– de las sanciones previstas en el artículo 5, incisos a) y b) disminuyéndose a la cuarta parte los límites mínimos y máximos a imponer».*

II) Sistema integrado de jubilaciones y pensiones: La Ley nacional núm. 24.241, en el artículo 144, establece: «Cuando el delito se hubiera cometido a través de una persona de existencia ideal, pública o privada, la pena de prisión se aplicará a los funcionarios públicos, directores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, administradores, mandatarios o representantes, que hubiesen intervenido en el hecho, *o que por imprudencia, negligencia o inobservancia de los deberes a su cargo, hubiera dado lugar a que el hecho se produjera*».

III) Defensa de la competencia: La Ley nacional núm. 25.156, de jurisdicción federal (art. 58), en su artículo 47, establece: «Las personas jurídicas de existencia ideal son imputables por las conductas realizadas por las personas físicas que hubiesen actuado en nombre, con la ayuda o en beneficio de la persona de existencia ideal, y aún cuando el acto hubiese servido de fundamento a la representación sea ineficaz». Por su parte, el artículo 48 agrega: «Cuando las infracciones previstas en esta ley fueron cometidas por una persona de existencia ideal, la multa también se aplicará solidariamente a los directores, gerentes, administradores, síndicos o miembros del consejo de vigilancia, mandatarios o representantes legales de dicha persona de existencia ideal *que por su acción o por la omisión de sus deberes de control, supervisión o vigilancia hubiesen contribuido, alentado o permitido la comisión de la infracción*.

En tal caso, se podrá imponer sanción complementaria de inhabilitación para ejercer el comercio de uno a diez años a la persona de existencia ideal *y a las personas enumeradas en el párrafo anterior*».

## F) Omisión impropia

En nuestro país **no** se ha receptado la cláusula de equiparación o equivalencia según la cual los delitos de resultado material realizables por medio de acción, también pueden ser imputado cuando se llegue a los mismos por omisión, a partir de una posición de garante derivada del deber de protección de bienes jurídicos o de determinadas fuentes de peligro. En general se aplica la doctrina antigua y precaria, de cuño causalista (sistema clásico o positivismo jurídico), por la que

siendo esencialmente prohibido por los tipos la producción del resultado material el legislador deja abierto si al mismo se ha llegado por transgredir una prohibición o por omitir un deber (omisión impropia).

### G) Derecho penal administrativo

La cuestión relativa a la pena criminal y a la contravencional lleva necesariamente a establecer la diferencia existente entre delitos y contravenciones, existiendo en este ámbito dos teorías en pugna. La primera, que se ha dado en llamar *teoría cualitativa*, afirma que entre delito y contravención existe una diferencia esencial porque los hechos desaprobados por el Derecho tienen una sustancia diversa. La segunda, la *tesis cuantitativa*, hace fincar la cuestión en la cantidad de pena, y no en el acto punible. Con algunas excepciones (Núñez y Bielsa) nuestros autores han participado de la *teoría cuantitativa* (55).

I) Ley relativa a aseguradores: Dispone la Ley 20.091, artículo 61, párr. 3.º: «Si la infractora fuera una sociedad anónima, cooperativa o mutual, sus directores, administradores, síndicos o integrantes del consejo de vigilancia en su caso y gerentes, serán solidariamente responsables por las multas y consecuencias de la nulidad de los contratos celebrados. Si se tratare de sociedad de otro tipo, la responsabilidad solidaria se extenderá además a todos los socios. Si la infracción fuera cometida por una sucursal o agencia de sociedad extranjera, la responsabilidad corresponderá al factor, gerente o representante».

II) Encubrimiento y lavado de activos: La Ley nacional núm. 25.246, artículo 23, expresa: «**Será sancionada con multa de dos a diez veces del valor de los bienes objeto del delito, la persona jurídica** cuyo órgano o ejecutor hubiera aplicado bienes de origen delictivo con la consecuencia posible de atribuirles la apariencia de un origen lícito, en el sentido del artículo 278, inc. 1.º del Código penal. El delito se considerará configurado cuando haya sido superado el límite de valor establecido por esa disposición, aun cuando los diversos hechos particulares, vinculados entre sí, que en conjunto hubieran excedido de ese límite hubiesen sido cometidos por personas físicas diferentes, sin acuerdo previo entre ellas, y que por tal razón no pudieran ser sometidas a enjuiciamiento penal; 2. Cuando el mismo hecho hubiera sido cometido por temeridad o imprudencia grave del órgano o

---

(55) MALAMUD, *Persona jurídica*, op. cit., p. 54.

ejecutor de una persona jurídica o por varios órganos ejecutores suyos en el sentido del artículo 278, inciso 2) del Código penal, la multa a la persona jurídica será del veinte por 100 al sesenta por 100 del valor de los bienes objeto del delito; 3. Cuando el órgano o ejecutor de una persona jurídica hubiera cometido en ese carácter el delito a que se refiere el artículo 22 de esta ley, la persona jurídica sufrirá multa de diez mil pesos a cien mil pesos». En tanto el artículo 24 asegura: «La persona que actuando como órgano o ejecutor de una persona jurídica o la persona de existencia visible que incumpla alguna de las obligaciones de información ante la Unidad de Información Financiera creada por esta ley será sancionada con pena de multa de una a diez veces del valor total de los bienes u operación a los que se refiera la infracción, siempre y cuando el hecho no constituya un delito más grave. 2. La misma sanción sufrirá la persona jurídica en cuyo organismo se desempeñare el sujeto infractor. 3. Cuando no se pueda establecer el valor real de los bienes, la multa será de diez mil pesos o cien mil pesos».

## 7. UNA OPINIÓN FINAL COMO SÍNTESIS: LA PROMISCUIDAD EN EL DISCURSO

Hemos intentado bosquejar las posiciones doctrinarias y las respuestas dadas por el Derecho comparado en cuanto a la posibilidad o imposibilidad de que una persona jurídica sea responsable penalmente. También analizamos las distintas soluciones receptadas en nuestra legislación. Sin embargo, creemos necesario hacer cierta advertencia acerca de la confusión de niveles y planos del discurso a la hora de exponer y concluir sobre el punto.

Cuando se habla de la *conveniencia* de imputar penalmente a la persona jurídica estamos en el plano *político criminal*. Y la respuesta que se dé tendrá en cuenta el contexto más amplio de la política social y económica de los diferentes Estados y las comunidades de carácter internacional en donde la idea se discuta. Estos criterios son tan amplios y relevantes en la configuración de un Estado que normalmente se plasman en las Constituciones fundacionales. Estamos en el mismo nivel de discusión cuando hablamos de una mayor eficiencia en la represión de las personas físicas que concurren a la formación de la persona jurídica y sobre la viabilidad de institutos como los aparatos organizados de poder dentro de la autoría mediata, la omisión (propia e impropia) y el actuar en lugar de otro.

Sabias y de aplicación a nuestro contexto son las palabras de Naucke (56): «No existe una discusión sobre la relación entre ley penal y lo que merece ser recogido en la ley penal. De la prudencia de las leyes no gusta hablarse. En definitiva: se sabe que no hay ley que impida al tirano abusar de su posición. Y se sabe también que no hay género alguno de violencia o usurpación que no acabe por quedar justificada por medio de una ley correctamente elaborada».

Ahora bien, cosa diferente es considerar que las leyes que receptan la responsabilidad penal de las personas jurídicas tienen o no *validez*.

Utilizamos la definición de *validez* dada por Luigi Ferrajoli, el cual la distingue nítidamente de la de *vigencia*. En efecto, apunta el autor: «Para que una norma exista o esté en vigor [vigencia] es suficiente que satisfaga las condiciones de validez formal, condiciones que hacen referencia a las formas y los procedimientos del *acto normativo*, así como a la competencia del órgano de que emana. Para que sea, válida se necesita por el contrario que satisfaga también las condiciones de validez sustancial, que se refieren a su contenido, o sea, a su *significado*» (57).

Aquí el problema que se nos plantea es *interpretativo*. Tendremos que asomarnos a las leyes fundamentales de cada país para escudriñar si puede existir un sistema penal que se cierna sobre el ente ideal. Para ello tendremos que auscultar si el fin último de ese ordenamiento jurídico es la persona física, si está receptado el principio de culpabilidad y, en su caso, el de personalidad de la pena. Si la respuesta es positiva, pues existirá una imposibilidad jurídica de implementar dicha responsabilidad. El principio de jerarquía de las leyes impedirá al legislador común elaborar una legislación de ese tenor. De lo que se trata es de promocionar la inconstitucionalidad de dichas leyes.

Si el tema en discusión es la imposibilidad de castigar penalmente a la persona jurídica, pero reconociéndose su responsabilidad contravencional, tendremos que apelar a la *clasificación del Derecho penal en sus diferentes subramas* a fin de verificar si existe entre ellas (o algunas de ellas) diferencias sustanciales o meras diferencias de grado, y si dichas diferencias permiten que en algunas provincias del mismo rijan plenamente las garantías constitucionales, mientras que en otras ellas se tornen harto más laxas.

Aun en el caso de concluir a favor de la diferencia cualitativa entre las subramas del Derecho penal, ello deja abierto el tema de si a la

---

(56) WOLFGANG NAUCKE, «La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado», en *La insostenible situación del Derecho penal*, trad. Pablo Sánchez-Oztiz Gutiérrez, Comares, Granada, 2000, p. 533.

(57) LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón*, trad. varios, Trotta, Madrid, 1997, p. 874. La cursiva en el original.

persona jurídica la imposición de una sanción contravencional puede serlo derechamente o ello exige (haciendo analogía con la persona física) un sistema analítico de imputación que garantice una correcta aplicación de la ley. Estamos en el ámbito de la *dogmática*.

Nuestra posición, en suma, es que resulta innecesario la persecución penal de las personas jurídicas (política criminal) y sería inconstitucional implementarla dada las características de nuestra Constitución Nacional (interpretación). Sería conveniente ser eficientes a la hora de perseguir a las personas físicas que cometen hechos delictuosos ocultos tras el manto jurídico del ente ideal (política criminal). Para ello deberían afilarse algunos institutos propios de la imputación individual como los ya remanidos *actuar por otro*, *comisión por omisión* y *autoría mediata* (58). No existe diferencia cualitativa entre Derecho penal común y Derecho penal contravencional (59) (clasificación de subramas) por lo cual rigen las mismas garantías constitucionales y resulta un fraude de etiquetas responsabilizar penalmente a las personas jurídicas bajo el rótulo de responsabilidad contravencional. Aun cuando se reconociera una diferencia cualitativa, sería indispensable crear un sistema analítico de imputación (dogmática) propio del ente ideal para el sector contravencional.

El diagnóstico sobre nuestra legislación es decididamente pesimista. Es altamente asistemática. Se ha considerado conveniente la punición de la persona jurídica, existe una legislación inconstitucional al receptor dicha responsabilidad penal, la cual, en muchos casos, se basa en una diferencia cualitativa inexistente entre delito y contravención, aplicándose directamente la sanción, haciendo caso omiso de todo molde dogmático de criba en la aplicación de la ley. Por último, aquellos institutos que permitirían una mayor eficiencia en la persecución de las personas físicas que utilizan a la persona jurídica para la comisión de ilícitos penales están precaria o sectorizadamente implementados. Así la teoría de los aparatos organizados de poder no tiene manda que la recepte; el actuar por otro sólo se encuentra regulado en forma clara en la Ley de Estupefacentes; por último, en el ámbito de la omisión, la impropia tiene la deficiencia de no haberse receptado la cláusula de equivalencia.

---

(58) Sobre el tema BERND SCHÜNEMANN, «La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea», en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, trad. Enrique Peñaranda Ramos, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 565.

(59) CLARO EUGENIO R. ZAFFARONI, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 1998, p. 103. Sobre la distintas posiciones –diferenciación cualitativa y cuantitativa–, CARLOS CREUS, DP PG, *op. cit.*, § 18, p. 20.

Ha dicho Ridall (60): «Tened siempre en mente el hecho de que si se presenta una dificultad considerable al intentar comprender un pasaje, no siempre debe pensarse en la carencia de inteligencia del lector, sino que también existe la posibilidad de que el autor sea incapaz de (o no desee) expresarse de un modo inteligible (o que no tenga nada sólido que decir)». Con el oscuro y ambiguo legislador argentino, a menudo, ocurre cosa semejante. A no subestimarse ni deprimirse en tan heroico esfuerzo.

---

(60) J. G. RIDDALL, *Teoría del Derecho*, trad. TsEdi, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 22.

«¿Y si todos lo hiciéramos?»  
Consideraciones acerca de la «(in)capacidad de resonancia»  
del Derecho penal con la figura de la acumulación (\*)

AUGUSTO SILVA DIAS

Profesor de la Universidad Lusfada (Lisboa), Profesor auxiliar  
de la Facultad de Derecho de Lisboa

## I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo constituye un homenaje, desubicado pero sentido, a esa gran figura de la ciencia penal que, en el actual contexto europeo, es Jorge de Figueiredo Dias. Desubicado, porque compromisos académicos imponderables han impedido que el mismo fuese realizado donde me hubiera gustado: en una colección de estudios que ha sido dedicada al maestro, la cual es seguro que estará ya en los escaparates cuando este trabajo se publique. Y sentido, porque Figueiredo Dias ha sido uno de los autores que más hondamente han marcado mi trayectoria científica y académica, si bien no siempre por la adhesión que sus puntos de vista han suscitado a mi modesto entendimiento de las cuestiones del Derecho penal, sí, en todo caso, por la reflexión que las mismas, siempre bien fundamentadas y ponderadas, me han obligado a realizar. El maestro ha sido, en este sentido, compañero de muchas horas de esfuerzo personal, y su obra soporte y sólida base donde en no pocas ocasiones mis frágiles convicciones han encontrado sostén.

A mi modo de ver, un artículo de homenaje a un científico no es –no debe ser– un ejercicio de acrítica reverencia o un panegírico in-

---

(\*) Artículo originariamente publicado en la *Revista Portuguesa de Ciencia Criminal*, núm. 13, 2003, pp. 303-345. Traducción de Rafael Alcácer Guirao (Universidad Rey Juan Carlos).

consecuente. Por el contrario, debe constituir una oportunidad para reflexionar junto con el homenajeador sobre algunas cuestiones de la ciencia a la que se ha dedicado, para debatir con él algunas de las soluciones que propuso y tener, así, el privilegio de participar en la discusión de su –en este caso– inmensa obra. Siguiendo esta idea, me propongo analizar aquí la legitimidad de los llamados tipos aditivos o cumulativos, recientemente admitidos entre nosotros por Figueiredo Dias en el marco de la protección penal del medio ambiente (1), a la luz del paradigma jurídico-penal característico de las modernas sociedades democráticas cuyos fundamentos él mismo ha defendido y enseñado a lo largo de varias décadas (2). La cuestión a la que procuraremos dar respuesta es, en términos breves y claros, la de saber cuál es la «capacidad de resonancia» (3) de un Derecho penal fundado en los principios de proporcionalidad, de ofensividad y de culpabilidad para la incriminación de comportamientos que «tomados en sí mismos y en su singularidad, no son inmediatamente peligrosos o ni siquiera relevantes, pero en cualquier caso contribuyen poderosamente a la lesión» (4). ¿Puede ser la figura de la acumulación, ya sea contemplada desde la perspectiva de su contribución singular, ya desde la perspectiva del riesgo sistémico o global, compatible con ese modelo de Derecho penal?

Comenzaré por el análisis de los contornos dogmáticos en los que la idea de la acumulación es habitualmente empleada en la ciencia penal (2.1.), así como por las bases principales de legitimación ensayadas por la doctrina y sus implicaciones (2.2.). A continuación contrastaré tales concepciones con los parámetros normativos que, a mi entender, constituyen el fundamento de validez del Derecho penal de las sociedades democráticas, que debe servir de pauta, o de límite, a la intervención penal del Estado, indagando en particular si existen líneas de continuidad entre aquellas bases de legitimación y este fundamento (3.) En otras palabras, trataré de averiguar hasta qué punto dichos ensayos de legitimación del daño cumulativo se adecuan al discurso propio del Derecho penal, esto es, si pueden venir a justifi-

---

(1) *Vid.* «Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente – um quarto de século depois», en Figueiredo Dias/Ireneu Barreto/Teresa Beleza/Paz Ferreira (orgs.), *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, vol. I, Coimbra Editora, 2001, pp. 390 y s.

(2) *Vid.* especialmente «O Direito Penal na “sociedade do risco”», en: *Temas Básicos da Doutrina Penal*, Coimbra Editora, 2001, pp. 156 y ss.

(3) La expresión corresponde a LUHMANN y es adoptada por KINDHÄUSER en «Rechtstheoretische Grundfragen des Umweltstrafrechts», *Festschrift für Herbert Helmrich zum 60. Geburtstag*, Beck, München, 1994, pp. 974 y 984, con el sentido en que aquí es empleada.

(4) FIGUEIREDO DIAS, «Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente», p. 390.

car la creación o selección de los comportamientos punibles. Por último, antes de exponer una breve conclusión (5.), presentaré los argumentos propios de un Derecho penal democrático que se oponen a la solución de la acumulación (4.)

## II. PERFILES Y FUNDAMENTOS DE LA ACUMULACIÓN

### 1. Delimitación conceptual y jurídico-dogmática

El empleo del concepto de acumulación por la doctrina jurídico-penal viene presidido por tres características esenciales. Por un lado, es entendido como un concepto eminentemente dogmático y no como una técnica legislativa; es decir, que no consiste expresamente en una clase de tipo legal incriminatorio, ni resulta de la aplicación de una regla de la Parte General del Código penal que, combinado con un tipo respectivo, dé lugar a una ampliación de la tipicidad, sino que más bien remite a la calificación de ciertos comportamientos como típicos o punibles. Puede decirse, así, que la acumulación es un concepto dogmático, que sirve para la interpretación de ciertos tipos y para la imputación de ciertos comportamientos y que un sector de la doctrina pretende incorporar a la Parte General del Derecho penal (5). En este sentido, y por ejemplo, su uso se asemeja al de la adecuación social (6) y se aparta de nociones como la de peligro concreto —que es también y sobre todo una técnica legislativa— o la comisión por omisión —que es una regla de imputación presente en la Parte General del Código penal—. Del mismo modo que la (in)adecuación social, la figura de la acumulación se conforma a partir de la concepción existente en la comunidad jurídica acerca de los límites de la tipicidad y, por extensión, de la imputación jurídico-penal. En ambos casos se plantea la misma cuestión de fondo: hasta dónde está permitido llegar en la atribución de responsabilidad penal. En el primer caso, se trata de saber si un comportamiento es poseedor de significado social, en cuanto aparece como lesivo de un determinado bien jurídico; en el se-

---

(5) Sobre la diferencia entre la Parte General del Código penal y la Parte General del Derecho penal, *vid.* NAUCKE, *Introdução à Parte Especial do Direito Penal*, AAFDL, Lisboa, 1989, pp. 12 y ss.

(6) Sobre la figura welzeliana de la adecuación social y la cuestión relativa a su naturaleza y alcance dogmáticos, *vid.* CANCIO MELIA, *Los orígenes de la teoría de la adecuación social: teoría final de la acción e imputación objetiva*, Externado de Colombia, Bogotá, 1994, pp. 21 y ss.

gundo caso, la cuestión a decidir es si son admisibles formas de imputación individual basadas en la idea de acción colectiva, o sea, si pueden constituir un tipo de injustos comportamientos cuya relevancia se asienta en una lógica de masas, en el hecho de ser practicados por un gran número de individuos.

Otra característica de la acumulación consiste en su relación con los bienes jurídicos colectivos (7). La figura fue introducida en el discurso dogmático por Kuhlén a propósito de los límites de la protección jurídico-penal del medio ambiente (más exactamente, de su componente hídrico, a través del § 324 StGB) (8), pero algunos partidarios de su consagración tienden a extenderlo a ámbitos como la tutela de la Administración de Justicia, la Hacienda Pública o la capacidad funcional de determinados subsistemas del sistema económico (9). Por parte de estos autores, se pone de manifiesto que la acumulación ni es exclusiva de las agresiones al medio ambiente, ni constituye realmente una novedad en el Derecho penal, sino que por el contrario configura el centro de gravedad del injusto de los delitos contra bienes jurídicos colectivos no susceptibles de ser lesionados

---

(7) Sobre el concepto de bien colectivo, *vid.* ALEXY, *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*, ed. Suhrkamp, Frankfurt, 1995, pp. 239 y ss., quien, aportando una definición, afirma que «un bien es un bien colectivo de una clase de individuos cuando conceptual, fáctica o jurídicamente, es imposible de dividir en partes y de atribuir éstas a los individuos. Cuando tal es el caso, el bien tiene un carácter no distributivo. Los bienes colectivos son bienes no distributivos»; KORIATH, «Zum Streit um den Begriff des Rechtsguts», *GA* 1999, p. 564, afirmando que lo que verdaderamente distingue a los bienes jurídicos colectivos de los individuales no es la clase de titular, sino el carácter no distributivo de los primeros, una postura a mi entender equivocada, por cuanto la cuestión de la distributividad o no distributividad, por más que determine el contenido del bien, está relacionada con la cuestión de la titularidad; sobre esta y otras características de los bienes colectivos, *vid.* HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Heymanns, Köln-München, 2002, pp. 111 y ss.; «Die Materialisierung von Rechtsgut und Deliktsstruktur», *GA* 2002, p. 25, refiriéndose especialmente a la naturaleza indivisible o no distributiva («Nicht-Distributivität») y al carácter no consumible o no deteriorable («Nicht-Abnutzbarkeit») de los mismos; KUHLEN, «Umweltstrafrecht – auf der Suche nach einer neuen Dogmatik», *ZStW* 105 (1993), p. 704; FIGUEIREDO DIAS, «Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente», p. 384; ALCÁCER GUIRAO, «La protección del futuro y los daños cumulativos», *ADPCP* 2001, p. 162, partiendo de otros criterios de clasificación, más exactamente, de relación entre los bienes colectivos y los individuales.

(8) *Vid.* «Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerunreinigung (§ 324 StGB)», *GA* 1986, pp. 389 y ss.; *ZStW* 105 (1993), pp. 697 y ss.

(9) *Vid.* WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik «moderner» Gefährungsdelikte*, Duncker & Humblot, Berlin, 2000, pp. 142 y ss., 176 y ss., 318 y ss. y 339 y ss.; HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 184; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2.<sup>a</sup> edición, Civitas, Madrid, 2001, p. 136 y nota 324; ALCÁCER GUIRAO, *ADCP* 2001, pp. 162 y ss.

por una acción individual (10). Desde esta perspectiva, afirma HefendeHL que en el ámbito de los bienes jurídicos colectivos no puede hablarse de una causalidad lesiva real, por lo que es preciso establecer equivalentes materiales. Uno de ellos, quizá el principal, es la idea de la acumulación (11).

En esta medida, la acumulación se distingue conceptualmente de figuras similares como la causalidad cumulativa o la llamada autoría accesoria. De la primera se distingue en tanto en cuanto la acumulación ni opera en el nivel de la tipicidad ni presupone un resultado material cuya imputación objetiva sea necesario establecer en el caso concreto; así, los tipos cumulativos no requieren comprobación alguna de la causalidad (e imputación objetiva) entre la contribución individual y el daño global. Si se exigiese dicha comprobación y, con ello, se otorgase relevancia a la llamada interrupción del curso causal, sólo sería objetivamente imputable la conducta que sobrepasase el límite a partir del cual la destrucción del bien jurídico colectivo apareciera como inevitable. La dificultad práctica —cuando no la imposibilidad— de la determinación de dicha conducta, unida a la impunidad de las contribuciones individuales en tanto no se alcanzara el citado límite, redundaría en una considerable relativización de la protección del bien jurídico (12). Por otro lado, se distingue de la autoría accesoria («*Nebentäterschaft*») —una figura que debe rechazarse en cuanto modalidad autónoma de coparticipación delictiva (13)—, en la medida en que mientras ésta consiste en la realización de varias contribuciones individuales para la realización de un mismo resultado, la separación espacial y temporal de las conductas que lleva implícita la noción de la acumulación impide que se pueda hablar razonablemente de un único acto y de un único contexto de riesgo. Desde esta perspectiva, los delitos de acumulación representarían, como correctamente ha resaltado Silva Sánchez, «una especie de autoría accesoria universal de un he-

---

(10) En este sentido, especialmente, ALCÁCER GUIRAO, *ADPCP* 2001, p. 162 caracterizando tales bienes jurídicos como bienes institucionales, distintos de otros bienes jurídicos colectivos, los bienes jurídicos intermedios, justamente porque la respectiva lesión tiene un carácter autónomo, desligado de la lesión o el peligro para un bien jurídico individual.

(11) *Vid. Kollektive Rechtsgüter*, pp. 183 y 188, donde destaca que la acumulación, en cuanto búsqueda de un equivalente material de la causalidad lesiva, se sitúa no en el nivel del tipo, sino en el nivel de la criminalización.

(12) En este sentido, HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, pp. 192 y ss.

(13) Sobre la autoría accesoria, *vid.* CLAUS ROXIN, *Strafrecht*, AT, I, 3.<sup>a</sup> ed., Beck, München, 1997, § 11 núm. 50; AT, II, Beck, München, 2003, § 25 núm. 265 y ss.; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, 5.<sup>a</sup> ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1996, § 63, II, 3; HARRO OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, AT, 5.<sup>a</sup> ed., de Gruyter, Berlin-New York, 1996, § 21 núms. 54 y 143.

cho global y permanente» (14), concepto funcional a la ampliación de la imputación, pero inaceptable en una concepción del Derecho penal propia de un Estado democrático de Derecho.

Por último, los partidarios de la acumulación subordinan su relevancia penal a dos condiciones esenciales. De una parte, el legislador tiene que someter el efecto cumulativo a un pronóstico realista, esto es, tiene que poder afirmar, a partir de datos de las ciencias empíricas y sirviéndose por tanto de una discrecionalidad vinculada a los conocimientos científicos disponibles (15), que es razonable esperar (que es probable) que sin una prohibición reforzada por la pena, ciertas acciones serán realmente practicadas de modo tan asiduo que de ellas se derivará una lesión grave y global del bien jurídico (16). Por esta vía, serán tenidas como penalmente irrelevantes conductas, como por ejemplo tocar el claxon en la calle, sobre las cuales existan buenas razones para negar que vayan a ser realizadas por un gran número de individuos (17). De otra parte, las contribuciones individuales no se sustraen al carácter limitador del principio de insignificancia, careciendo por tanto de relevancia penal todas aquellas conductas que pudieran ser calificadas como meras bagatelas (18). Aun cuando se afirme que la idea de la acumulación abarca también conductas de bagatela, se pone inmediatamente de manifiesto que ello no ha de llevar a la confusión entre el Derecho penal con otros mecanismos jurídicos reactivos, dado que la tipicidad penal, al igual que respecto de cualquier otra incriminación, presupone la previa criba que conforma el principio de insignificancia (19). De este modo, son excluidas del

(14) *La expansión*, pp. 134 y ss.

(15) WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, p. 323, refiriéndose a la clase de prognosis en la que los efectos de los comportamientos en cuestión son cognitivamente disponibles, como sucede en los delitos contra el medio ambiente, afirma que la apreciación por el legislador de si puede esperarse un número de contribuciones que haya de perjudicar, por acumulación, el bien colectivo, no constituye un ejercicio de libre discrecionalidad, sino que tiene que estar basado en los conocimientos de las ciencias empíricas.

(16) En estos términos, *vid.* FEINBERG, *Harm to others (The moral limits of the criminal law, vol. I)*, Oxford Univ. Press, New York-Oxford, 1984, p. 226; KUHLEN, *ZStW* 105 (1993), p. 716, notas 91 y 93; WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, pp. 322 y ss., distinguiendo dos tipos de pronósticos; HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, pp. 185 y ss.; FIGUEIREDO DIAS, «Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente», p. 391.

(17) De este modo, KUHLEN, *ZStW* 105 (1993), p. 716, nota 91; HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 185.

(18) En este sentido, WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, pp. 322 y 325 y ss.; HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, pp. 187 y ss.

(19) Así, particularmente, HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 188, acentuando la compatibilidad entre el principio de acumulación y el principio de insignificancia.

delito cumulativo conductas indudablemente incluidas bajo el marco conceptual de la acumulación.

## 2. FUNDAMENTACIÓN DEL DELITO CUMULATIVO

Establecida la delimitación conceptual y dogmática de la acumulación, es preciso analizar qué fundamentos son invocados para afirmar el desvalor de los comportamientos que caen bajo la misma, aspecto que, en tanto servirá para justificar la incriminación de las conductas cumulativas, es de la mayor importancia. Dos son las líneas de fundamentación seguidas por la doctrina. La primera, desde el prisma de la sociología, acentúa el carácter del daño cumulativo como expresión de un daño colectivo resultante de la suma de microlesiones en masa, o bien, desde un registro sociológico paralelo aunque más actual, como manifestación de los nuevos grandes riesgos desencadenados por la dinámica de la sociedad del riesgo. La segunda, surgida desde la filosofía moral, elige como centro de gravedad la acción individual, la contribución individual para el efecto cumulativo, centrándose sobre su desvalor moral, fundado en la vulneración de deberes de solidaridad y que lleva a contemplar al agente como un *free-rider*, *free-loader* o *Trittbrettfahrer* (20). Ha de ponerse de manifiesto que no estamos ante perspectivas antagónicas ni irreconciliables, sino, por el contrario, ante formas diferentes de abordar una misma realidad, enfatizando u otorgando prioridad analítica cada una de ellas a un determinado enfoque del problema. Por ello, no faltan partidarios de la existencia de delitos cumulativos que se sirven de ambas perspectivas. Ejemplo de ello lo constituyen los trabajos de Feinberg (21) o de Kuhlen (22).

### a) La lógica de las grandes cifras, el daño cumulativo y la dinámica de la sociedad del riesgo

La primera perspectiva de fundamentación, a la que denominaremos sistémica, da prioridad a los criterios del daño global o de las

---

(20) Sobre la figura del *free-rider* en la filosofía moral y política, Vid. RAWLS, *A theory of justice*, Oxford Univ. Press, Oxford, 1971, pp. 267 y ss.; FEINBERG, *Harmless wrongdoing (The moral limits of the criminal law, vol. IV)*, Oxford Univ. Press, New York-Oxford, 1988, pp. 13 y ss. y 202 y ss.

(21) Vid. *Harm to others*, pp. 226 y ss.

(22) Vid. ZStW 105 (1993), pp. 720 y ss.

grandes cifras, esto es, a los probables efectos nocivos que para el orden social resultarían de la acumulación de contribuciones singulares realizadas independientemente unas de otras. Argumentando a partir de la contaminación de la atmósfera y de las aguas, Feinberg sintetiza de forma clara los presupuestos de aplicación de esta línea teórica (23). Primero, el legislador constata que contribuciones sucesivas de multitud de individuos, una vez sumados, se aproximan, alcanzan o sobrepasan ampliamente un determinado umbral de lesividad global. Segundo, estas contribuciones son desiguales en cantidad y en valor social. Tercero, cada contribución es inocua en sí misma, pero desplaza el bien colectivo a una situación más próxima a ese umbral de lesividad. Cuarto, cuando la acumulación de contribuciones singulares sobrepasa el umbral de lesividad establecido se causa un daño público en el sentido de que se menoscaban gravemente bienes jurídicos vitales comunes. Por último, muchas de las actividades que subyacen a las contribuciones individuales son beneficiosas socialmente hasta el punto de que su prohibición global produciría un daño público mayor del que las mismas producen.

Esta concepción, en lo que afecta a los bienes jurídicos colectivos del llamado Derecho penal moderno, como es el caso del medio ambiente, es encuadrable en una perspectiva más amplia, de carácter sociológico, que concibe las sociedades postindustriales contemporáneas como sociedades de riesgo, y que ha proporcionado la base para configurar algunas áreas del moderno Derecho penal como un «Derecho penal del riesgo». El «topos» de la sociedad del riesgo ayuda a aprehender el desvalor de las acciones cumulativas y la propuesta de los delitos cumulativos a partir de dos aspectos que lo integran. Por un lado, la idea de que muchos de los nuevos riesgos que amenazan la existencia humana provienen de la suma de múltiples acciones individuales, aparentemente normales e inocuas. Ulrich Beck subraya este aspecto afirmando que los nuevos riesgos resultantes de acciones humanas, surgen de modo involuntario: «la sociedad del riesgo no es una opción» (24). Los nuevos riesgos tienen en su génesis una multiplicidad de acciones «ciegas ante el riesgo» realizadas en el seno de un proceso de modernización y que se presentan a la percepción y a la conciencia social sin el dramatismo de sus efectos secundarios y a largo plazo. Además, muchas de esas acciones son comportamientos económicos cotidianos, orientados por una racionalidad instrumental, por una lógica de mercado, cuyos efectos se encarga de coordinar o sistematizar una especie de «mano invisible», o, si se prefiere,

---

(23) *Vid. Harm to others*, p. 229.

(24) *Die Erfindung des Politischen*, Suhrkamp, Frankfurt, 1993, p. 36.

un «código sistémico» (25). Debido a ello, los nuevos riesgos se conforman en el entorno de los sujetos, de un modo invisible a la percepción pública.

Por otro lado, la sociedad del riesgo se caracteriza también por una exacerbación de la atribución de la responsabilidad. Los espacios de imputación tradicionalmente asignados a Dios, la naturaleza, el destino o la colectividad se reducen en pro de una ampliación de la responsabilidad y de la culpabilidad individual (26). Esta «expansión de la imputación» (Weyma Lübbe) propia de las sociedades contemporáneas se inscribe en una lógica de la estabilidad social: a mayor inseguridad colectiva, mayor exigencia de atribución de culpabilidad como vehículo para la explicación del daño y para generar tranquilidad social. Ello provoca una transferencia de ámbitos de responsabilidad desde instancias como el destino, la naturaleza o la colectividad a la esfera de la imputación individual. En consecuencia, esta forma

---

(25) Sobre la racionalidad instrumental y su relación con la modernidad cfr. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Bd.1, pp. 239 y ss.; HÖSLE, *Praktische Philosophie in der modernen Welt*, Beck, München, 1992, pp. 62 y ss.; KOSLOWSKI, *Ethik des Kapitalismus*, 6.ª ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 1998, p. 20; HÖFFE, *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?: ein philosophischer Versuch*, Suhrkamp, Frankfurt, 1999, pp. 46 y ss. Sobre la relación de la racionalidad instrumental con las temáticas relativas a la criminalidad económica y de la sociedad del riesgo, *vid.* en la literatura portuguesa, ANSELMO BORGES, «O crime económico na perspectiva filosófico-teológica», *RPCC* 10 (2000) núm. 1, pp. 13 y ss.; FIGUEIREDO DIAS, «O Direito Penal na “sociedade do risco”», pp. 161 y ss. Sobre la relación de la racionalidad instrumental con la racionalidad sistémica, *vid.* HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Bd. 2, Suhrkamp, Frankfurt, 1981, pp. 453 y ss. y 490 y ss., denominando a la racionalidad sistémica «racionalidad final totalizada»; *Nachmetaphysisches Denken: philosophische Aufsätze*, Suhrkamp, Frankfurt, 1988, pp. 82 y ss., defendiendo que el tránsito de la racionalidad instrumental a la racionalidad sistémica se da a través de una inversión de los fines y los medios, puesto que las acciones que están allí regidas por los fines, son aquí coordinadas por los medios que forman un determinado código sistémico; CASTANHEIRA NEVES, «Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, função e “problema” - os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito», *RLJ*, 131 (1998-1999), p. 325, considerando la racionalidad instrumental como racionalidad asumida por el funcionalismo (político, social y sistémico); en sentido similar, ALCÁCER GUIRAO, «Facticidad y normatividad: notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho Penal», *ADPCP* 1999, pp. 196 y ss.

(26) En este sentido, *vid.* GÜNTHER, «Verantwortlichkeit in der Zivilgesellschaft», en: Müller-Doohm (compilador), *Das Interesse der Vernunft: Rückblicke auf das Werk von Jürgen Habermas seit ‘Erkenntnis und Interesse’*, Suhrkamp, Frankfurt, 2000, p. 476; OELMÜLLER, «Schwierigkeiten mit dem Schuldbegriff: einige philosophische Überlegungen», en: Baumgarten/Eser (compiladores), *Schuld und Verantwortung: philosophische und juristische Beiträge zur Zurechenbarkeit menschlichen Handelns*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1983, pp. 27 y ss.; ALCÁCER GUIRAO, *ADPCP* 2001, p. 150.

de imputación tiende a abandonar el campo de lo dominable o previsible. La previsibilidad de lo ocurrido deja, así, de operar como límite de la imputación en general, repercutiendo esa nueva perspectiva también en la imputación jurídico-penal (27).

En este escenario, la idea de la acumulación va a posibilitar que se imputen a la esfera individual acciones carentes en sí mismas de nocividad social, no siendo su lesividad, por tanto, públicamente perceptible, ni, por ello, reconocible al autor, sobre la base de que, según un juicio realizado por un observador dotado de mayor información empírica, la probabilidad de futura realización ulterior por un gran número pueda conllevar un considerable poder de destrucción. Esa probable lesividad global, cuya conformación causal escapa a las representaciones de la vida cotidiana, constituye la razón, o mejor, una de las razones capitales para que una conducta, relativamente inofensiva para el bien jurídico, se torne objeto de censura social y, en particular, de censura jurídico-penal. El fundamento de esa censura responde a un proceso colectivo en el que el agente sin duda participa pero cuyo desenlace en modo alguno domina.

Ese tránsito de situaciones del ámbito de responsabilidad colectiva a la responsabilidad individual suscita serios problemas en lo relativo a la responsabilidad jurídico-penal. No pongo en duda que la consecución de objetivos colectivos tales como la protección del medio ambiente o la salvaguarda de la calidad de los alimentos, pasa a veces por la alteración de los comportamientos individuales y por el aumento estratégico de áreas de responsabilidad individual. La ética de la civilización tecnológica (propia de autores como Jonas, Apel o Hösle) viene proponiendo que al creciente poder causal de la acción humana, a la ampliación en el espacio y en el tiempo de sus efectos, le corresponda una ampliación de la responsabilidad. Sólo por medio de dicha ampliación es posible controlar la formación de grandes riesgos para la existencia y de evitar la destrucción futura de la vida sobre la Tierra. La reflexión colectiva y la ruptura con esa «ceguera ante el apocalipsis» a que el problema de los nuevos riesgos obliga, pasa por una alteración de los hábitos colectivos, por una reeducación de los comportamientos y, consecuentemente, por un aumento de las exigencias individuales. La cuestión está en saber si el Derecho penal actual, heredero de la Ilustración y en permanente racionalización a

---

(27) *Vid.* STRATENWERTH, «Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?», *ZStW* 105 (1995), p. 684, sosteniendo que la previsibilidad de un resultado lesivo deja de ser operativa como criterio de imputación; ALCÁCER GUIRAO, *ADPCP* 2001, p. 150 señalando el surgimiento de una nueva orientación en las estructuras de atribución de responsabilidad que da más relevancia al poder causal de destrucción sobre la capacidad humana de prever los efectos de la acción.

través de la progresiva asimilación de estructuras morales, puede participar en dichas tareas. En otras palabras, si un Derecho penal equipado con tan severo material sancionatorio, centrado, por un lado, en la pena privativa de libertad y dotado, por otro, de un riguroso fundamento de validez y de un estricto código de aplicación, debe estar llamado a promover, con el refuerzo de la pena, la reeducación de los ciudadanos frente a la emergencia de esos nuevos riesgos y a partir de la lógica de las grandes cifras.

Relacionado con éste, aparece otro problema atinente a la propia fundamentación de la acumulación y a su relevancia penal: ¿puede la incriminación de un comportamiento asentarse sobre razones objetivas, sistémicas, que escapan a la percepción pública?; expresado de otro modo: ¿puede someterse a la amenaza de pena una conducta cuyo desvalor es invisible para la generalidad de los destinatarios sólo porque, según un pronóstico realista, la acción vendrá a ser realizada por una multitud de agentes? Podemos dar la razón a Hefendehl cuando pone de relevancia que la acumulación no es un problema de tipicidad sino de criminalización o, en similares términos, que es un problema de fundamentación y no de aplicación de tipos legales. Pero incluso con dicha asunción no puede ignorarse que los discursos de aplicación, siendo autónomos, no son impermeables a los discursos de fundamentación (28). La atribución de un comportamiento a alguien como su autor presupone, en un Derecho penal como el portugués, donde desde hace mucho impera el referente germánico (29), el recurso a un sistema dogmático que, si bien orientado a la resolución de casos concretos y no para dirimir cuestiones de validez o de obligatoriedad de las normas (30), permanece abierto a valoraciones de

---

(28) Sobre la distinción entre discursos de fundamentación y de aplicación en la Ética y en el Derecho, cfr. KLAUS GÜNTHER, *Der Sinn für Angemessenheit*, Suhrkamp, Frankfurt, 1988, especialmente pp. 55 y ss., y 62; HABERMAS, *Erläuterungen zur Diskursethik*, Suhrkamp, Frankfurt, 1991, pp. 113 y ss., y 137 y ss., acogiendo la distinción de su discípulo en el plano de la ética del discurso. La separación entre discurso de fundamentación y discurso de aplicación se opone a la tesis del discurso jurídico como caso particular del discurso moral defendida por Alexy –para una confrontación de ambas tesis, vid. ALEXY, «The special case thesis», *Ratio Juris*, vol. 12 (1999) núm. 4, pp. 377 y ss.

(29) Sobre la importancia de los referentes en la historia del Derecho penal portugués y en especial sobre la introducción entre nosotros del referente germánico, vid. FARIA COSTA, «Importância da recorrência no pensamento jurídico. Um exemplo: a distinção entre o ilícito penal e o ilícito de mera ordenação social», *RDE IX* (1983) núms. 1 y 2, pp. 3 y ss., y 43 y ss.

(30) Sobre las funciones de la dogmática vid. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, Suhrkamp, Frankfurt, 1983, pp. 326 y ss., destacando las funciones estabilizadora, progresiva, de descarga, técnica, de control y heurística; BURKHARDT,

mayor o menor grado de abstracción. Ello implica, entre otras cosas, que dicho sistema ni debe ser concebido ni debe asimilar figuras que sean contrarias a su fundamento de validez. En caso contrario se abrirían puertas y ventanas a una dogmática totalmente funcionarizada a la satisfacción de (toda clase de) necesidades de seguridad colectiva o de dirección social.

Si mis intuiciones son correctas, son inaplazables las siguientes cuestiones: En un Derecho penal democrático, que asimila las estructuras de recíproco reconocimiento entre ciudadanos que se autoconciben como sujetos libres, iguales, responsables y cooperantes, y que se organiza con base en los principios de proporcionalidad, de lesividad y de culpabilidad, ¿puede ser atribuida a alguien responsabilidad criminal por la realización de conductas que según las representaciones valorativas cotidianas o, si se prefiere, según la experiencia normativa de su mundo de la vida, son inofensivas? ¿Es admisible que sean relajadas o flexibilizadas las estructuras dogmáticas y los citados principios en aras de la promoción de una política de seguridad general, de reeducación en la defensa del medio ambiente o en la utilización disciplinada de los recursos naturales?

Antes de responder a las mismas, veamos qué problemas suscita el otro fundamento de la acumulación frecuentemente invocado.

#### b) La micro-lesión del *free rider* y la reprochabilidad de su comportamiento calculador

Retomando algunos argumentos de Feinberg, Wohlers localiza el fundamento de la idea de la acumulación en el desvalor de la contribución individual; más exactamente, en la caracterización de su autor como un *free-rider* o, en traducción libre, como un viajero sin billete (31). Éste se aprovecha injustamente de una ventaja en la medida en que explota el sentido cooperativo de los demás, esto es, explota en beneficio propio la circunstancia de que los demás cumplen las re-

---

«Geglückte und folgendelose Strafrechtsdogmatik», en: Eser/Hassemer/Burkhardt (compiladores), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft*, pp. 118 y ss., quien apunta las funciones constitutiva, de Estado de Derecho, de control, de descarga, técnica o didáctica, de consulta y de adaptación, negando, no obstante, que las mismas sean conjugables sin antinomias (pp. 119 y ss.) y que se encuentren todas cumplidas por la dogmática contemporánea (pp. 151 y ss.); KUHLEN, «Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft gegenüber den Herausforderungen ihrer Zeit», en: Eser/Hassemer/Burkhardt, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft*, pp. 58 y ss., quien, invocando a Hassemer, menciona una función crítica de la dogmática fruto de la penetración en ésta de una teoría crítica del Derecho penal moderno.

(31) Vid. *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, pp. 319 y ss.

glas que sirven a la consecución de un objetivo o a la preservación de un bien colectivo. Como sostiene Feinberg, lo que es moralmente condenable del *free-loading* es que el infractor obtiene un beneficio mientras quienes cumplen con las normas, no obstante su superioridad moral, sufren una pérdida. Esta situación coloca el universo moral patas arriba: la deshonestidad es recompensada y la honradez y el civismo son penalizados o, por lo menos, no recompensados (32). La impunidad del comportamiento del *free-loader* dará lugar a que adquiera vigencia social la idea de que infringir las normas compensa. Siguiendo este presupuesto, Wohlers considera que el desvalor de tal comportamiento se asienta en la violación del principio de que todos tenemos iguales derechos y que la legitimidad de la sanción penal respectiva reside precisamente en el restablecimiento de la igualdad jurídica perturbada (33). Así, viene a trasladar el argumento moral al ámbito jurídico-penal: el *free-rider* obtiene una ventaja injusta a costa de las personas que cumplen, creando de ese modo una situación de desigualdad social que, dada la consagración constitucional y la función jurídicamente central del principio de igualdad, puede considerarse también de desigualdad jurídica. Y la eliminación simbólica de esa desigualdad se vincula, según Wohlers, a la intervención sancionatoria, y a la intervención penal en especial. Para este autor, la utilización de la sanción presupone o se enfrenta a dos aspectos problemáticos. Por un lado, la contribución cumulativa sólo debe ser vista como socialmente dañosa y, por ello, merecedora de pena, si los efectos perjudiciales de la acumulación superan el test de un análisis realista. Por otro lado, se plantea la cuestión de si una contribución cumulativa debe poseer una cierta gravedad mínima para ser considerada penalmente relevante (34). Planteamiento que permite concluir que la cuestión de la relevancia penal de la acumulación no puede desvincularse, en cualquiera de ambas perspectivas, de tener en cuenta el problema de las grandes cifras.

Aun cuando la frustración de fines colectivos o la violación de la igualdad jurídica no basten, como acabamos de ver, para justificar la calificación jurídico-penal de las contribuciones cumulativas, la verdad es que, según la perspectiva de fundamentación de que ahora nos estamos ocupando, es ahí donde, en buena medida, radica su desvalor. Vale la pena, pues, que nos detengamos en las cuestiones implicadas en tales argumentos. Presupuesto de la reprochabilidad de la conducta del *free-rider* es que todos o un gran número de personas

---

(32) Vid. FEINBERG, *Harmless wrongdoing*, pp. 202 y ss.

(33) Vid. *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, pp. 321 y ss.

(34) Vid. *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, pp. 322 y ss.

colabora en la persecución de un objetivo colectivo o contribuye a la preservación de un bien colectivo. Animada por un sentido cooperativo o por un espíritu cívico, la amplia mayoría observa las normas de comportamiento. Aceptando el desafío de Feinberg, imaginemos un país en el que no existen infracciones fiscales, en el que, por tanto, los ciudadanos son libres de pagar o no impuestos y en el que el 99 por 100 decide voluntariamente pagar. En ese fantástico país imaginario, dice Feinberg, poco o ningún daño colectivo puede ser causado por el 1 por 100 que escoge ser *free-loader* (35). Si un número suficiente de personas optase por la práctica de la evasión fiscal, el resultado sería socialmente dañoso, pero, en el ejemplo, ese margen no es relevante porque la gran mayoría decide colaborar en un objetivo común. Si de daño puede hablarse aquí, no es ciertamente un daño directo, centrado en la afectación actual de un bien colectivo, ya que, acogiendo la sugerencia de Andrew von Hirsch y Nils Jareborg, la situación de los habitantes de aquel país no pasa a ser efectivamente peor (36). Se trata, más bien, de un daño indirecto o potencial o, como sostiene Feinberg, de un principio de daño *fairly employed* (37). En realidad, cuando un *free-loader* obtiene un provecho injusto de la conducta cooperadora del resto de los ciudadanos, no causa directamente daño alguno a nadie, pero es si su conducta se generaliza cuando de ello se derivarán consecuencias lesivas para las instituciones sociales. El desvalor de la conducta del *free-loader* está en el aprovechamiento egoísta de la solidaridad ajena, en la producción ilegítima de una desigualdad social, no obstante lo cual, nos recuerda Feinberg, el fundamento último de las normas que prohíben ese tipo de conductas es proteger a la comunidad de posibles daños sociales (38).

Acéptese o no el concepto de daño potencial como sede última de la prohibición de la acción del *free-rider* (39), una cosa resulta evidente: dicha figura se entremezcla, pero no coincide con la de la acumulación. Ésta implica la práctica masiva actual de conductas que, a partir de un pronóstico realista, podrían perjudicar, si no fueran prohibidas, daños a determinados bienes jurídicos colectivos, mientras

---

(35) Vid. *Harm to others*, p. 226.

(36) Vid. «Gauging criminal harm: a living-standard analysis», pp. 7 y ss., apoyándose los autores en el concepto «standard of living» defendido por Amartya Sen, que incluye no sólo medios económicos, sino asimismo aspectos no económicos que afectan al bienestar personal.

(37) Vid. *Harm to others*, p. 227.

(38) Vid. *Harmless wrongdoing*, p. 211.

(39) Rechazado expresamente por WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, pp. 318 y 320.

aquella presupone una práctica generalizada de cooperación en la preservación de un bien colectivo y su reprochable aprovechamiento por alguno o algunos individuos (40). Es justamente porque la mayoría refrena sus intereses egoístas porque la conducta del *free-rider* no produce un daño efectivo en un bien. El pronóstico, necesario para acceder al problema del desvalor y consecuentemente a la prohibición de la conducta, se centra entonces en el análisis de las posibilidades de generalización futura de la propia conducta. Si, en el ejemplo empleado, el 99 por 100 practicase la evasión fiscal y el 1 por 100 pagase regularmente impuestos, o si, en una comunidad el 80 por 100 de las personas arrojava residuos orgánicos a los ríos, diríamos ciertamente que tal comunidad revela bajo niveles de organización, o que la importancia de los impuestos y de la preservación del medio ambiente aún no han encontrado eco en la conciencia colectiva, pero no caracterizaríamos a los actores como *free-riders* egoístas. Para que ello suceda es preciso que el comportamiento sea considerado socialmente dañoso, o que no sea disociable de la experiencia normativa de la comunidad acerca de lo lícito y lo ilícito y, por consiguiente, de los procesos sociales de formación de la conciencia. Sólo cuando a un comportamiento le fuera atribuible un desvalor que expresara un reproche por no colaborar en la preservación del bien colectivo o, si se prefiere, por la afectación o degradación de un bien colectivo —lo que en las sociedades democráticas coincidirá tendencialmente (aunque sin confundirse) con las actitudes y reacciones de la mayoría— debe recaer sobre él una prohibición y puede calificarse con ello a su autor como un *free-rider* o *free-loader*.

Desde este punto de vista, el problema del *freeloading* sólo surgirá en un contexto de acumulación cuando estén presentes dos condiciones cumulativas: la comprobación de que una acción está comprendida en un determinado mundo de la vida como práctica egoísta u obtención de una ventaja a costa de la tendencia cooperativa de la mayoría y, al mismo tiempo, la conclusión (realista) de que esa acción es practicada por un número lo suficientemente grande de personas como para que la continuidad de su permisión constituya una amenaza para una entidad simbólica que sea socialmente valorada como bien colectivo. Si se verifica la primera pero no la segunda condición no estaremos, en mi opinión, ante un supuesto de acumulación.

---

(40) También von Hirsch/Jareborg distinguen, dentro del problema de la ofensa a los bienes jurídicos colectivos, las situaciones de «acción cumulativa de múltiples autores» de las situaciones de *freeloading*, cuyo desvalor se establece no sobre la base del daño, sino de la «ventaja injusta». Cfr. *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 11 (1991), pp. 33 y ss.

Sin embargo, el caso inverso, cuando concurra la segunda pero no la primera circunstancia, no nos aleja de dicho supuesto. Así, existen multitud de casos en los que el comportamiento de un gran número es explicable, no desde la perspectiva del *homo economicus* que procura extraer beneficios de una ventaja injusta, sino, por ejemplo, como una práctica generalizada consolidada por el hábito. Muchas conductas contaminantes son realizadas, como es sabido, en virtud de usos arraigados, que responden a una visión anticuada de las relaciones entre el hombre y la naturaleza.

La lógica del gran número es, en suma, determinante para la calificación de una situación como de acumulación y el problema de su desvalor debe ser entendido principalmente desde esa óptica. La conducta individual no es, como vimos, atentatoria de un bien en el sentido de que la misma disminuya efectivamente el valor de utilidad del bien para sus titulares, sino disfuncional en relación al bien, en el sentido de que aumenta la perturbación en el entorno del mismo. El desvalor fundamental de la contribución individual no es describible en términos de lesividad sino sólo en términos de disfuncionalidad. Y es la necesidad de proteger el bien colectivo también frente a comportamientos disfuncionales lo que lleva a establecer una prohibición por parte del ordenamiento, cuya vulneración funda un reproche basado en el rechazo del agente a preservar las condiciones de vigencia incólume del bien. El agente no pretende afectar el bien jurídico con su conducta, no sólo porque la misma es inocua para producir una disminución de su valor, sino también —cuando se trata de un *free-rider*— porque lo que guía la conducta del sujeto es la finalidad de obtener un disfrute de dicho bien en medida desigual, sin contrapartida y sin preocuparse de su preservación.

Ello es especialmente evidente en el caso del medio ambiente. Se trata de un bien jurídico colectivo susceptible de disfrute individual y, al mismo tiempo, consumible y deteriorable (41), esto es, que su disfrute masivo normal conduce a una degradación progresiva de sus componentes naturales. Su preservación no puede ser realizada a través de la prohibición total de las conductas contaminantes, so pena de la paralización de amplios sectores de la actividad social y económica. Por eso se hace necesario organizar jurídicamente su utilización, en particular estableciendo unos valores-límite (42) de contaminación

---

(41) En este sentido, cfr. HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, pp. 112 y ss.; GA 2002, pp. 25 y ss.

(42) Sobre el concepto y la utilidad de la técnica de los valores-límite, vid. TIEDMANN/KINDHÄUSER, *Umweltstrafrecht – Bewährung oder Reform?*, NSz 1988, pp. 341 y 344 y ss.; ANABELA RODRIGUES, *Comentário Conimbricense*, anot. artículo

admisible. En este escenario, el *free-rider* sería aquel que pretende continuar beneficiándose de un medio ambiente saludable pero que al mismo tiempo admite sobrepasar esos valores-límite en provecho propio, o sea, no prescinde del beneficio que el bien puede derivarle, pero rechaza contribuir a su mantenimiento. De este modo, el reproche que se le dirige no se basa en la negación del debido reconocimiento a otro u otros participantes en la interacción social, sino en la asunción egoísta de la disfuncionalidad producida por la infracción de la norma jurídica.

Una vez expuesta la forma a mi modo de ver correcta de relacionar las dos fundamentaciones que, siguiendo a la mejor doctrina, sirven de base a la figura de la acumulación, hemos de retomar las cuestiones centrales de este trabajo. ¿Ofrecen las consideraciones anteriores argumentos suficientes para justificar la intervención del Derecho penal en el ámbito de la acumulación? ¿Es legítima la creación de delitos cumulativos a la luz de los criterios de justificación del Derecho penal?

### III. VALIDEZ Y FUNCIONES DEL DERECHO PENAL EN LAS SOCIEDADES MODERNAS

#### 1. Derecho penal y teoría de la sociedad

El discurso jurídico-penal actual refleja la confrontación entre dos modelos de Derecho penal (43), que a su vez se corresponden con dos concepciones distintas de la sociedad contemporánea y de las funciones que en ella desempeña el Derecho penal. Desde esta premisa, encontramos tanto concepciones que radicalizan uno de los dos modelos, adoptándolo con carácter exclusivo, como otras que intentan su armonización o integración. Pero incluso éstas no dejan de traslucir la prioridad de un modelo sobre otro (44), lo que refuerza el interés en su exposición y comprensión. Procuraremos aquí reconstruirlos en sus trazos esenciales, denominando uno de ellos como Derecho penal del reconocimiento recíproco, por asentarse en una legitimación de base

---

lo 279, § 40; SOUSA MENDES, *Vale a pena o Direito Penal do ambiente?*, AAFDL, Lisboa, 2000, pp. 131 e ss.

(43) Cfr. ALCÁZER GUIRAO, *ADPCP* 1999, pp. 183 y ss.; *ADPCP* 2001, pp. 152-153.

(44) Elocuente a este respecto es el trabajo de MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, Peter Lang, Frankfurt, 1994. Después de separar la descripción funcional del sistema social y de su subsistema penal de la reconstrucción normativa de la legitimidad de las normas penales, el autor hace prevalecer la primera perspectiva subordinando la norma de comportamiento y sus consecuencias a la norma de sanción y los fines de la pena.

intersubjetiva, y el otro como Derecho penal sistémico, por privilegiar la preservación y estabilización del organismo o de la totalidad social. El primero vincula el Derecho penal a la sociedad contemplada como mundo de la vida de los sujetos, a su experiencia social normativa (45). El segundo conforma el Derecho penal dentro de una sociedad concebida como sistema, normativamente cerrado y cognitivamente abierto, que reduce su complejidad interna a través de la diferenciación en subsistemas que preservan sus límites contra un entorno con el cual están en permanente relación y del que forma parte el individuo. El primero subordina la intervención penal a un discurso de validez, esto es, a estructuras práctico-éticas que remiten a un consenso de los sujetos participantes y que, a través de procesos de institucionalización, regulan la respectiva interacción. El segundo privilegia un discurso funcional (46), totalmente alejado de la perspectiva del participante y basado primordialmente en el análisis de funciones sociales objetivas de la pena y de la norma (47). En consecuencia, el primero configura el ilícito

---

(45) Sobre el concepto de mundo de la vida, originario de la fenomenología de Husserl, y desarrollado por el movimiento fenomenológico posterior, especialmente en vinculación con la hermenéutica y la teoría social, *vid.* HUSSERL, «Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die transzendente Phänomenologie», en *Husserliana*, Tomo VI (editor Walter Biemel), M. Nijhoff, Haag, 1954, *passim*; GADAMER, «The science of the life-world», en *Philosophical Hermeneutics*, Univ. of California Press, Berkeley-London, 1977, pp. 182 y ss.; HABERMAS, *Nachmetaphysisches Denken*, pp. 87 y ss.; *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 2.<sup>a</sup> ed., Suhrkamp, Frankfurt, 1992, pp. 37 y ss.; WALDENFELS, *In den Netzen der Lebenswelt*, 2.<sup>a</sup> ed., Suhrkamp, Frankfurt, 1994, pp. 129 y ss.; GÓMEZ-HERAS, *Ética y hermenéutica: ensayo sobre la construcción moral del «mundo de la vida cotidiana»*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000, *passim*.

(46) Defiende la mayor relevancia de un discurso de esta naturaleza JAKOBS, «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischen' Prinzipienendenken», *ZStW* 107 (1995), p. 853.

(47) Acerca de las funciones de la pena, *vid.* la orientación reciente de JAKOBS en «Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor der Herausforderungen der Gegenwart», en: Eser/Hassemer/Burkhardt (compiladores), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft*, p. 50, quien, basándose en la distinción funcionalista entre funciones manifiestas y latentes (sobre dicha distinción *vid.* LUHMANN, *Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp, Frankfurt, 1984, p. 89; VOSS, *Symbolische Gesetzgebung: Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten*, Gremer, Ebelsbach, 1989, pp. 60 y ss.), afirma que la función manifiesta de la pena, consistente en la confirmación de la identidad social puesta en duda por el delito, no excluye el cumplimiento de funciones latentes o preventivas de la pena, tales como la orientación a la motivación por la norma (prevención general positiva) la intimidación (prevención general negativa), «y algunas otras». Jakobs aclara que no se trata de una jerarquización de los fines de la pena, sino de un diferente plano de sus funciones: funciones simbólicas o comunicativas y funciones empíricas o cognitivas, orientada cada una de ellas a un universo de destinatarios.

penal como negación insoportable del recíproco reconocimiento o, en términos más concretos, como afectación grave de los bienes jurídicos y de las normas de comportamiento que expresan ese reconocimiento, mientras que el segundo lo concibe como violación de la norma jurídico-penal, contemplada, no –o no tanto– como norma de comportamiento (mandato o prohibición), sino como normativa expectativa generalizada, que es defraudada por la conducta contraria y cuya estabilización contrafáctica es asegurada a través de la pena. Así, el primer modelo subordina el ilícito penal a la ofensa de bienes jurídicos dotados de un referente personal (determinado o difuso) y a un concepto de daño entendido como disminución del valor de un bien para su titular, confiriéndole una clara dimensión ética, mientras el segundo identifica el hecho punible como una grave perturbación de expectativas normativas que garanticen el subsistema jurídico-penal en el sistema social y, por tanto, como un «quid» valorativamente aséptico. Por otro lado, el primer modelo preconiza una estructura de imputación individual, sin ignorar el mundo de la vida del autor, y apoyada en los principios de proporcionalidad, de lesividad y de culpabilidad, mientras el segundo, en obediencia a necesidades de integración sistémica, promueve una flexibilización de aquellas estructuras y de estos principios, propugnando formas de responsabilidad objetiva, cuasiobjetiva (centrada en una previsibilidad potencial) y vicarial, en la cual se incluye precisamente la imputación basada en la acumulación de acciones similares de terceros (48).

De Anselm Feuerbach a Jakobs y Hassemer, pasando por Max Ernst Mayer y Welzel, se mantiene la idea de que el Derecho penal, entendido como ordenamiento normativo o como ciencia que lo estudia, está ligado a la realidad social, comprendida ésta como realidad de sentido. Si, con Habermas, concebimos la sociedad moderna como mundo de la vida y como sistema (49), tenemos que negar carácter homogéneo a esa realidad de sentido, y distinguir entre un sentido objetivo que resulta del intercambio de información entre el sistema social y su entorno y de la comunicación intrasistémica cifrada en có-

---

(48) Sobre este punto, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 28; ALCÁCER GUIRAO, *ADPCP* 2001, p. 153.

(49) *Vid.* HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, II, p. 179, donde afirma que «ya se parta con Mead del concepto fundamental de interacción social o con Durkheim del concepto fundamental de representación colectiva, en ambos casos la sociedad es concebida desde la perspectiva de los sujetos participantes como mundo de la vida de un grupo social. Desde otro prisma, la sociedad puede ser concebida a partir de la perspectiva de un observador no participante como un sistema de acciones, a las cuales les es atribuido un valor funcional de acuerdo con su contribución para la preservación del sistema»; *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Suhrkamp, Frankfurt, 1990 («Vorwort zur Neuauflage 1990»), pp. 35 y ss.

digos (binarios), y un sentido intersubjetivo establecido por la comunicación entre los sujetos que parten de una experiencia normativa común con base en la cual procuran llegar a marcos de entendimiento y a organizar su convivencia cotidiana. Mientras la sociedad vista como sistema aparece como una gran maquinaria compleja constituida con diversos engranajes que adquieren autonomía a partir de códigos propios y contribuyen, cada cual a su modo, al funcionamiento global, la sociedad concebida como mundo de la vida es indisoluble de la experiencia normativa de los sujetos, constituida por la participación en la discusión y elección de los valores y normas que conforman la gramática de la vida comunitaria. Por ello, mientras aquella perspectiva se centra en la funcionalidad objetiva de los mecanismos sistémicos, esta última privilegia la actividad con sentido normativo de los sujetos que se autocomprenden como libres, iguales y capaces de imputación (50), y aspiran a cooperar en el establecimiento de las bases de la convivencia, y en particular en la protección de objetos valorativos (derechos, bienes) que expresan e institucionalizan las relaciones de reconocimiento intersubjetivo, y en la definición de los principios y criterios que presiden la atribución de responsabilidad por la ofensa respectiva. A diferencia del sistema, el mundo de la vida posibilita la apertura a la normatividad práctico-ética y a una hermenéutica de las estructuras de reconocimiento recíproco que la integran.

Sin tener que cerrarse a la perspectiva sistémica y a consideraciones de funcionalidad, el Derecho penal moderno no puede prescindir de una teoría de la validez (51) de sus formas de intervención, ya se

---

(50) Sobre el concepto de persona bajo el presupuesto de los procesos democráticos y la importancia que en él asume la capacidad de imputación, *vid.* GÜNTHER, «Welchen Personenbegriff braucht die Diskurstheorie des Rechts?», en: Brunthorst/Niesen (editores), *Das Recht der Republik*, Suhrkamp, Frankfurt, 1999, pp. 84 y ss.; defiende un concepto intersubjetivo de persona que conserva la base individual y evita ser reducido a construcción del sistema social, KARGL, «Das Recht der Gesellschaft oder das Recht der Subjekte?: Anmerkungen zu den Rechtsphilosophischen Vorüberlegungen von Günther Jakobs», *GA* 1999, pp. 53 y ss.

(51) Por validez entiendo aquí, como puede inferirse, lo mismo que legitimidad o validez ética. Sigo en este punto la posición de Alexy, según la cual la noción validez jurídica puede revestir tres significados: validez sociológica, que es lo mismo que decir eficacia o vigencia social; validez jurídica en sentido estricto, que se centra en la comprobación de si un acto jurídico fue dictado por un órgano competente, de acuerdo con un procedimiento previsto y no quebranta normas de grado superior; y validez ética, que apela a la idea de legitimidad o justicia. Cfr. ALEXY, *Begriff und Geltung des Rechts*, Karl Alber, Freiburg-München, 1992, pp. 139 y ss. El concepto de validez jurídico-penal alude, por tanto, a las condiciones de justicia o legitimidad de la intervención penal, es decir, a la fundamentación de ésta según criterios de razón práctico-ética.

trate de la creación de tipos incriminadores, ya de la conminación y aplicación de penas, ya, a otro nivel, de la determinación de las estructuras o categorías nucleares que componen el sistema de imputación jurídico-penal. La ausencia de una teoría de validez abandona el Derecho penal a la funcionalización y la administrativización, por un lado, y a la flexibilización de las estructuras de imputación (52) y a la lógica del Derecho penal del enemigo (53), por otro. Afirmaciones como la de que el Derecho penal sirve a la autopreservación del sistema social a través del refuerzo sancionatorio de expectativas normativas contingentes que lo componen (54), lo mismo que la –más común– de que el fin del Derecho penal es la protección subsidiaria de los bienes jurídicos, no impiden, sino que, por sí mismas, antes confirman aquellas distorsiones de un modelo democrático de Derecho penal. Una y otra nada dicen acerca de cuáles han de ser las normas que merecen estabilización contrafáctica y de cuáles han de ser los bienes jurídico-penales dignos de protección subsidiaria. Normas y bienes jurídicos son conceptos manipulables, como muestra la multiplicidad de significados con que son empleados en la doctrina (55),

---

(52) Sobre estos (y otros) síntomas de degeneración del Derecho penal moderno, cfr. HASSEMER, «Symbolische Strafrecht und Rechtsgüterschutz», *NSiZ* 1989, pp. 554 y ss.; «Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts», *ZRP* 1992, pp. 380 y ss.; VORMBAUM, «Politisches Strafrecht», *ZStW* 107 (1995), pp. 737 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, pp. 99 y ss.

(53) Sobre el Derecho penal del enemigo, aceptándolo resignadamente, JAKOBS, «Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft», pp. 51 y ss. *Vid.* también SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, pp. 163 y ss.

(54) En este sentido, *vid.* JAKOBS, *ZStW* 107 (1995), pp. 844 y 849.

(55) Sobre la pluralidad de significados con que se emplea la noción de bien jurídico, *vid.* STRATENWERTH, «Zum Begriff des “Rechtsgutes”», *Festschrift für Lenckner zum 70. Geburtstag*, Beck, München, 1998, pp. 378 y ss. Sobre la definición de la norma como deber ser de la dirección de conductas y/o como expectativa normativa institucionalizada, *vid.* LUHMANN, *Ausdifferenzierung des Rechts*, Suhrkamp, Frankfurt, 1981, pp. 73 y ss.; LESCH, *Der Verbrechensbegriff – Grundlinien einer funktionalen Revision*, Carl Heymanns, Köln-München, 1999, pp. 184 y ss.; MÜLLER-TUCKFELD, *Integrations- prävention: Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts*, Peter Lang, Frankfurt-Wien, 1998, p. 64; SILVA DIAS, «O retorno ao sincretismo dogmático: uma recensão a Heiko Lesch, *Der Verbrechensbegriff – Grundlinien einer funktionalen Revision*, ed. Carl Heymanns, Köln-München, 1999», *RPCC* 11 (2001), pp. 326 y 332 y ss. Sobre la caracterización de las normas como normas de comportamiento y como normas de sanción, *vid.* KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, Klostermann, Frankfurt, 1989, pp. 336 y ss. y 349 y ss.; «Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto», en: *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo: Jornadas en honor del Prof. Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, p. 442 nota 1; OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, AT, § 5 núm. 27; RUDOLPHI, «Der Zweck staatlichen Strafrechts und die strafrechtlichen Zurechnungsformen», en: Schünemann (compilador), *Grundfragen des modernen Strafrechts-*

y la reducción de posibilidad de manipulación sólo se alcanza, a mi entender, interpretándolos a la luz de una teoría de la validez jurídico-penal. En nuestro mundo de la vida social esta teoría de la validez habrá de ser indisociable de un «ethos» democrático y de una noción que a su vez estructura éste: el del reconocimiento recíproco.

## 2. Validez jurídico-penal y reconocimiento intersubjetivo

El reconocimiento recíproco es un concepto clave para concebir las sociedades modernas y los fundamentos de su respectivo ordenamiento jurídico. Heredero de la idea de respeto que marca la ética kantiana, es con Fichte y Hegel (sobre todo con el joven Hegel del período de Jena) con quienes la noción de reconocimiento gana solidez como tema de filosofía práctica. El primero le atribuye una dimensión intersubjetiva (56) y un papel fundador del ordenamiento jurídico de la comunidad: la relación jurídica es concebida como relación de reconocimiento y la validez de la intervención penal es contempla-

---

*systems*, Gruyter, Berlin-New York, 1984, pp. 71, 75 y ss. y 78 y ss.; MÜSSIG, *Schutz abstrakter Rechtsgüter*, p. 141; HAFFKE, «El significado de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción para la imputación jurídico-penal», en: Schünemann/Figueiredo Dias (coords.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal: libro-homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, 1995, pp. 129 y ss. En relación con la discusión sobre el significado de las normas de determinación y normas de valoración, vid. MEZGER, *Lehrbuch des Strafrechts*, AT, 3.<sup>a</sup> ed., Duncker & Humblot, Berlin-München, 1950, §19, I (pp. 163 y ss.); ENGISCH, *Introdução ao pensamento jurídico*, 3.<sup>a</sup> ed., Gulbenkian, Lisboa, 1977, pp. 46 y ss.; EDUARDO CORREIA, *Unidade e pluralidade de infracções*, Almedina, Coimbra, 1983, p. 93; FIGUEIREDO DIAS, *O problema da consciência da ilicitude em Direito Penal*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, 1978, pp. 129 y ss.; VOSS, *Symbolische Gesetzgebung*, p. 44; KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, p. 143; SCHÜNEMANN, «Einführung in das strafrechtliche Systemdenken», en: Schünemann (compilador), *Grundfragen*, pp. 61 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 334 y ss.; GARCÍA-PABLOS, *Derecho penal: introducción*, FDUC, Madrid, 2000, pp. 272 y ss.

(56) Vid. *Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre*, en Fichtes Werke, III, de Gruyter, Berlin, 1971, especialmente, pp. 39 y ss., 52 y ss., 85 y ss. y 260 y ss.; Vid. además sobre el reconocimiento recíproco en Fichte, TUGENDHAT, *Vorlesungen über Ethik*, Suhrkamp, Frankfurt, 1993, p. 276; HABERMAS, *Nachmetaphysisches Denken*, pp. 198 y ss., afirmando que la filosofía de Fichte, partiendo del «círculo de la filosofía de la conciencia», contiene ya el germen de una filosofía de la intersubjetividad; HONNETH, *Unsichtbarkeit: Stationen einer Theorie der Intersubjektivität*, Suhrkamp, Frankfurt, 2003, pp. 28 y ss., subrayando la importancia de la teoría fichteana de la exhortación a libertad por el otro como condición de la constitución dialéctica de la auto-conciencia; PUNZI, *Il dominio della comunicazione e la comunità assente: riflessioni filosofico-giuridiche su Adorno e Fichte*, Giappichelli, Torino, 1998, pp. 76 y ss.

da en este contexto (57). Hegel, por su parte, otorga al reconocimiento una dimensión histórica y construye a través de la noción una gramática de los procesos y de los conflictos sociales, incluido el delito, que es analizado a la luz del binomio negación/lucha por el reconocimiento (58). En ambas formulaciones filosóficas, el reconocimiento recíproco señala, en el campo de la teoría moral, el fin de las filosofías del sujeto y la irrupción de las filosofías (no metafísicas) de la intersubjetividad. En nuestros días, autores tan importantes como Charles Taylor (59), y Axel Honeth (60) han dado continuidad a esta orientación, haciendo de la comprensión de las estructuras de reconocimiento, de la negación del reconocimiento y de la lucha por su obtención, la piedra angular de una teoría de la justicia ajustada a las sociedades modernas. Estas contribuciones teóricas han desarrollado y actualizado las líneas de continuidad entre las estructuras normativas de reconocimiento y las experiencias sociales de desprecio o vulneración de respeto. Por su parte, penalistas como Zaczyk (61), Frisch (62) o Seelmann (63) han debatido y profundizado en sus implicaciones para el ámbito de la fundamentación y configuración del hecho punible y el de las estructuras nucleares de imputación.

Desde esta línea, considero que en las sociedades contemporáneas –sociedades post-industriales y de riesgo, pero también democráti-

---

(57) Sobre la cuestión relativa a la justificación del Derecho penal en el pensamiento de Fichte, *vid.* especialmente ZACZYK, *Das Strafrecht in der Rechtslehre J.G. Fichtes*, Duncker & Humblot, Berlín, 1989, pp. 90 y ss.

(58) *Vid.* HEGEL, *O sistema da vida ética*, Edições 70, 1991, pp. 43 y ss. y 83 y ss. Sobre la relación entre el delito y la negación del reconocimiento en el llamado período de Jena de Hegel, *vid.* HONNETH, *Kampf um Anerkennung: zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte*, Suhrkamp, Frankfurt, 1992, p. 36 y ss.; SEELMANN, «Wechselseitige Anerkennung und Unrecht: Strafe als Postulat der Gerechtigkeit?», *ARSP* 79 (1993), pp. 228 y ss. Sobre el problema del reconocimiento en *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, puede verse SCHILD, «Anerkennung als Thema in Hegels "Grundlinien der Philosophie des Rechts"», en: Schild (compilador), *Anerkennung*, Königshausen & Neumann, Würzburg, 2000, pp. 37 y ss.; HONNETH, *Leiden an Unbestimmtheit*, Reclam, Stuttgart, 2001, en especial, pp. 79 y ss.

(59) *Vid.* «The politics of recognition», en Gutmann (editor), *Multiculturalism and «the politics of recognition»*, Princeton Univ. Press, Princeton-New Jersey, 1992, pp. 25 y ss.

(60) *Vid.* *Kampf um Anerkennung, passim; Das Andere der Gerechtigkeit: Aufsätze zur praktischen Philosophie*, Suhrkamp, Frankfurt, 2000, pp. 88 y ss. y pp. 171 y ss.

(61) *Vid.* especialmente *Das Unrecht der versuchten Tat*, Duncker & Humblot, Berlin, 1989, pp. 165 y ss.

(62) *Vid.* «Straftat und Straftatsystem», in Wolter/Freund (compiladores), *Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamte Strafrechtssystem*, C. F. Müller, Heidelberg, 1996, pp. 145 y ss.

(63) *Vid.* *Wechselseitige Anerkennung und Unrecht*, p. 232 y ss.

cas— la validez jurídico-penal permanece internamente ligada al presupuesto normativo estructurante de nuestro mundo de la vida que es el reconocimiento intersubjetivo. Éste conforma dicha validez desde dos frentes. Por un lado, en la justificación de la intervención penal y, por extensión, en la definición material del hecho punible. Por otro, en la construcción de los principios que formalizan y limitan aquella intervención. Veamos sucintamente cada uno de los dos aspectos. En lo que al primero respecta, el punto de partida viene constituido por la simple deducción de que siendo las estructuras normativas que establecen e institucionalizan el reconocimiento en las relaciones sociales decisivas para la preservación de la interacción comunicativa cotidiana y para la realización de las personas en ella, y estando dichas estructuras permanentemente expuestas a amenazas, algunas de las cuales poseen un elevado grado de lesividad y son susceptibles de producir una considerable desagregación social, se revela necesario reforzar su protección a través de los medios sancionatorios más severos de que dispone la comunidad: las penas, a la cabeza de las cuales figura la privación de libertad. Función social del Derecho penal es, pues, la tutela de las estructuras normativas de reconocimiento recíproco, que merecen la calificación de bienes jurídicos fundamentales de la comunidad, frente a formas insoportables de agresión. Vinculados al reconocimiento intersubjetivo, estos bienes jurídicos, sean individuales o supraindividuales en relación a su titularidad, no pueden dejar de poseer un referente personal. Del mismo modo que el reconocimiento es el mecanismo constitutivo y regulador de las relaciones entre los sujetos, sean éstas directas o indirectas (64), los bienes jurídicos que integran y dan solidez institucional al orden de reconocimiento son bienes de las personas, que expresan sus necesidades básicas en la interacción cotidiana y poseen, por ello, un elevado va-

---

(64) Ciertamente, me refiero a las relaciones comunicativas entre sujetos libres y responsables, no a las relaciones anónimas como las relaciones sociales dirigidas por mecanismos sistémicos. En los contactos sociales indirectos el sujeto es el «cada uno» de que habla RICOEUR en *Le juste*, Éditions Esprit, Paris, 1995, p. 37, un «pronombre impersonal pero no anónimo». El «cada uno», o «contemporáneo», es «gente viva real», alguien indeterminado pero de «carne y hueso», mientras el anónimo es una pura abstracción y su papel social una mera construcción. A través de esta diferenciación se evita o, al menos, se reduce la posibilidad de confusión entre sujetos que interactúan y los papeles sociales o los entes colectivos abstractos, como el orden público, la economía o la nación, a los cuales se llega por un aumento exponencial del grado de anonimato. Esta diferencia tiene importantes consecuencias dogmáticas en el nivel de la determinación de los conceptos de víctima, de daño y de bien jurídico-penal. Una utilización de la distinción entre relaciones intersubjetivas directas e indirectas en la doctrina penal, y centrada en la constitución de los bienes jurídicos puede verse en ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, pp. 170 y ss.

lor ético-práctico. Y a la atribución de ese valor no son ajenas las amenazas que en cada momento histórico representa la acción humana. El aumento de poder de la acción humana a que asistimos en las sociedades occidentales de nuestros días, que resulta de un progreso combinado de ciencia y técnica dirigido por la razón instrumental (65), es responsable, en parte, no sólo del surgimiento de nuevas amenazas contra bienes «clásicos» ya institucionalizados social y jurídicamente, sino también de la irrupción de nuevas necesidades humanas y de nuevos bienes, que poco a poco van adquiriendo autonomía, sedimentación social y mayor nitidez en sus contornos.

El hecho punible se caracteriza, en buena medida, por constituir una afección grave a esos bienes jurídicos, la cual, a su vez, consiste, como ya dijimos, en una disminución del valor de tales bienes para su titular o titulares. En otras palabras, podemos afirmar en este sentido un daño cuando la conducta produce una modificación a peor de la situación jurídico-social de las personas. Ese daño penal originario (66) surge allí donde es afectada la relación entre un bien y su titular o titulares, lo que puede darse, empleando nociones comúnmente usadas en la doctrina, tanto en las situaciones de puesta en peligro [incluido el peligro abstracto, pero no el peligro presunto (67)], como en las situaciones de lesión. Presupuesto del daño es, así, la existencia de una relación de disfrute entre personas y objetos a los que aquéllas atribuyen un valor relevante. La limitación o privación de esta relación —que constituye el substrato real del bien jurídico— erige un obstáculo en las posibilidades de realización individual y social de las personas, que de este modo ven negado su debido reconocimiento. En última instancia, el injusto penal tiene frente a alguien un significado de negación del reconocimiento que ese alguien y la comunidad a la

---

(65) Vid. sobre esta combinación y su relevancia en la crisis de las sociedades postindustriales ANSELMO BORGES, *O crime económico*, pp. 18 y ss.; HÖSLE, *Philosophie der ökologischen Krise*, Beck, München, 1991, pp. 43 y ss.

(66) En la tradición de la teoría liberal del daño derivado del delito, caracterizo este daño como un daño inmediato, entendido como menosprecio comunicativo expreso en el atentado a un bien jurídico, y lo diferencio del daño mediato, concebido como la perturbación o desestructuración del orden social entendido como orden de reconocimiento. Este último constituye, en última instancia, una proyección simbólica del daño inmediato en la vida comunitaria. Sobre la distinción entre daño inmediato o sensible y daño mediato, reflejo o moral del delito, vid. CARRARA, *Programma del Corso di Diritto Criminale*, ed. Il Mulino, Bologna, 1993, § s. 102 y ss., 187 y ss. y 540 y ss., quien, no obstante, califica como daño típicamente jurídico-penal al daño mediato y atribuye al inmediato consecuencias meramente civiles.

(67) Sobre la diferencia entre peligro abstracto y peligro presunto, vid. SILVA DIAS, «Entre “comes e bebes”: debate de algumas questões polémicas no âmbito da protecção jurídico-penal do consumidor», in *RPCC* 8 (1998) pp. 524 y ss.

que pertenece esperan que sea prestado. Por último, para que tal injusto sea reprochable personalmente a su autor y le pueda ser imputado a título de culpabilidad, es necesario que a su realización pueda serle atribuido un sentido de deslealtad comunicativa (68).

Como acabo de defender, la intervención penal sólo adquiere razón de ser cuando un determinado hecho merece ser calificado, en un cierto mundo de la vida, como una negación de reconocimiento intersubjetivo y su comisión puede ser vista como expresión de una deslealtad comunicativa. Sólo entonces puede la comunidad racionalmente permitir que el autor de ese hecho sea privado de un bien tan esencial como la libertad. En este sentido, la validez jurídico-penal depende también de los límites de atribución de responsabilidad. Principios tan esenciales como el de proporcionalidad, de lesividad o de culpabilidad, que se asientan en la base del orden jurídico-constitucional portugués, poseen en esta materia un importante campo de aplicación. El artículo 18.2 de la Constitución portuguesa acoge los dos primeros. Para lo que ahora nos interesa, podemos extraer del precepto dos enunciados esenciales. De una parte, sólo es legítima la restricción de derechos, libertades y garantías cuando los bienes o intereses a salvaguardar tengan rango constitucional. De otra parte, dicha restricción ha de ser necesaria para esa salvaguarda, teniendo esta exigencia un doble significado: los valores que se protegen deben pertenecer al mismo orden de importancia que los valores que se restringen, por un lado; y debe poderse concluir que no existen otros medios de tutela disponibles menos restrictivos de derechos y libertades, por otro.

Para el ámbito de criminalización se derivan las limitaciones siguientes. En primer lugar, y teniendo en cuenta que el Derecho penal actual se centra fundamentalmente en la privación de libertad (69), la creación de tipos incriminadores y la conminación con la pena sólo es constitucionalmente legítima cuando se trata de proteger bienes jurídicos de la misma naturaleza, esto es, bienes jurídicos dotados de referente personal, sea individual (vida, integridad física, etc.) o difuso (medio ambiente saludable, calidad de los bienes de consumo, etc.) (70). En segundo lugar, y considerando que la privación de

---

(68) Sobre el sentido y alcance de la deslealtad comunicativa como fundamento del reproche de culpabilidad, *vid.* KINDHÄUSER, «Rechtstreue als Schuld-kategorie», in *ZStW* 107 (1995), especialmente pp. 725 y ss.

(69) En este sentido, *cfr.* FRISCH, *Straftat und Straftatsystem*, pp. 148 y ss., subrayando que tras toda pena está presente, en última instancia, una afección de la libertad.

(70) Así, PADOVANI, *Diritto Penale*, 6.<sup>a</sup> ed., ed. Giuffrè, Milano, 2002, p. 79; FIANDACA, «Controllo di razionalità e legislazione penale», en: *Il Diritto Penale tra legge e giudice*, Cedam, Padova, 2002, p. 99.

libertad conlleva la restricción de un bien jurídico fundamental, la medida de esa restricción debe corresponder a la medida de la ofensa al bien jurídico tutelado. Quiere esto decir que no es constitucionalmente legítimo conminar con la privación de libertad, amenazar con tal consecuencia jurídica, si no fuera perceptible socialmente la lesividad (inmediata) del comportamiento, esto es, si no contara el tipo inculpativo con elementos que, a través de su interpretación, permitan concluir que el comportamiento en cuestión representa, de un modo u otro, una disminución del valor del bien para su titular. Sin un menoscabo o un daño a un bien jurídico dotado de un referente personal, no sólo decae el presupuesto para amenazar con la restricción del bien jurídico personal que es la libertad, sino que además falta uno de los términos de la comparación para determinar la medida de esa restricción (71). En esta aplicación del principio de proporcionalidad reside un fundamento correcto del principio de lesividad. Finalmente, el precepto constitucional impone además al legislador penal que analice todos los medios de control social de comportamientos lesivos disponibles antes de echar mano de la pena de privación de libertad (principio de necesidad de pena o de *ultima ratio* de Derecho penal). En estas consideraciones entran ponderaciones de utilidad y de eficacia de las penas (72); y desde la comprobación de dichos presupuestos, si se concluye que existe un medio de reacción tan o más eficaz que el medio penal y menos oneroso para los derechos y libertades, el legislador no debe recurrir a la pena.

---

(71) En este sentido, FRISCH, *Straftat und Straftatsystem*, pp. 148 y ss. Este autor sostiene que «dado que la pena opera como una agresión relevante en los planos de la vida y de la realización del individuo, sólo puede ser considerado como hecho punible algo que aparezca como expresión de un no reconocimiento de condiciones esenciales de la vida y de la realización personal y, en esa medida, posea cierta relevancia lesiva. El no reconocimiento, traducido en el sacrificio o en la coacción de determinados derechos del autor, sólo puede legitimarse cuando el autor ha negado asimismo el reconocimiento de los derechos de otro de forma comparable y, de ese modo, ha negado a la víctima su reconocimiento como sujeto de Derecho». Frisch concreta un poco más su pensamiento resaltando que «si con la pena tiene lugar siempre un menoscabo de la libertad (...), entonces sólo puede aparecer como hecho punible una conducta que exprese un no reconocimiento de la libertad de otro o de un bien jurídico equiparable y que afecta a estos bienes de modo comparable a como lo hace la pena, privativa de libertad, en última instancia». De ello llega Frisch a la conclusión –a la cual me adhiero sin reservas– de que deben ser apartados de la tutela penal intereses relacionados con la «capacidad funcional de determinados subsistemas» (*op. cit.*, p. 150).

(72) Sobre la racionalidad utilitarista como orientación las consecuencias, y, en particular, sobre la relación de dicha racionalidad con el análisis (empírico) de los costes y beneficios de la pena, *vid.* ALCÁZER GUIRAO, *ADPCP* 1999, pp. 178 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, «Eficiencia y Derecho penal», *ADPCP* 1996, pp. 93 y ss.

El principio de culpabilidad, por su parte, según el cual no hay pena sin culpabilidad y la medida de la pena no debe sobrepasar la medida de la culpabilidad, se deriva del principio de la dignidad de la persona que figura en el artículo 1 de la Constitución portuguesa como pilar fundamental del Estado democrático (73). Reconocer en el agente alguien que es también un ciudadano libre significa, en este contexto, que está vedado dirigirle una censura y, en consecuencia aplicarle una pena que va más allá de la medida de su intervención personal en el hecho lesivo, esto es, la producción del desvalor constituido por la negación del reconocimiento debido a otros ciudadanos. Castigar al agente independientemente de su culpabilidad significaría tratarlo como un medio para la consecución de fines ajenos, meramente preventivos, y no como un fin, violando de ese modo su dignidad y, por extensión, su reconocimiento como persona (74).

La validez jurídico-penal, constituida por los fundamentos y límites del *ius puniendi* acabados de enunciar, constituye una barrera infranqueable a la creación de responsabilidad criminal fundada en la preservación de funciones sistémicas, en la prosecución de políticas de conducción social, en la necesidad de asegurar la vida de las generaciones futuras, etc. No porque se trate de finalidades ilegítimas o de tareas carentes de relevancia social, ni porque exista una especie de pureza penal clásica o liberal que imponga al Derecho penal el rechazo de esos cometidos, sino simplemente porque su consecución por medios penales quedaría fuera de ese marco de validez, lo que a su vez conllevaría consecuencias perversas e inaceptables. De una parte, la desvinculación del Derecho penal de la experiencia normativa de la comunidad, en particular de la experiencia de desvalor constituida por la negación del reconocimiento o, dicho más concretamente, de la experiencia intersubjetiva de daño. De otra, la estabilización o institucionalización de la resolución de conflictos y de problemas sociales a

---

(73) En este sentido, *vid.* en la doctrina y jurisprudencia portuguesas el *Acórdão do TC núm. 426/91*; FERNANDA PALMA, *Direito Penal, PG, AAFDL*, Lisboa, 1994, p. 62, para quien la culpa se deduce de la esencial dignidad humana y del derecho a la libertad (arts. 1 y 27 de la Constitución de Portugal). En las doctrinas constitucionales y penales alemanas *vid.* Maunz/Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, Bd. I, 7.ª ed., Beck, München, 1991, artículo 1, núms. 28 y 31 y ss.; OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, AT, §12 núms. 32 y 34.

(74) La dignidad humana tiene aquí un sentido kantiano de valor en sí, por oposición a un valor de cambio. Cfr. *Fundamentação da Metafísica dos costumes*, Atlântida, Coimbra, 1960, p. 76, donde se pone de manifiesto que «en el reino de los fines todo tiene un precio o una dignidad. Aquello que tiene un precio puede ser sustituido por algo equivalente, pero lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite nada equivalente, eso tiene una dignidad».

costa de la libertad de las personas. Ambas consecuencias terminarían por traducirse en una pérdida de legitimidad y de aceptación social de la intervención penal.

Dicho esto, falta responder a una última cuestión: ¿Respetaría la creación de delitos de acumulación dicho marco de validez? A mi entender, la respuesta ha de ser negativa. Veamos por qué.

### III. VALIDEZ JURÍDICO-PENAL Y ACUMULACIÓN: UNA RUPTURA ANUNCIADA

En lo que respecta a la correspondencia entre el delito acumulativo y la imagen del hecho punible que sirve de fundamento a la intervención penal, me parece claro que falta por completo. El delito cumulativo pretende conciliar el carácter individual de la responsabilidad criminal con un fundamento de imputación colectivo; mejor, con un fundamento asentado en los efectos probables de la acción colectiva. En sí misma considerada, cada acción singular carece de lesividad, no produce disminución alguna del valor de un bien para su titular, por lo que no afecta mínimamente a la vigencia de un objeto valorativo donde se encarna el reconocimiento recíproco (75). Quien orina en un río o quien lava la ropa en un lago con detergente «enemigo» del medio ambiente, puede contribuir, si un número considerable de otros individuos hiciera lo mismo, a la contaminación global de esas masas de aguas, pero la verdad es que su conducta, incluso cuando fuera reiteradamente practicada por el mismo sujeto, jamás produciría ese efecto. El disfrute (económico o lúdico) de esas aguas por parte de las personas interesadas en el mismo no se ve perjudicado y su vida no se ve modificada a peor (76). Careciendo de esa dimensión

---

(75) Es el mismo Kuhlen quien afirma que, en rigor, en los delitos de acumulación no se verifica un peligro abstracto, ya que, mientras que en éstos tiene que ser comprobada una aptitud abstracta de la acción para producir la lesión, como ocurre en la conducción en estado de embriaguez, en aquéllos basta comprobar la expectativa realista de que sin una prohibición respaldada con la sanción la acción sería realizada por un gran número de personas. *Vid.* ZStW 105 (1993), pp. 698 y 716, nota 93. Sobre la cuestión de la ausencia total de peligrosidad de la acción cumulativa y sus implicaciones, v. KINDHÄUSER, *Rechtstheoretische Grundfragen*, p. 976, nota 21.

(76) Otra cosa puede afirmarse, por ejemplo, en los casos de vertido en el mar del crudo de un petrolero o del vertido de una elevada cantidad de residuos orgánicos en un río. El problema es que los tipos como el artículo 279 del Código penal portugués, conformados a partir de la desobediencia administrativa y no en el resultado material de la contaminación, carecen de esa dimensión de lesividad y engloban, así,

de daño, falta la experiencia de ausencia de respeto, de negación de reconocimiento que sustenta el ilícito genuinamente penal. De este modo, para que cada una de estas conductas sea tenida como una infracción, obedeciendo a la lógica de las grandes cifras, es necesario recurrir a un modelo de violación de un deber basado en valores-límite, esto es, al modelo propio de un ilícito de desobediencia. Pero éste no encontraría resonancia en el fundamento de legitimidad penal.

Por otro lado, la contribución singular no revela la deslealtad comunicativa que justifica la censura de culpabilidad jurídico-penal. Ni siquiera a la actitud propia del *free-rider*, cuya problemática, como vimos, se entrecruza con la de la acumulación, puede atribuírsele, sin más, aquel tipo de censura. El *free-rider* es un egoísta racional que se substrahe al cumplimiento de prestaciones colectivas para maximizar su propio interés, aquel que por ejemplo beneficia el mantenimiento de la calidad de las aguas resultante de que la mayoría de las personas se abstengan de lavar la ropa en el río, y que el *free-rider* deja de cumplir para, por ejemplo, economizar gastos. Su motivación responde a la propia del *homo economicus*, que dirige su acción según los parámetros de una racionalidad instrumental. Así, actúa eligiendo los medios que le permitan aumentar los beneficios y disminuir los gastos, siendo más o menos indiferente al hecho de que otros respeten o no el bien colectivo. Que la mayoría lave la ropa en el río o que lo deje de hacer sacrificándose en aras de una mejor calidad del agua no hará que el *free-rider* modifique su pauta de actuación en tanto ello sirva a su interés. La conducta de terceros (del Estado o de otros individuos) sólo le es relevante en la medida en que interfiera en el cálculo de costes y beneficios. Siendo así, su motivación egoísta, por sí sola, no tiene un significado de deslealtad comunicativa. La reprochabilidad de su actividad individual sólo es comprensible como desobediencia, o mejor, como contrariedad a un deber jurídico regulador de las formas de utilización de cursos de agua, impuesto para la salvaguarda anticipada del bien colectivo.

Se deriva también de lo dicho la improcedencia de dos estrategias argumentativas dirigidas a la justificación de la pena en estos casos.

---

tanto conductas dañosas como inofensivas —una demostración (directa o indirecta)— de esta cuestión puede verse en FERNANDA PALMA, «Direito Penal do Ambiente — uma primeira abordagem», en: INA (editor), *Direito do Ambiente*, Lisboa, 1994, p. 444; «Novas formas de criminalidade: o problema do direito penal do ambiente», en: *Estudos comemorativos do 150.º aniversário do Tribunal da Boa-Hora*, ed. Ministério da Justiça, Lisboa, 1995, pp. 209 y ss.; SOUSA MENDES, *Vale a pena o Direito Penal do ambiente?*, pp. 146 e ss.; COSTA PINTO, «Sentido e limites da protecção penal do ambiente», *RPCC* 10 (2000) núm. 3, p. 382; ANABELA RODRIGUES, *Comentário Conimbricense*, anot. artículo 279, § 47.

Una considera que la pena puede funcionar como contra-estímulo a la actuación del *free-rider*, pues forzosamente la contabilizará como un costo de su actuación, siendo disuadido de actuar (77). Esta tesis es inaceptable, no sólo porque implica reconocer que la conminación y aplicación de las penas obedecen a una pura lógica de eficacia, o sea, a una «*Zweckrationalität*», desvinculada de la cobertura axiológica de una «*Wertrationalität*», sino también por motivos inherentes a la propia eficacia concreta de la pena (78). En el cómputo de costes y beneficios de la actuación, lo relevante, más allá del tipo de pena que se aplique, es la posibilidad de ser descubierto, y en el caso de infracción de normas que protegen bienes colectivos, dicha posibilidad, como el mismo Kuhlén admite, es considerablemente baja (79). La otra línea de argumentación se orienta en el sentido de conferir a la pena en este ámbito funciones promocionales, de inculcación de nuevos valores en la conciencia colectiva o, dicho de otra forma, de promoción de nuevas normas de comportamiento relacionadas con la protección del futuro (80). Esta concepción se enfrenta a dos tipos de objeciones. Por un lado, se apoya en la creencia, como mínimo discutible, de que la pena puede desempeñar una función pionera en la formación de la conciencia, una «*sittenbildenden Kraft*» (81). Por

---

(77) En este sentido, *vid.* KUHLEN, *ZStW* 105 (1993), p. 721, reconociendo que la eficacia de la prevención general negativa de la pena está circunscrita al modelo del *homo oeconomicus* y que hay espacio para la afirmación de una función de prevención general positiva en el ámbito de la protección de bienes colectivos, en particular del medio ambiente.

(78) Sobre la cuestión, criticando la prioridad o exclusividad de una racionalidad instrumental en la justificación de la pena, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal*, p. 93; ALCÁZER GUIRAO, *ADPCP* 1999, p. 185.

(79) *ZStW* 105 (1993), p. 721, nota 117, y p. 725.

(80) Abiertamente en este sentido, STRATENWERTH, *Strafrecht, AT*, 4.<sup>a</sup> ed., Ed. Carl Heymanns, Köln-München, 2000, § 2 núm. 3, para quien «si el Derecho penal está llamado a reaccionar de forma diferenciada ante la evolución global de la sociedad, debe entonces poder asumir una función pionera [*«Schrittmacherfunktionen»*], a la hora de combatir las nuevas amenazas de importantes bienes esenciales a través del refuerzo de nuevas normas de comportamiento, por ejemplo en el ámbito del medio ambiente o la tecnología genética».

(81) Para un planteamiento acerca de la aceptabilidad de esa función pionera o de vanguardia en la formación pedagógico-social de la ciudadanía por parte del Derecho penal, *vid.* PALIERO, «*Minima non curat praetor*»: *hipertrofia del Diritto Penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Cedam, Padova, 1985, pp. 123 y ss.; PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 148 y ss., refiriéndose (críticamente) a la función promocional de las normas penales; CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, vol. I, Cedam, Padova, 1988, pp. 383 y ss.; CADOPPI/VENEZIANI, *Elementi di Diritto Penale*, PG, Cedam, Padova, 2002, p. 88; MARINUCCI/DOLCINI, *Corso di Diritto Penale*, 1, 3.<sup>a</sup> ed., Giuffrè, Milano, 2001, pp. 422 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal*, pp. 300 y ss.;

otro lado, ello implica una forma inadmisibles de moralismo jurídico. Moralismo jurídico porque confiere al Derecho penal y, en particular, a la pena la función de crear censuras morales donde no existen previamente. Inadmisibles porque pretende que esa función sea realizada precisamente a través de sanciones más restrictivas de derechos y libertades que las sociedades poseen, desatendiendo de esta forma los límites que el Estado de Derecho impone a la intervención penal.

Si la figura del delito cumulativo es inaceptable en relación al fundamento de la intervención penal, como vimos, a idéntica conclusión hemos de llegar si lo enfrentamos a los principios limitadores de dicha intervención. Desde luego, no respeta el principio de ofensividad, pues, por las razones antedichas, la contribución individual es incapaz de afectar al bien jurídico. Sólo la suma de otras contribuciones puede producir ese efecto. La punición de la acción cumulativa tiene por base, por tanto, su disfuncionalidad como perturbación del entorno o del ámbito previo del bien jurídico. Esa disfuncionalidad constituye la exteriorización social de una dimensión interna, relativa al Derecho, que es la infracción de un deber de ordenación. Todo ello apunta hacia una similitud estructural entre el delito cumulativo y la infracción administrativa (82). En segundo lugar, también es vulnerado el principio de proporcionalidad, en tanto la conminación de la privación de libertad como sanción por la realización de una conducta inocua para un bien jurídico constituye, sin duda, una opción incompatible con la prohibición de exceso (83).

Por último, la punición del delito cumulativo choca con el principio de culpabilidad. Ya vimos que la actitud propia del *free-rider* no cumple, ni siquiera de forma aproximada, el fundamento del reproche de culpabilidad del Derecho penal. No cabe, en este sentido, dirigir un reproche al agente por su propio acto, sino que éste tiene que ser buscado necesariamente en otro aspecto, y dado que, en un Derecho penal del acto, la culpabilidad debe tener como presupuesto y límite el acto lesivo, sólo puede fundarse precisamente en un momento en que es posible diagnosticar en el proceso cumulativo un mínimo de

---

GARCÍA-PABLOS, *Derecho penal: introducción*, pp. 90 y ss.; FIGUEIREDO DIAS/COSTA ANDRADE, *Direito Penal: questões fundamentais (a doutrina geral do crime)*, Coimbra, 1996, pp. 62 y ss.; VOSS, *Symbolische Gesetzgebung*, pp. 106 y ss.; HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge*, R.v. Decker, Heidelberg, 1991, pp. 145 y ss., tomando como base de la discusión los delitos cumulativos en el ámbito de la protección del medio ambiente; MÜLLER-TUCKFELD, *Integrationsprävention*, pp. 15 y ss., 240 y ss., y 247 y ss.

(82) De este modo, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, pp. 126 y ss., considerando la acumulación un criterio de valoración propia del Derecho administrativo sancionador, dada la innecesariedad de ponderar la lesividad de la conducta concreta.

(83) En igual sentido, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, pp. 133 y ss.

lesividad: el de la creación del peligro para el bien jurídico resultante de la suma de contribuciones individuales. Siendo ello así, ha de darse la razón a los autores que sostienen que en estos casos la culpabilidad se fundamenta *ex iniuria tertii*, esto es, en el presupuesto de que otros actúan o actuarán en la misma dirección (84). Nada puede ser más contrario al principio de culpabilidad en Derecho penal. En su formulación más simple, según la de que no hay pena sin culpabilidad, este principio se vulnera desde dos vertientes: como principio que exige la imputación del hecho al agente como obra suya, y como principio que hace depender el castigo de un reproche estrictamente personal, fundado en la atribución de un demérito por la deslealtad comunicativa revelada en el hecho dañoso. Desde la primera vertiente, es un presupuesto hoy indiscutible en la doctrina que sólo pueden ser imputadas como típicas las conductas que representen la creación o el aumento de un riesgo previsible y jurídicamente desaprobado de realización de un suceso lesivo, que, en el caso del delito contra el medio ambiente, habrá de ser la contaminación del agua, del aire o del suelo. Pues bien, si el riesgo de contaminación en que se asienta la peligrosidad de la conducta es el propio de la acumulación, no será normalmente previsible para cada uno de los agentes, pues dependerá de múltiples factores accidentales (la cantidad de personas involucradas en la misma actividad, la dimensión de la contribución de cada una, la duración del proceso cumulativo, etc.) que escapan a la capacidad de previsión y al dominio de una persona media del sector de la actividad correspondiente. El concepto de imputación de que parte la dogmática penal y que conforma una teoría del sujeto penalmente responsable no admite una atribución a alguien de algo que jamás será producido por su acción, sino solamente a través de la combinación de factores aleatorios y con el concurso de una pluralidad de agentes que actúan ignorándose recíprocamente (85). En la segunda vertiente mencionada, el principio de culpabilidad establece que sólo son punibles las conductas cuya lesividad sea personalmente reprochable al agente o, si se prefiere, le sea atribuida como demérito personal. El

---

(84) Defienden esta posición SEELMANN, «Atypische Zurechnungsstrukturen im Umweltstrafrecht» *NJW* 1990, p. 1259; von HIRSCH/JAREBORG, «Gauging criminal harm», p. 33; MÜLLER-TUCKFELD, «Traktat für die Abschaffung des Umweltstrafrechts», en: Institut für Kriminalwissenschaften (editor), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt, 1995, p. 466; KINDHÄUSER, «Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto», p. 446; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, pp. 126 y ss., y 132 y ss.; ALCÁZER GUIRAO, *ADPCP* 2001, p. 158.

(85) En este sentido, muy especialmente, MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Comares, Granada, 2001, pp. 493 y ss.

contexto cumulativo no obedece al modelo de responsabilidad individual, limitada por la intervención personal del agente en la producción del hecho lesivo, sino en una responsabilidad basada en un probable riesgo global producido por la intervención de un gran número de intervinientes, es decir, basada en hechos de terceros.

Las réplicas de Kuhlen y Hefendehl a estas objeciones no son convincentes. El primero sostiene que después de la comprobación por el legislador ordinario que sin una prohibición de la conducta, ésta sería realizada por un número tan elevado de personas que tendría graves consecuencias, y de tomarse, con base en lo anterior, la decisión de inculparla, pasa a depender exclusivamente de la configuración típica concreta si tal conducta realiza no un ilícito típico, razón suficiente para considerar que se trata de un problema de imputación de un hecho ilícito propio (86). El segundo autor argumenta, en la misma dirección, que para la constitución de los tipos cumulativos sólo cuentan los efectos sinérgicos realistas, que la idea de la acumulación no opera en el nivel de la configuración típica sino sólo en el nivel de la criminalización, y que la objeción de que la imputación de la acción cumulativa se funda *ex iniuria tertii* sólo sería correcta si en el tipo legal figurase una referencia a la contribución de terceros fundamentadora de la responsabilidad (87). Las posiciones mencio-

(86) ZStW 105 (1993), pp. 718 y ss.

(87) *Kollektive Rechtsgüter*, pp. 184 y ss., 189 y ss. y 384; suscriben este punto de vista FIGUEIREDO DIAS, «Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente», p. 391; GRACIA MARTÍN, «¿Qué es modernización del Derecho penal?», en: *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo: Libro homenaje al Prof. Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 387.

\* § 324 StGB: «Quien sin estar autorizado contamine una masa de agua o empeore sus condiciones naturales será castigado con una pena de hasta cinco años o con una pena de multa». (Nota del traductor.)

\*\* Artículo 279 del CP portugués: 1. El que, en medida inadmisibles,

a) contamine las aguas o los suelos o, por cualquier medio, degrade sus cualidades,

b) contamine el aire mediante la utilización de aparatos técnicos o de instalaciones, o

c) provoque una contaminación acústica mediante la utilización de aparatos técnicos o de instalaciones, en especial de máquinas o vehículos terrestres, fluviales, marítimos o aéreos de cualquier naturaleza, será castigado con una pena de prisión de hasta 3 años o con pena de multa de hasta 600 días.

2. Si la conducta referida en el número 1 fuera realizada por negligencia, el agente será castigado con pena de prisión de hasta 1 año o con pena de multa.

3. La contaminación se produce en medida inadmisibles siempre que la naturaleza o los valores de la emisión o la inmisión contaminante infrinja las prescripciones o limitaciones impuestas por la autoridad competente en conformidad con las disposiciones legales o reglamentarias y bajo la conminación de aplicación de las penas previstas en este artículo. (Nota del traductor.)

nadas toman como base tipos legales como el § 324 StGB\* o el artículo 279 del CP portugués\*\* que, ciertamente, ninguna alusión hacen al contexto cumulativo y ningún elemento objetivo contienen que permita identificar y diferenciar una mayor o menor lesividad de la conducta. Si consideramos el tipo legal del artículo 279, vemos que su número 1 selecciona como penalmente relevante la «contaminación en medida inadmisibles» y que esta cualificación se remite, según su número 3, no a la lesividad de la contaminación, sino más bien –por lo menos en última instancia– a la llamada accesoriedad del acto administrativo, o a la desobediencia [cualificada por el resultado contaminante, como defiende Anabela Rodrigues (88)] de las prescripciones y limitaciones válidas de la autoridad administrativa competente (89). Si ello es así, nada obsta a que sean encuadradas en el tipo del artículo 279 situaciones como la siguiente: al amparo de un poder discrecional conferido por la ley, la autoridad administrativa competente impone a las granjas porcinas ubicadas a lo largo del curso de un río límites muy bajos de contaminación, teniendo en cuenta la toxicidad de los purines y el elevado número de explotaciones ganaderas. La fijación de estos límites resulta de la comprobación de que si todas vertiesen una cantidad de detritus orgánicos superior a la establecida como límite, la flora y fauna del río desaparecería y podrían derivarse consecuencias nocivas para el *standard of living* de las poblaciones ribereñas (situación en la que, a mi entender, habría un daño penalmente relevante). Si la prescripción administrativa incluyese la conminación bajo pena, realizaría todos los elementos del tipo legal previsto en el número 1 del citado precepto el responsable de una de esas explotaciones ganaderas que ordenase dolosamente el vertido

---

(88) *Comentário Conimbricense*, anot. artículo 279, párrafos 35, 39 y 46.

(89) Sobre la accesoriedad del acto, opuesta a la accesoriedad del Derecho administrativo, puede verse, en la doctrina general portuguesa, ya desde una perspectiva *de jure constituendo*, ya desde una perspectiva *de jure constituto*, SILVA DIAS, «A estrutura dos direitos ao ambiente e à qualidade dos bens de consumo e sua repercussão na teoria do bem jurídico e na das causas de justificação», en: *Jornadas de homenagem ao Prof. Doutor Cavaleiro de Ferreira*, Lisboa, 1995, pp. 220 y ss.; RUI PEREIRA, «Código Penal: as ideias de uma revisão adiada», in *RMP*, núm. 71 (1997), pp. 59 y ss.; QUINTELA DE BRITO, «O crime de poluição: alguns aspectos da tutela criminal do ambiente no Código Penal de 1995», en: *Anuário de Direito do Ambiente*, 1995, pp. 345 y ss.; SOUSA MENDES, *Vale a pena o Direito Penal do ambiente?*, pp. 149 y ss.; ANABELA RODRIGUES, «Princípio da responsabilidade e direito ao ambiente (o crime de poluição)», en: Instituto Lusíada para o Direito do Ambiente (org.), *I Jornadas Luso-Brasileiras de Direito do Ambiente*, ed. Instituto do Ambiente, Lisboa, 2002, pp. 19 e ss.; FIGUEIREDO DIAS, «Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente», pp. 385 y ss., considerando que el número 3 del artículo 279 incorpora una accesoriedad en parte de la norma y en parte del acto administrativo.

en las aguas de una cantidad de purinas ligeramente superior a la autorizada. En lo tocante a este punto ninguna objeción que oponer a los defensores de la relevancia penal de la idea de la acumulación: no hay duda de que comportamientos como el descrito son subsumibles en tipo legal del artículo 279. Lo que es verdaderamente cuestionable es si puede legitimarse la creación de tipos que declaren punibles acciones sobre la base de una lógica de la acumulación. En otras palabras, si la inclusión de conductas de esta naturaleza en el ámbito de lo punible se corresponde con el marco de validez jurídico-penal, es decir, si respeta los fundamentos y principios limitadores antes referidos. La argumentación de los autores citados, que pasa por dar relevancia a la distinción, en sí misma correcta, entre discurso de fundamentación y discurso de aplicación, termina por aplicarla de forma indebida, deslizando la idea de que no habiendo rastro del contexto cumulativo en la formulación de los tipos legales, ningún problema suscita la afirmación de la punición de conductas cuyo fundamento se apoya en dicho contexto. Como si la decisión del legislador pudiese producir una ruptura lógica entre discurso de fundamentación y discurso de aplicación, eliminando toda conexión entre ambos o, en otros términos, como si fuese admisible en un Estado de Derecho determinar la responsabilidad criminal recurriendo a conceptos dogmáticos incompatibles con el marco de validez extraído de su ideario.

Desde esta perspectiva, la argumentación de Kuhlen y Hefendehl no responde satisfactoriamente a las siguientes cuestiones de fondo: si se acepta la punición de conductas como la del ejemplo antes mencionado, ¿cómo se evita la criminalización de la vida cotidiana y la bagatelización del Derecho penal en determinados ámbitos (90), y cómo se fundamenta la imputación y el reproche personales frente a conductas cuya relevancia sólo es apreciable desde un contexto de riesgo global y para prevenir la aparición de un evento sistémico? No parece haber respuesta más allá de la siguiente alternativa. Si se conserva la referencia al contexto cumulativo y se obtiene, de este modo,

---

(90) Los partidarios de la relevancia jurídico-penal de los comportamientos cumulativos defienden, como vimos, la segregación de los casos de bagatela principalmente al Derecho administrativo sancionador, pero neutralizan las consecuencias de esta opción cuando suscriben criterios decisionistas, meramente cuantitativos, para distinguir entre el ilícito penal y el administrativo. Ejemplo elocuente de esta postura es la posición de Wohlers. Este autor defiende la exigencia de una gravedad mínima para establecer la relevancia penal de la contribución cumulativa y establece, en este orden de ideas, una diferencia entre contaminaciones ambientales más y menos graves –cfr. *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts*, pp. 327 y ss.; –pero a la hora de concretar los términos de esa diferencia y, sobre todo, de proyectarla sobre la distinción entre el delito y la contravención, parte de que tanto aquella como esta distinción han de ser determinadas siguiendo criterios puramente cuantitativos: cfr. *Op. cit.*, p. 328.

un criterio de evaluación del riesgo y un fundamento de imputación basados en una «*Systemschuld*», entonces no hay modo de escapar a la crítica basada en la *ex iniuria tertii*. Y si se prescinde de dicha idea, sosteniendo que la acumulación no es relevante en el nivel de la tipicidad, se consigue esquivar aquella crítica, pero no hay forma de desplazar la objeción de que con ello se está promoviendo un delito de desobediencia, que es, reitero, una figura extraña al Derecho penal. Al intentar hallar en la idea de la acumulación un «equivalente material» a la falta de causalidad lesiva real y al eliminar después cualquier interferencia de esa idea en la configuración de la punibilidad, formalizando el tipo de injusto y la culpabilidad, los autores citados terminan por encontrar un sustituto funcional a la misma imputación jurídico-penal.

## V. CONCLUSIÓN

La conclusión ha de ser que la capacidad de resonancia del discurso jurídico-penal en relación con los delitos cumulativos es nula. No discuto que haya tipos cumulativos en el Derecho penal portugués y que el tipo legal del artículo 279 sea una clara muestra de su presencia. Sostengo, no obstante, que tales figuras constituyen un ejemplo paradigmático de la administrativización del Derecho penal y de la flexibilización de las categorías centrales de la imputación jurídico-penal. En consecuencia, no puedo compartir la optimista convicción de Figueiredo Dias de que, en esta materia, «resultados dogmáticamente aceptables pueden ser conseguidos con estructuras ya doctrinalmente consolidadas» (91), tal como creo que hay base para impugnar la validez y la constitucionalidad de la incriminación y castigo de las contribuciones cumulativas.

---

(91) «Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente», p. 391.



# SECCIÓN LEGISLATIVA

## Disposiciones

M.<sup>ª</sup> DEL CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Universidad de Alcalá de Henares

LEY ORGÁNICA 6/2003, DE 30 DE JUNIO, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 1/1979, DE 26 DE SEPTIEMBRE, GENERAL PENITENCIARIA

(«BOE» núm. 156, de 1 de julio de 2003)

### EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Las personas reclusas en centros penitenciarios gozan del derecho a la educación garantizado por el artículo 27 de la Constitución. No obstante, este derecho queda sujeto, tal y como ha reconocido el Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones, a las modulaciones y matices derivados de la situación de sujeción especial de los internos, que obliga a acatar las normas de régimen interior reguladoras de los establecimientos penitenciarios.

Asimismo, el hecho de que, también por imperativo constitucional, las penas privativas de libertad deban estar orientadas hacia la reeducación y la reinserción social, hace quizá todavía más relevante la necesidad de que el derecho a la educación de los internos deba tener una cobertura plenamente satisfactoria con las demandas sociales y con los postulados de nuestra Carta Magna.

En el caso concreto del acceso a la enseñanza superior, el artículo 56 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, atribuye a la Administración la organización de las actividades educativas, culturales y profesionales.

La experiencia y la aplicación práctica de esta normativa durante más de dos décadas aconsejan introducir algunas modificaciones concretas en ella, en línea con lo ya establecido en el artículo 124 del Reglamento Penitenciario, al objeto de precisar las condiciones y garantías de los internos en el acceso a la enseñanza universitaria, de forma que, sobre la base de las especiales circunstancias que concurren en el ámbito penitenciario, se aseguren las condiciones de calidad inherentes a este tipo de enseñanzas.

Artículo único. *Modificación del artículo 56 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.*

Se modifica el artículo 56 de la Ley Orgánica 1/1979, que queda redactado como sigue:

«1. La Administración organizará las actividades educativas, culturales y profesionales de acuerdo con el sistema oficial, de manera que los internos puedan alcanzar las titulaciones correspondientes.

2. Para que los internos puedan acceder al servicio público de la educación universitaria será necesario que la Administración penitenciaria suscriba, previos los informes de ámbito educativo que se estimen pertinentes, los oportunos convenios con universidades públicas. Dichos convenios garantizarán que la enseñanza se imparte en las condiciones y con el rigor y la calidad inherentes a este tipo de estudios, adaptando, en lo que sea preciso, la metodología pedagógica a las especiales circunstancias que concurren en el ámbito penitenciario. La alteración del régimen y estructura de la enseñanza o de la asistencia educativa a los internos prevista en los convenios aludidos, así como cualesquiera otras modificaciones, prórrogas o extensión de aquéllos a nuevas partes firmantes o sujetos, deberán ser autorizados por la Administración penitenciaria.

En atención a la movilidad de la población reclusa y a la naturaleza no presencial de los estudios a los que se refiere este artículo, los convenios aludidos en el párrafo anterior se suscribirán, preferentemente, con la Universidad Nacional de Educación a Distancia. No obstante, las Administraciones penitenciarias competentes podrán celebrar convenios con universidades de su ámbito en los términos establecidos en el párrafo anterior.»

Disposición transitoria única. *Régimen de los convenios vigentes.*

Tras la entrada en vigor de esta ley orgánica, solamente producirán efectos los convenios suscritos con anterioridad a la misma por la Administración penitenciaria, que, en todo caso, deberán adaptarse a lo dispuesto en esta ley en un plazo no superior a un mes.

La Administración penitenciaria informará a los internos de todos los requisitos necesarios para que puedan trasladar sus expedientes académicos a las universidades con las que aquélla tenga suscrito un convenio ajustado a esta ley y que surtirán efectos a partir del curso 2003-2004.

Disposición final única. *Entrada en vigor.*

La presente ley orgánica entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

## LEY ORGÁNICA 7/2003, DE 30 DE JUNIO, DE MEDIDAS DE REFORMA PARA EL CUMPLIMIENTO ÍNTEGRO Y EFECTIVO DE LAS PENAS

(«BOE» núm. 156, de 1 de julio)

### EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

#### I

La Constitución, en sus artículos 9.3 y 25, establece los principios de legalidad y tipicidad como fundamentos del ordenamiento jurídico penal, principios que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha concretado y desarrollado de manera muy clara. Ambos principios tienen como finalidad garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos, a la que hace expresa mención también el artículo 9.3 de la Constitución.

De acuerdo con ellos, el ciudadano tiene derecho a saber con certeza jurídica qué es delito o falta y qué no lo es. El mismo derecho tiene a saber cuál es la pena que le corresponde a la acción tipificada en la norma penal como delito o falta.

Consecuencia lógica de estos derechos y exigencia necesaria del principio de seguridad jurídica que rige nuestro ordenamiento, es el derecho del ciudadano a conocer con certeza cuál es la forma en la que se van a aplicar las penas, a saber, en definitiva, en qué se va a traducir en la práctica la pena o sanción impuesta.

La realidad diaria y la experiencia ponen de manifiesto cómo en el cumplimiento de las penas existen amplios ámbitos de discrecionalidad, ámbitos variables en los que resulta oportuno, según la mejor doctrina, establecer reglas para hacer un pronóstico más certero de la pena a cumplir.

Esta ley orgánica se dirige a perfeccionar el ordenamiento jurídico con el fin de concretar la forma del cumplimiento de las penas para conseguir que se lleve a cabo de manera íntegra y efectiva y, en consecuencia, dar mayor protagonismo al principio de seguridad jurídica en esta materia, siempre desde el escrupuloso respeto a los principios contenidos en el artículo 25 de la Constitución.

## II

Pero, además de asegurar este derecho, la ley persigue un claro objetivo, conforme con su propia naturaleza penal: el de lograr una lucha más efectiva contra la criminalidad. Como ha señalado autorizada doctrina penal, el mayor freno de los delitos no es la dureza de las penas, sino su infalibilidad, de modo que la certeza de un castigo, aunque éste sea moderado, surtirá más efecto que el temor de otro más severo unido a la esperanza de la impunidad o de su incumplimiento.

La sociedad demanda una protección más eficaz frente a las formas de delincuencia más graves, en concreto, los delitos de terrorismo, los procedentes del crimen organizado y los que revisten una gran peligrosidad, protección que el Estado de Derecho no sólo puede sino que tiene la obligación de proporcionar. La flexibilidad en el cumplimiento de las penas y los beneficios penitenciarios tienen su razón de ser en el fin de reinserción y reeducación del delincuente constitucionalmente consagrado, pero, precisamente por ello, la legislación debe evitar que se conviertan en meros instrumentos al servicio de los terroristas y los más graves delincuentes para lograr un fin bien distinto.

## III

En primer lugar, se reforma el artículo 36 del Código penal para introducir en nuestro ordenamiento el conocido como «período de seguridad» en otros derechos europeos, el cual, en síntesis, significa que en determinados delitos de cierta gravedad el condenado no podrá acceder al tercer grado de tratamiento penitenciario hasta que haya cumplido la mitad de la pena impuesta.

Esta reforma procede de las propuestas elevadas por la comisión técnica para el estudio de la reforma del sistema de penas. Se considera necesaria la introducción de esta figura en nuestro ordenamiento penal, que sirve de puente entre este ordenamiento y el penitenciario, ya que, a la hora de determinar la proporcionalidad de las penas, su concreta extensión y su adecuación a los fines de prevención general y especial, no pueden hacerse propuestas al margen de la legislación penitenciaria.

En efecto, el sistema de progresión de grados, permisos, régimen abierto y concesión de libertad condicional puede hacer que la pena prevista por el Código penal y fijada en la sentencia quede muy distante de la efectivamente cumplida. A fin de resolver esta situación, al menos en lo tocante a los delitos de mayor gravedad, se establece en el artículo 36 del Código penal la precisión de que, cuando se imponga una

pena de prisión superior a cinco años, el condenado no podrá ser clasificado en el tercer grado hasta haber cumplido la mitad de la pena impuesta. Ello no obstante, se introduce la previsión de que el juez de vigilancia podrá acordar bien su mantenimiento, bien la aplicación del régimen general de cumplimiento.

#### IV

En segundo lugar, se reforma el artículo 76 del Código penal para modificar el límite máximo de cumplimiento de las penas elevándolo a 40 años para los supuestos en que se cometan dos o más delitos de terrorismo, estando alguno de ellos castigado con pena de prisión superior a 20 años, lo que encaja en los casos en que se cometen atentados terroristas causando la muerte de personas.

Igualmente se eleva a 40 años el límite máximo de cumplimiento de las penas en los supuestos de que se hayan cometido dos o más delitos de especial gravedad, castigados por la ley con más de 20 años de prisión. La reforma supone ampliar el límite máximo de cumplimiento de penas a 40 años, desde el respeto escrupuloso al principio de que el cumplimiento de todas las penas correspondientes a todos los delitos cometidos por el mismo autor podría privar en algunos supuestos de efectos a los principios constitucionales de cumplimiento de las penas. Sin embargo, también es cierto que existen determinados delitos que por su especial gravedad, la naturaleza del bien jurídico lesionado, la reincidencia con que los cometen sus autores, así como por el hecho de que puedan llevarse a cabo por bandas organizadas con el único fin de subvertir el orden constitucional, alterar gravemente la paz pública o atemorizar con estos fines a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional, exigen una respuesta más contundente del ordenamiento jurídico penal.

Más aún cuando, en la práctica, las reglas que el Código penal estableció con el fin constitucional de dar cumplimiento a principios generales del ordenamiento jurídico penal se están utilizando, precisamente, para vulnerar dichos principios, convirtiéndose en instrumentos que los terroristas utilizan en su beneficio en su constante vulneración de las reglas y principios del Estado de Derecho.

#### V

La ley reforma el artículo 78 del Código penal para que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional en los supuestos de crímenes especialmente graves se refieran siempre a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias.

Se trata de activar una respuesta penal más efectiva frente a los autores de crímenes muy graves, que además han cometido una pluralidad de delitos, es decir, frente a aquellos que se encuentren en los límites máximos señalados por el artículo 76 del Código penal (25, 30 o 40 años de cumplimiento efectivo de condena a pena de prisión) y siempre que la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas. Cuando no lleguen a entrar en juego estos límites máximos, debe mantenerse plenamente la facultad decisoria del juez o tribunal ya señalada al principio. Con esta regla y frente a supuestos de condenas a 100, 200 o 300 años, el delincuente cumplirá en la práctica de forma íntegra y efectiva el límite máximo de condena.

Además, se incorporan igualmente los períodos mínimos de cumplimiento efectivo de las condenas que permitirían acceder a los beneficios penitenciarios, siempre que concurren las condiciones que con carácter general se precisan en la ley. En los casos de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, el juez de vigilancia penitenciaria podrá acordar la concesión de un tercer grado

cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena impuesta, y podrá acordar la concesión de la libertad condicional cuando quede por cumplir una octava parte del mencionado límite.

## VI

Se modifican, igualmente, en el Código penal los artículos 90 y 91 relativos a la libertad condicional. Con esta modificación se trata de mejorar técnicamente los supuestos de otorgamiento de dicha libertad condicional y su adaptación a las distintas modalidades delictivas. Así, se refuerza la necesidad de valorar en su conjunto todas las circunstancias a las que hace referencia el artículo antes de adoptar la decisión de conceder la libertad condicional. De este modo, el cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena no es el único requisito determinante, sino que debe ser valorado junto con las demás circunstancias contempladas en el precepto.

Igualmente, se introduce el criterio de la satisfacción de las responsabilidades civiles en los supuestos y en los términos previstos en la Ley Orgánica General Penitenciaria. Por último, también se explicitan las circunstancias que deben considerarse a la hora de conceder la libertad condicional en los casos de delitos de terrorismo y criminalidad organizada. Con todo ello se consigue dotar de una mayor seguridad jurídica a la virtualidad de este beneficio penitenciario.

Asimismo, se modifica el artículo 93 del Código penal, con el fin de que en caso de incumplimiento de las condiciones y reglas de conducta que permitieron obtener la libertad condicional, cuando se trate de delitos de terrorismo, el penado cumpla el tiempo que reste del cumplimiento de condena con pérdida del tiempo pasado en libertad condicional.

## VII

Se introduce un nuevo apartado en la disposición adicional quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el que se establece el efecto suspensivo del recurso contra resoluciones en materia de clasificación de penados o concesión de libertad provisional para evitar la posibilidad de que la excarcelación se produzca sin la intervención del órgano jurisdiccional *ad quem*, en los casos de delitos graves, para evitar que una excarcelación inmediata por una decisión de libertad condicional haga ineficaz la resolución que en virtud de un recurso de apelación pueda dictarse.

No se desconoce con esta previsión la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la eficacia inmediata de las resoluciones que acuerdan la libertad provisional. Sin embargo, el supuesto normado es distinto, pues no se parte de una situación de libertad que ha quedado interrumpida por una decisión judicial que no ha recaído sobre el fondo, sino de una situación de cumplimiento de pena por resolución judicial de condena que puede verse interrumpida por un cambio en el régimen de aplicación de la pena. La diferencia es que en este caso la falta de libertad es la consecuencia inherente a la pena impuesta y la libertad supone una excarcelación anticipada como consecuencia de una progresión de grado o un acuerdo de libertad condicional. Por otro lado, con el fin de asegurar que el efecto suspensivo del recurso dure lo menos posible, se prevé que el órgano *ad quem* pueda pronunciarse sobre la puesta en libertad y que la tramitación del recurso sea preferente y urgente.

## VIII

En la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, se introducen dos nuevos apartados en el artículo 72, en cuya virtud la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos

por la ley, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito y que muestre signos inequívocos de haber abandonado la actividad terrorista, colaborando activamente con las autoridades en la lucha contra el terrorismo.

El primer apartado exige la satisfacción de la responsabilidad civil como requisito para alcanzar el tercer grado, teniendo en cuenta que el pronóstico favorable de reinserción social que preside la concesión de este grado de tratamiento debe considerar la conducta efectivamente observada por el penado en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales, así como las garantías de que las satisfaga con el patrimonio que pudiese llegar a adquirir en tanto no haya satisfecho su responsabilidad.

Esta exigencia se justifica plenamente en aquellos delitos que han permitido al culpable obtener un importante enriquecimiento ilícito y no se satisfacen las responsabilidades pecuniarias fijadas en sentencia a causa de haber ocultado el penado su patrimonio. Por ello, se aplicará esta norma, singularmente, cuando el interno hubiere sido condenado por la comisión de delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico que hubieran revestido notoria gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas, por delitos contra los derechos de los trabajadores, por delitos de terrorismo, por delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, así como delitos contra la Administración Pública comprendidos en los capítulos V al IX del título XIX del libro II del Código penal.

En el segundo apartado, la clasificación en el tercer grado penitenciario en el caso de penados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales exige que los terroristas hayan satisfecho su responsabilidad civil en los términos del apartado anterior, así como que hayan abandonado la actividad terrorista y hayan colaborado activamente con las autoridades para la obtención de pruebas o la identificación de otros terroristas, en los términos previstos en la Decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo.

## IX

Dentro de la misma filosofía de garantizar la seguridad jurídica en el cumplimiento efectivo del contenido de las sentencias penales, se reforma el artículo 989 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para dotar a la Administración de Justicia de más medios legales que le permitan una eficaz ejecución de las sentencias. A tal fin, los jueces y tribunales podrán encomendar a la Agencia Estatal de Administración Tributaria o, en su caso, a los organismos tributarios de las haciendas forales las actuaciones de investigación patrimonial necesarias para poner de manifiesto las rentas y el patrimonio presentes y que vaya adquiriendo en el futuro el condenado hasta tanto no se haya satisfecho la responsabilidad civil determinada en sentencia.

## X

Por último, mediante la disposición transitoria única, la ley establece que los criterios objetivos de acceso a los beneficios penitenciarios se apliquen a quienes cumplan en el momento de su entrada en vigor penas de prisión por delitos de terrorismo sin que se modifiquen, en estos casos, los plazos y demás condiciones por las que hasta ese momento se regían las condiciones de dichos beneficios.

*Artículo primero. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal.*

Uno. Se modifica el artículo 36 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, que tendrá la siguiente redacción:

## «Artículo 36.

1. La pena de prisión tendrá una duración mínima de seis meses y máxima de 20 años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos de este Código. Su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en las leyes y en este Código.

2. Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.

El juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, cuando no se trate de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código o cometidos en el seno de organizaciones criminales, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento.»

Dos. Se modifica el artículo 76 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, que tendrá la siguiente redacción:

«Artículo 76.1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, 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, que no podrá exceder de 20 años. Excepcionalmente, este límite máximo será:

a) De 25 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta 20 años.

b) De 30 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.

c) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años.

d) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.

2. La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo.»

Tres. Se modifica el artículo 78 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, que tendrá la siguiente redacción:

«Artículo 78.1. Si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 1 del artículo 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias.

2. Dicho acuerdo será preceptivo en los supuestos previstos en los párrafos a), b), c) y d) del apartado 1 del artículo 76 de este Código, siempre que la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas.

3. En estos casos, el juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento. Si se tratase de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, y atendiendo a la suma total de las penas impuestas, la anterior posibilidad sólo será aplicable:

- a) Al tercer grado penitenciario, cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena.
- b) A la libertad condicional, cuando quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento de la condena.»

Cuatro. Se modifica el artículo 90 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, que tendrá la siguiente redacción:

«Artículo 90.1. Se establece la libertad condicional en la pena privativa de libertad para aquellos sentenciados en quienes concurren las circunstancias siguientes:

- a) Que se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario.
- b) Que se hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta.
- c) Que hayan observado buena conducta y exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

No se entenderá cumplida la circunstancia anterior si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por el artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Asimismo, en el caso de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código, o por delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, se entenderá que hay pronóstico de reinserción social cuando el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y además haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.

2. El juez de vigilancia, al decretar la libertad condicional de los penados, podrá imponerles motivadamente la observancia de una o varias de las reglas de conducta o medidas previstas en los artículos 83 y 96.3 del presente Código.»

Cinco. Se modifica el artículo 91 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, que tendrá la siguiente redacción:

«Artículo 91.1. Excepcionalmente, cumplidas las circunstancias de los párrafos a) y c) del apartado 1 del artículo anterior, y siempre que no se trate de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, el juez de vigilancia penitenciaria, previo informe del Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, podrá conceder la libertad condicional a los sentenciados a penas privativas de libertad que hayan extinguido las dos terceras partes de su condena, siempre que merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales.

2. A propuesta de Instituciones Penitenciarias y previo informe del Ministerio Fiscal y de las demás partes, cumplidas las circunstancias de los párrafos a) y c) del apartado 1 del artículo anterior, el juez de vigilancia penitenciaria podrá adelantar, una vez extinguida la mitad de la condena, la concesión de la libertad condicional en relación con el plazo previsto en el apartado anterior, hasta un máximo de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena, siempre que no se trate de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII o cometidos en el seno de organizaciones criminales.

Esta medida requerirá que el penado haya desarrollado continuamente las actividades indicadas en el apartado anterior y que acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso.»

Seis. El actual artículo 93 del Código penal se convierte en apartado 1, y se adicionan los apartados 2 y 3, con la siguiente redacción:

«2. En el caso de condenados por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código, el juez de vigilancia penitenciaria podrá solicitar los informes que permitan acreditar que subsisten las condiciones que permitieron obtener la libertad condicional.

Si en este período de libertad condicional el condenado delinquiera, inobservara las reglas de conducta o incumpliera las condiciones que le permitieron acceder a la libertad condicional, el juez de vigilancia penitenciaria revocará la libertad concedida, y el penado reingresará en prisión en el período o grado penitenciario que corresponda.

3. En el supuesto previsto en el apartado anterior, el penado cumplirá el tiempo que reste de cumplimiento de la condena con pérdida del tiempo pasado en libertad condicional.»

*Artículo segundo. Modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.*

Uno. Se añade un nuevo apartado 5 a la disposición adicional quinta de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, con la siguiente redacción:

«5. Cuando la resolución objeto del recurso de apelación se refiera a materia de clasificación de penados o concesión de la libertad condicional y pueda dar lugar a la excarcelación del interno, siempre y cuando se trate de condenados por delitos graves, el recurso tendrá efecto suspensivo que impedirá la puesta en libertad del condenado hasta la resolución del recurso o, en su caso, hasta que la Audiencia Provincial o la Audiencia Nacional se haya pronunciado sobre la suspensión.

Los recursos de apelación a que se refiere el párrafo anterior se tramitarán con carácter preferente y urgente.»

Dos. El actual apartado 5 de la disposición adicional quinta pasará a ser el apartado 6.

Artículo tercero. *Modificación de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.*

Se introducen dos nuevos apartados, el 5 y el 6, en el artículo 72 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, con la siguiente redacción:

«5. La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición.

Singularmente, se aplicará esta norma cuando el interno hubiera sido condenado por la comisión de alguno de los siguientes delitos:

- a) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico que hubieran revestido notoria gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas.
- b) Delitos contra los derechos de los trabajadores.
- c) Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social.
- d) Delitos contra la Administración Pública comprendidos en los capítulos V al IX del título XIX del libro II del Código penal.

6. Del mismo modo, la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II del Código penal o cometidos en el seno de organizaciones criminales, requerirá, además de los requisitos previstos por el Código penal y la satisfacción de la responsabilidad civil con sus rentas y patrimonio presentes y futuros en los términos del apartado anterior, que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y además hayan colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.»

Artículo cuarto. *Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.*

Se da una nueva redacción y se introduce un nuevo apartado en el artículo 989 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que queda con la siguiente redacción:

«1. Los pronunciamientos sobre responsabilidad civil serán susceptibles de ejecución provisional con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. A efectos de ejecutar la responsabilidad civil derivada del delito o falta y sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los jueces o tribunales podrán encomendar a la Agencia Estatal de Administración Tributaria o, en su caso, a los organismos tributarios de las haciendas forales las actuaciones de investigación patrimonial necesarias para poner de manifiesto las rentas y el patrimonio presente y los que vaya adquiriendo el condenado hasta tanto no se haya satisfecho la responsabilidad civil determinada en sentencia.»

Disposición transitoria única.

Lo dispuesto, conforme a esta ley, en los artículos 90 y 93.2 del Código penal, respecto a las circunstancias para acceder a la concesión de la libertad condicional, y en los artículos 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria respecto a la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario, será aplicable a las decisiones que se adopten sobre dichas materias desde su entrada en vigor, con independencia del momento de comisión de los hechos delictivos o de la fecha de la resolución en virtud de la cual se esté cumpliendo la pena.

Disposición final primera. *Naturaleza de esta ley.*

Esta ley tiene carácter de Ley Orgánica, salvo el artículo cuarto que modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Disposición final segunda. *Entrada en vigor.*

La presente Ley Orgánica entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

## LEY 27/2003, DE 31 DE JULIO, REGULADORA DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

(«BOE» núm. 183, de 1 de agosto de 2003)

### EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

#### I

La violencia ejercida en el entorno familiar y, en particular, la violencia de género constituye un grave problema de nuestra sociedad que exige una respuesta global y coordinada por parte de todos los poderes públicos. La situación que originan estas formas de violencia trasciende el ámbito meramente doméstico para convertirse en una lacra que afecta e involucra a toda la ciudadanía. Resulta imprescindible por ello arbitrar nuevos y más eficaces instrumentos jurídicos, bien articulados técnicamente, que atajen desde el inicio cualquier conducta que en el futuro pueda degenerar en hechos aún más graves. Es necesaria, en suma, una acción integral y coordinada que aúne tanto las medidas cautelares penales sobre el agresor, esto es, aquellas orientadas a impedir la realización de nuevos actos violentos, como las medidas protectoras de índole civil y social que eviten el desamparo de las víctimas de la violencia doméstica y den respuesta a su situación de especial vulnerabilidad.

Con este propósito, el pasado 22 de octubre de 2002 el Pleno del Congreso de los Diputados acordó crear en el seno de la Comisión de Política Social y Empleo una subcomisión con el fin de «... formular medidas legislativas que den una respuesta integral frente a la violencia de género...». Entre las conclusiones más relevantes de esta subcomisión, destaca precisamente la propuesta, respaldada por el Ministerio de Justicia, de creación y regulación de un nuevo instrumento denominado orden de protección a las víctimas de la violencia doméstica.

Esta iniciativa responde a una inquietud que se ha venido manifestando en diversos documentos e informes de expertos, tanto nacionales (Consejo General del Poder Judicial, Instituto de la Mujer, Fiscalía General del Estado, etc.), como de organismos supranacionales (ONU, Consejo de Europa, instituciones de la UE). Dicha inquietud fue formulada por las Cortes Generales como «... la necesidad de una respuesta integral, la coordinación como prioridad absoluta...» en el reciente informe de la ponencia constituida en el seno de la Comisión Mixta de Derechos de la Mujer, que han hecho suyo los Plenos del Congreso de los Diputados y del Senado. Con esta Ley se viene a dar cumplimiento a este mandato unánime de las Cortes Generales.

## II

La orden de protección a las víctimas de la violencia doméstica unifica los distintos instrumentos de amparo y tutela a las víctimas de estos delitos y faltas. Pretende que a través de un rápido y sencillo procedimiento judicial, sustanciado ante el Juzgado de Instrucción, pueda obtener la víctima un estatuto integral de protección que concentre de forma coordinada una acción cautelar de naturaleza civil y penal. Esto es, una misma resolución judicial que incorpore conjuntamente tanto las medidas restrictivas de la libertad de movimientos del agresor para impedir su nueva aproximación a la víctima, como las orientadas a proporcionar seguridad, estabilidad y protección jurídica a la persona agredida y a su familia, sin necesidad de esperar a la formalización del correspondiente proceso matrimonial civil. La orden judicial de protección supondrá, a su vez, que las distintas Administraciones públicas, estatal, autonómica y local, activen inmediatamente los instrumentos de protección social establecidos en sus respectivos sistemas jurídicos. En ello consiste, precisamente, su elemento más innovador.

Con el fin de hacer efectivas las medidas incorporadas a la orden de protección, se ha diseñado un procedimiento especialmente sencillo, accesible a todas las víctimas de la violencia doméstica, de modo que tanto éstas como sus representantes legales o las personas de su entorno familiar más inmediato puedan solicitarla sin formalismos técnicos o costes añadidos. Asimismo, la nueva orden de protección se ha de poder obtener de forma rápida, ya que no habrá una protección real a la víctima si aquélla no es activada con la máxima celeridad. Para ello, continuando en la línea inaugurada por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, por la que se regula el procedimiento de enjuiciamiento rápido de determinados delitos y faltas, la presente regulación se decanta por atribuir la competencia para adoptar la orden de protección al Juez de Instrucción en funciones de guardia. La decisión judicial deberá sustanciarse de manera menos perturbadora en el seno del proceso penal en curso, sea cual fuere su naturaleza y características. A estos efectos se posibilita que la audiencia judicial del presunto agresor coincida con la comparecencia prevista en el artículo 504 bis 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando ésta fuere procedente por la gravedad de los hechos o las circunstancias concurrentes, con audiencia prevista en el artículo 798 si se tratase de causas tramitadas con arreglo al procedimiento de enjuiciamiento rápido, o con el acto del juicio de faltas, en su caso.

Finalmente, la nueva Ley da carta de naturaleza al Registro Central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica, al que tendrán acceso inmediato todas las órdenes de protección dictadas por cualquier juzgado o tribunal y en el que se anotarán, además, los hechos relevantes a efectos de protección a las víctimas de estos delitos y faltas.

#### Artículo 1.

Se modifica el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que queda redactado en los siguientes términos:

«Se consideran como primeras diligencias la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito, y la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis o la orden de protección prevista en el artículo 544 ter de esta Ley».

#### Artículo 2.

Se añade un nuevo artículo 544 ter en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, redactado en los siguientes términos:

«1. El juez de instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 153 del Código penal resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo.

2. La orden de protección será acordada por el juez de oficio o a instancia de la víctima o persona que tenga con ella alguna de las relaciones indicadas en el apartado anterior, o del Ministerio Fiscal.

Sin perjuicio del deber general de denuncia previsto en el artículo 262 de esta Ley, las entidades u organismos asistenciales, públicos o privados, que tuvieran conocimiento de alguno de los hechos mencionados en el apartado anterior deberán ponerlos inmediatamente en conocimiento del juez de guardia o del Ministerio Fiscal con el fin de que se pueda incoar o instar el procedimiento para la adopción de la orden de protección.

3. La orden de protección podrá solicitarse directamente ante la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal, o bien ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, las oficinas de atención a la víctima o los servicios sociales o instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones públicas. Dicha solicitud habrá de ser remitida de forma inmediata al juez competente. En caso de suscitarse dudas acerca de la competencia territorial del juez, deberá iniciar y resolver el procedimiento para la adopción de la orden de protección el juez ante el que se haya solicitado ésta, sin perjuicio de remitir con posterioridad las actuaciones a aquel que resulte competente.

Los servicios sociales y las instituciones referidas anteriormente facilitarán a las víctimas de la violencia doméstica a las que hubieran de prestar asistencia la solicitud de la orden de protección, poniendo a su disposición con esta finalidad información, formularios y, en su caso, canales de comunicación telemáticos con la Administración de Justicia y el Ministerio Fiscal.

4. Recibida la solicitud de orden de protección, el juez de guardia, en los supuestos mencionados en el apartado 1 de este artículo, convocará a una audiencia ur-

gente a la víctima o su representante legal, al solicitante y al agresor, asistido, en su caso, de abogado. Asimismo será convocado el Ministerio Fiscal.

Esta audiencia se podrá sustanciar simultáneamente con la prevista en el artículo 504 bis 2 cuando su convocatoria fuera procedente, con la audiencia regulada en el artículo 798 en aquellas causas que se tramiten conforme al procedimiento previsto en el título III del libro IV de esta Ley o, en su caso, con el acto del juicio de faltas. Cuando excepcionalmente no fuese posible celebrar la audiencia durante el servicio de guardia, el juez ante el que hubiera sido formulada la solicitud la convocará en el plazo más breve posible. En cualquier caso la audiencia habrá de celebrarse en un plazo máximo de 72 horas desde la presentación de la solicitud.

Durante la audiencia, el Juez de Guardia adoptará las medidas oportunas para evitar la confrontación entre el agresor y la víctima, sus hijos y los restantes miembros de la familia. A estos efectos dispondrá que su declaración en esta audiencia se realice por separado.

Celebrada la audiencia, el Juez de Guardia resolverá mediante auto lo que proceda sobre la solicitud de la orden de protección, así como sobre el contenido y vigencia de las medidas que incorpore. Sin perjuicio de ello, el Juez de Instrucción podrá adoptar en cualquier momento de la tramitación de la causa las medidas previstas en el artículo 544 bis.

5. La orden de protección confiere a la víctima de los hechos mencionados en el apartado 1 un estatuto integral de protección que comprenderá las medidas cautelares de orden civil y penal contempladas en este artículo y aquellas otras medidas de asistencia y protección social establecidas en el ordenamiento jurídico.

La orden de protección podrá hacerse valer ante cualquier autoridad y Administración Pública.

6. Las medidas cautelares de carácter penal podrán consistir en cualesquiera de las previstas en la legislación procesal criminal. Sus requisitos, contenido y vigencia serán los establecidos con carácter general en esta Ley. Se adoptarán por el Juez de Instrucción atendiendo a la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima.

7. Las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal, cuando existan hijos menores o incapaces, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código civil. Estas medidas podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

Las medidas de carácter civil contenidas en la orden de protección tendrán una vigencia temporal de 30 días. Si dentro de este plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda. En este término las medidas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el juez de primera instancia que resulte competente.

8. La orden de protección será notificada a las partes, y comunicada por el juez inmediatamente, mediante testimonio íntegro, a la víctima y a las Administraciones públicas competentes para la adopción de medidas de protección, sean éstas de seguridad o de asistencia social, jurídica, sanitaria, psicológica o de cualquier otra índole. A estos efectos se establecerá reglamentariamente un sistema integrado de coordinación administrativa que garantice la agilidad de estas comunicaciones.

9. La orden de protección implicará el deber de informar permanentemente a la víctima sobre la situación procesal del imputado así como sobre el alcance y vi-

gencia de las medidas cautelares adoptadas. En particular, la víctima será informada en todo momento de la situación penitenciaria del agresor. A estos efectos se dará cuenta de la orden de protección a la Administración penitenciaria.

10. La orden de protección será inscrita en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica.

11. En aquellos casos en que durante la tramitación de un procedimiento penal en curso surja una situación de riesgo para alguna de las personas vinculadas con el imputado por alguna de las relaciones indicadas en el apartado 1 de este artículo, el Juez o Tribunal que conozca de la causa podrá acordar la orden de protección de la víctima con arreglo a lo establecido en los apartados anteriores».

Disposición adicional primera.

El Gobierno, a propuesta del Ministerio de Justicia, oído el Consejo General del Poder Judicial y la Agencia de Protección de Datos, dictará las disposiciones reglamentarias oportunas relativas a la organización del Registro Central para la protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica, así como al régimen de inscripción y cancelación de sus asientos y el acceso a la información contenida en el mismo, asegurando en todo caso su confidencialidad.

Disposición adicional segunda.

El seguimiento de la implantación de esta Ley se llevará a cabo por una comisión integrada por representantes del Consejo General del Poder Judicial, de la Fiscalía General del Estado, de las profesiones jurídicas y de los Ministerios de Justicia, Interior y Trabajo y Asuntos Sociales, así como por una representación de las Comunidades Autónomas y de las entidades locales.

Corresponderá a esta comisión la elaboración de protocolos de alcance general para la implantación de la orden de protección regulada en esta Ley, así como la adopción de instrumentos adecuados de coordinación que aseguren la efectividad de las medidas de protección y de seguridad adoptadas por los jueces y tribunales y las Administraciones públicas competentes.

Disposición final única.

La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

## LEY ORGÁNICA 11/2003, DE 29 DE SEPTIEMBRE, DE MEDIDAS CONCRETAS EN MATERIA DE SEGURIDAD CIUDADANA, VIOLENCIA DOMÉSTICA E INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS EXTRANJEROS

(«BOE» núm. 234, de 30 de septiembre de 2003)

### EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

#### I

El Plan de lucha contra la delincuencia, presentado por el Gobierno el día 12 de septiembre de 2002, contemplaba un conjunto de actuaciones que incluían medidas tanto organizativas como legislativas. Entre estas últimas se ponía un especial acento

en las medidas dirigidas a fortalecer la seguridad ciudadana, combatir la violencia doméstica y favorecer la integración social de los extranjeros.

Esta Ley Orgánica viene a completar el conjunto de medidas legislativas que sirven de desarrollo a dicho plan y, por ello, no debe considerarse aisladamente, sino en el conjunto de iniciativas del Gobierno para mejorar la protección de los derechos de los ciudadanos, especialmente frente a las agresiones de la delincuencia.

Alcanzar estos objetivos exige abordar una serie de reformas en las materias mencionadas para lograr un perfeccionamiento del ordenamiento jurídico, cuyos elementos esenciales se exponen a continuación.

## II

La realidad social ha puesto de manifiesto que uno de los principales problemas a los que tiene que dar respuesta el ordenamiento jurídico penal es el de la delincuencia que reiteradamente comete sus acciones, o lo que es lo mismo, la delincuencia profesionalizada. Son numerosos los ejemplos de aquellos que cometen pequeños delitos en un gran número de ocasiones, delitos que debido a su cuantía individualizada no obtienen una respuesta penal adecuada.

El presente texto establece, en primer lugar, medidas dirigidas a dar una respuesta adecuada a aquellos supuestos en que los autores ya han sido condenados por la realización de actividades delictivas, a través de la aplicación de la agravante de reincidencia, en este caso cualificada por el número de delitos cometidos, siguiendo un criterio ya establecido en nuestra doctrina y en nuestros textos legales.

Se introduce, por tanto, una nueva circunstancia agravante de reincidencia cuando se dé la cualificación de haber sido el imputado condenado ejecutoriamente por tres delitos, permitiéndose, en este caso, elevar la pena en grado. Dicha circunstancia de agravación es compatible con el principio de responsabilidad por el hecho, siendo el juzgador el que, ponderando la magnitud de pena impuesta en las condiciones precedentes y el número de éstas, así como la gravedad de la lesión o el peligro para el bien jurídico producido por el nuevo hecho, imponga, en su caso, la pena superior en grado.

Por otra parte, se recogen medidas dirigidas a mejorar la aplicación de la respuesta penal a la habitualidad de la conducta cuando los hechos infractores del Código Penal cometidos con anterioridad no hubieran sido aún juzgados y condenados.

Así, los artículos 147, respecto a las lesiones, 234, respecto al hurto y 244, respecto a la sustracción de vehículos, establecen una pena de delito para la reiteración en la comisión de faltas, siempre que la frecuencia sea la de cuatro conductas constitutivas de falta en el plazo de un año, y en el caso de los hurtos o sustracción de vehículos de motor el montante acumulado supere el mínimo exigido para el delito.

## III

El fenómeno de la violencia doméstica tiene un alcance ciertamente pluridisciplinar. Es preciso abordarlo con medidas preventivas, con medidas asistenciales y de intervención social a favor de la víctima, con medidas incentivadoras de la investigación, y también con medidas legislativas orientadas a disuadir de la comisión de estos delitos.

Por ello, los delitos relacionados con la violencia doméstica han sido objeto en esta reforma de una preferente atención, para que el tipo delictivo alcance a todas sus manifestaciones y para que su regulación cumpla su objetivo en los aspectos preventivos y represivos. También se ha incrementado de manera coherente y proporcionada su penalidad y se han incluido todas las conductas que puedan afectar al bien jurídico protegido.

En esta línea, en primer lugar, las conductas que son consideradas en el Código penal como falta de lesiones, cuando se cometen en el ámbito doméstico pasan a considerarse delitos, con lo cual se abre la posibilidad de imponer pena de prisión y, en todo caso, la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas. Por esta razón se ajusta técnicamente la falta regulada en el artículo 617.

En segundo lugar, respecto a los delitos de violencia doméstica cometidos con habitualidad, se les dota de una mejor sistemática, se amplía el círculo de sus posibles víctimas, se impone, en todo caso, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas y se abre la posibilidad de que el Juez o Tribunal sentenciador acuerde la privación de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento.

#### IV

Nuestro ordenamiento jurídico proporciona una adecuada respuesta y protección a los extranjeros que residen legalmente en España. Sin embargo, también es cierto que la experiencia acumulada frente a un fenómeno cada vez más importante exige abordar reformas desde diversas perspectivas:

1.º La respuesta penal frente a los extranjeros no residentes legalmente en España que cometen delitos. Se introducen cambios en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 89, en coherencia con la reforma de la Ley sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración social, para dar adecuado cauce a que el juez penal acuerde la sustitución de la pena impuesta al extranjero no residente legalmente en España que ha cometido un delito, por su expulsión. En concreto, se establece que, en el caso de extranjeros que, además de no ser residentes legalmente en España, cometan un delito castigado con pena de prisión inferior a seis años, la regla general sea la sustitución de la pena por la expulsión. Si la pena de prisión es igual o superior a seis años, una vez que cumpla en España las tres cuartas partes de la condena o alcance el tercer grado de tratamiento penitenciario, se acordará, también como regla general, la expulsión.

De esta forma se logra una mayor eficacia en la medida de expulsión, medida que, no podemos olvidar, se alcanzaría de todas maneras por la vía administrativa al tratarse de personas que no residen legalmente en España y que han delinquido. En definitiva, se trata de evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto.

Paralelamente se reforma el artículo 108 del Código penal para establecer, con carácter general, la expulsión de los extranjeros no residentes legalmente en España en sustitución de las medidas de seguridad aplicadas por el Juez o Tribunal a consecuencia de la comisión de un delito.

2.º La respuesta penal frente a las nuevas formas de delincuencia que se aprovechan del fenómeno de la inmigración para cometer sus delitos.

La modificación de los artículos 318 y 318 bis del Código penal (y la necesaria adaptación técnica a los mismos del 188) tienen como finalidad combatir el tráfico ilegal de personas, que impide la integración de los extranjeros en el país de destino.

La Unión Europea ha desplegado un notable esfuerzo en este sentido, ya que el Tratado establece, entre los objetivos atribuidos a la Unión, la lucha contra la trata de seres humanos, aproximando cuando proceda las normas de Derecho penal de los Estados miembros. La prioridad de esta acción se recordó en el Consejo Europeo de Tampere, y se ha concretado en las recientes iniciativas del Consejo para establecer

un marco penal común de ámbito europeo relativo a la lucha contra la trata de seres humanos y a la lucha contra la inmigración clandestina.

Nuestro ordenamiento jurídico ya recogía medidas para combatir este tipo de delincuencia, realizando la presente reforma una tarea de consolidación y perfeccionamiento de las mismas. El nuevo texto contiene un importante aumento de la penalidad al respecto, estableciendo que el tráfico ilegal de personas –con independencia de que sean o no trabajadores– será castigado con prisión de cuatro a ocho años. Con ello, los umbrales de penas resultantes satisfacen plenamente los objetivos de armonización que se contienen en la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares.

En aras a una efectiva protección de las personas mediante la prevención de este tipo de conductas, se agravan las penas cuando el tráfico ilegal, entre otros supuestos, ponga en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, o la víctima sea menor de edad o incapaz.

Por último, se ha incluido en el artículo 318 la posibilidad de que los jueces o tribunales impongan alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 del Código penal.

3.º La existencia de formas delictivas surgidas de prácticas contrarias a nuestro ordenamiento jurídico.

Por otro lado, la reforma se plantea desde el reconocimiento de que con la integración social de los extranjeros en España aparecen nuevas realidades a las que el ordenamiento debe dar adecuada respuesta. Así, como novedad igualmente reseñable, se tipifica el delito de mutilación genital o ablación. Y ello porque la mutilación genital de mujeres y niñas es una práctica que debe combatirse con la máxima firmeza, sin que pueda en absoluto justificarse por razones pretendidamente religiosas o culturales. Esta reforma ya había sido planteada en el seno de las Cortes a través de una proposición de ley que pretendía introducir una cláusula interpretativa sobre la represión de la mutilación genital femenina.

En la actual reforma se modifica el artículo 149 del Código penal, mencionando expresamente en su nuevo apartado 2 la mutilación genital, en cualquiera de sus manifestaciones, como una conducta encuadrable entre las lesiones de dicho artículo, castigadas con prisión de seis a 12 años.

Se prevé, además, que, si la víctima fuera menor de edad o incapaz, se aplicará la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, si el juez lo estima adecuado al interés del menor. En la mayoría de las ocasiones, son los padres o familiares directos de la víctima quienes la obligan a someterse a este tipo de mutilaciones aberrantes, por lo cual la inhabilitación especial resulta absolutamente necesaria para combatir estas conductas y proteger a la niña de futuras agresiones o vejaciones.

4.º La adecuación de las instituciones civiles a las nuevas culturas que conviven en nuestro país.

Con el objetivo de mejorar la integración social de los inmigrantes en España y de garantizar que disfrutan de semejantes derechos a los nacionales, se aborda una reforma del Código civil en materia de separación y divorcio para garantizar la protección de la mujer frente a nuevas realidades sociales que aparecen con el fenómeno de la inmigración. En concreto, se modifica, siguiendo los trabajos realizados por la Comisión General de Codificación, el artículo 107 del Código civil para solventar los problemas que encuentran ciertas mujeres extranjeras, fundamentalmente de origen musulmán, que solicitan la separación o el divorcio.

El interés de una persona de lograr la separación o el divorcio, por ser expresión de su autonomía personal, debe primar sobre el criterio que supone la aplicación de la ley nacional. Y sucede que, en estos casos, la aplicación de la ley nacional común de los cónyuges dificulta el acceso a la separación y al divorcio de determinadas personas residentes en España.

Para ello, se reforma el artículo 107 del Código civil estableciendo que se aplicará la Ley española cuando uno de los cónyuges sea español o residente en España, con preferencia a la ley que fuera aplicable si esta última no reconociera la separación o el divorcio, o lo hiciera de forma discriminatoria o contraria al orden público.

5.º Por último, la adaptación de la Ley de Extranjería a la realidad delictiva y procesal existente.

Esta Ley Orgánica reforma también la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, ya fue modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, para mejorar el régimen jurídico de entrada y permanencia en territorio español de los extranjeros.

Se trata ahora, mediante la reforma de los apartados 4 y 7 del artículo 57 y del artículo 62.1, de mejorar la regulación actual en materia de expulsión para lograr una coordinación adecuada cuando se produce la tramitación simultánea de procedimientos administrativo y penal.

Con la nueva redacción del apartado 4 del artículo 57 se mejora el texto actual, aclarando que la expulsión, además de conllevar «en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer en España de la que fuese titular el extranjero expulsado», implicará también «el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España».

Igualmente, esta Ley Orgánica, al modificar el artículo 57.7 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, trata de hacer frente a los problemas que se derivan de los supuestos en que los extranjeros se encuentran sujetos a uno o varios procesos penales. La solución que se adopta consiste en prever que cuando un extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta castigado con una pena privativa de libertad inferior a seis años, si existe orden de expulsión debidamente dictada, se autorice judicialmente la expulsión.

La nueva redacción del artículo 57.7 establece un procedimiento especialmente ágil y urgente para ello. En él, la autoridad gubernativa solicita la autorización judicial para llevar a cabo la expulsión acordada en un expediente administrativo cuando el extranjero se encuentre incurso en un procedimiento penal. El plazo para dictar dicha resolución judicial es muy breve, pues no podrá pasar de los tres días. Con ello se garantiza la eficacia de la orden de expulsión incluso en los supuestos de coincidencia con procesos penales. También se prevé el modo de actuar cuando sean varios los órganos judiciales que están conociendo procesos penales contra un mismo ciudadano extranjero. En este caso, como es lógico, se impone a la autoridad gubernativa el deber de solicitar la autorización de la expulsión a todos esos órganos jurisdiccionales.

Por último, esta reforma también mejora la regulación de la resolución judicial que dispone el ingreso del extranjero en un centro de internamiento. Con ella se trata de garantizar que las resoluciones administrativas o judiciales de expulsión no queden sin efecto por la imposibilidad de hallar al extranjero.

Artículo 1. *Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal.*

Uno. Se modifica el artículo 23, que queda redactado como sigue:

«Artículo 23.

Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente».

Dos. Se modifica el artículo 66, que queda redactado como sigue:

«Artículo 66.

En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas:

1.<sup>a</sup> Cuando concorra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la Ley para el delito.

2.<sup>a</sup> Cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concorra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la Ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes.

3.<sup>a</sup> Cuando concorra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la Ley para el delito.

4.<sup>a</sup> Cuando concurren más de dos circunstancias agravantes y no concorra atenuante alguna, podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la Ley, en su mitad inferior.

5.<sup>a</sup> Cuando concorra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la Ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido.

A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.

6.<sup>a</sup> Cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la Ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.

7.<sup>a</sup> Cuando concurren atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior.

8.<sup>a</sup> Cuando los jueces o tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión.

2. En los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior».

Tres. Se modifican los apartados 1, 2 y 3 del artículo 89, que quedan redactados como sigue:

«1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

Igualmente, los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, acordarán en sentencia la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

La expulsión se llevará a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 del Código penal.

La expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

En el supuesto de que, acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente.

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión, y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena.

3. El extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada a la que se refieren los apartados anteriores será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad».

Cuatro. Se modifica el artículo 108, que queda redactado como sigue:

«Artículo 108.

1. Si el sujeto fuera extranjero no residente legalmente en España, el Juez o Tribunal acordará en la sentencia, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad que le sean aplicables, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España.

La expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

En el supuesto de que, acordada la sustitución de la medida de seguridad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la medida de seguridad originariamente impuesta.

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión.

3. El extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada a la que se refieren los apartados anteriores será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad».

Cinco. Se añade un párrafo al apartado 1 y se modifica el apartado 2 del artículo 147, con la siguiente redacción:

«Con la misma pena será castigado el que, en el plazo de un año, haya realizado cuatro veces la acción descrita en el artículo 617 de este Código.

2. No obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses, cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido».

Seis. Se modifica el artículo 149, que queda redactado como sigue:

«Artículo 149.

1. El que causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años.

2. El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años. Si la víctima fuera menor o incapaz, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz».

Siete. Se modifica el artículo 153, que queda redactado como sigue:

«Artículo 153.

El que por cualquier medio o procedimiento causara a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpeará o maltratará de obra a otro sin causarle lesión, o amenazará a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza».

Ocho. Se modifica el artículo 173, que queda redactado como sigue:

«Artículo 173.

1. El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

2. El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda

en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

3. Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores».

Nueve. Se modifica el artículo 188, que queda redactado como sigue:

«Artículo 188.

1. El que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de 12 a 24 meses. En la misma pena incurrirá el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma.

2. Se impondrán las penas correspondientes en su mitad superior, y además la pena de inhabilitación absoluta de seis a 12 años, a los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior prevalidándose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

3. Si las mencionadas conductas se realizaran sobre persona menor de edad o incapaz, para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución, se impondrá al responsable la pena superior en grado a la que corresponda según los apartados anteriores.

4. Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida».

Diez. Se añade un párrafo segundo al artículo 234, que queda redactado como sigue:

«Con la misma pena se castigará al que en el plazo de un año realice cuatro veces la acción descrita en el artículo 623.1 de este Código, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito».

Once. Se añade un párrafo segundo al apartado 1 del artículo 244, que queda redactado como sigue:

«Con la misma pena se castigará al que en el plazo de un año realice cuatro veces la acción descrita en el artículo 623.3 de este Código, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito».

Doce. Se modifica el artículo 318, que queda redactado como sigue:

«Artículo 318.

Cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código».

Trece. Se modifica el artículo 318 bis, que queda redactado como sigue:

«Artículo 318 bis.

1. El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.

2. Si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas, serán castigados con la pena de cinco a 10 años de prisión.

3. Los que realicen las conductas descritas en cualquiera de los dos apartados anteriores con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o siendo la víctima menor de edad o incapaz o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, serán castigados con las penas en su mitad superior.

4. En las mismas penas del apartado anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a 12 años, incurrirán los que realicen los hechos prevariándose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

5. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados 1 a 4 de este artículo, en sus respectivos casos, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades.

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.

En los supuestos previstos en este apartado la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.

6. Los tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada».

Catorce. Se modifica el párrafo 1.º del artículo 515, que queda redactado como sigue:

«1.º Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada».

Quince. Se deroga el último párrafo del apartado 2 del artículo 617.

Artículo 2. *Modificación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.*

Uno. El apartado 4 del artículo 57 tendrá la siguiente redacción:

«4. La expulsión conllevará, en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer en España, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España del extranjero expulsado».

Dos. El apartado 7 del artículo 57 tendrá la siguiente redacción:

«7. a) Cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la Ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa someterá al Juez que, previa audiencia del Ministerio Fiscal, autorice, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, su expulsión, salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación.

En el caso de que el extranjero se encuentre sujeto a varios procesos penales tramitados en diversos juzgados, y consten estos hechos acreditados en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa instará de todos ellos la autorización a que se refiere el párrafo anterior.

b) No obstante lo señalado en el párrafo a) anterior, el Juez podrá autorizar, a instancias del interesado y previa audiencia del Ministerio Fiscal, la salida del extranjero del territorio español en la forma que determina la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

c) No serán de aplicación las previsiones contenidas en los párrafos anteriores cuando se trate de delitos tipificados en los artículos 312, 318 bis, 515.6.ª, 517 y 518 del Código penal».

Tres. El apartado 1 del artículo 61 queda redactado como sigue:

«1. Desde el momento en que se incoe un procedimiento sancionador en el que pueda proponerse la expulsión, el instructor, a fin de asegurar la resolución final que pudiera recaer, podrá adoptar alguna de las siguientes medidas cautelares:

a) Presentación periódica ante las autoridades competentes.

b) Residencia obligatoria en determinado lugar.

c) Retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado del resguardo acreditativo de tal medida.

d) Detención cautelar, por la autoridad gubernativa o sus agentes, por un período máximo de 72 horas previas a la solicitud de internamiento.

En cualquier otro supuesto de detención, la puesta a disposición judicial se producirá en un plazo no superior a 72 horas.

e) Internamiento preventivo, previa autorización judicial en los centros de internamiento».

Cuatro. El apartado 1 del artículo 62 tendrá la siguiente redacción:

«1. Incoado el expediente por las causas comprendidas en los párrafos a) y b) del apartado 1 del artículo 54, así como a), d) y f) del artículo 53, en el que pueda

proponerse la sanción de expulsión del territorio español, el instructor podrá solicitar al Juez de Instrucción competente que disponga su ingreso en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador, sin que sea necesario que haya recaído resolución de expulsión.

El Juez, previa audiencia del interesado, resolverá mediante auto motivado, atendidas las circunstancias concurrentes y, en especial, el hecho de que carezca de domicilio o de documentación, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes».

### Artículo 3. *Modificación del Código civil*

Uno. La rúbrica del capítulo XI del título IV del libro I del Código civil quedará redactada del siguiente modo:

«Ley aplicable a la nulidad, la separación y el divorcio».

Dos. El segundo párrafo del apartado 2 del artículo 9 del Código civil quedará redactado del siguiente modo:

«La nulidad, la separación y el divorcio se regirán por la Ley que determina el artículo 107».

Tres. El artículo 107 del Código civil quedará redactado del siguiente modo:

«Artículo 107.

1. La nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración.

2. La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual común del matrimonio en dicho momento y, en defecto de ésta, por la ley de la última residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado.

En todo caso, se aplicará la Ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España:

a) Si no resultara aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas.

b) Si en la demanda presentada ante tribunal español la separación o el divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro.

c) Si las leyes indicadas en el párrafo primero de este apartado no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público».

### Disposición final primera. *Carácter de esta Ley.*

El artículo tercero de esta Ley tiene carácter ordinario y se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil, conforme al artículo 149.1.8.º de la Constitución.

### Disposición final segunda. *Entrada en vigor.*

La presente Ley Orgánica entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

**LEY ORGÁNICA 15/2003, DE 25 DE NOVIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL**

(«BOE» núm. 283, de 26 de noviembre de 2003)

**EXPOSICIÓN DE MOTIVOS****I**

El vigente Código penal fue aprobado mediante la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. El tiempo transcurrido desde entonces ha puesto de manifiesto que es preciso llevar a cabo su actualización para abordar nuevas necesidades surgidas con la experiencia obtenida con su aplicación.

La iniciativa reformadora se ha planteado en distintos ámbitos. Ya en 1998 el Congreso de los Diputados aprobó una Resolución instando al Consejo General del Poder Judicial a estudiar la efectiva aplicación del Código penal, detectando los problemas que la misma comportaba. El citado Consejo General rindió su informe el día 12 de julio de 1999 con el análisis de aquellos aspectos que han planteado mayor complejidad en la aplicación del nuevo Código.

Asimismo, el Presidente del Gobierno, en su discurso de investidura ante el Congreso de los Diputados, celebrado el día 25 de abril de 2000, anunció la reforma del proceso penal, del sistema de penas y del control de su cumplimiento, y la intención del Gobierno de encomendar a una comisión técnica el correspondiente estudio previo. En cumplimiento de este compromiso ante la Cámara, se constituyó por Orden del Ministro de Justicia, de 14 de julio de 2000, una Comisión Técnica de Reforma del Sistema de Penas en el seno del Ministerio de Justicia, para realizar un estudio sobre el sistema de penas contenido en el Código penal, su grado de aplicación y eficacia, y la formulación, en su caso, de una propuesta de reforma legal.

La propuesta elevada por dicha Comisión Técnica fundamenta muchas de las reformas del articulado del Código penal que se contienen en esta Ley Orgánica.

Junto a esta propuesta, que tiene por objeto, esencialmente, el régimen de penas y su aplicación, la reforma del Código penal pretende la adaptación de los tipos ya existentes y la introducción de nuevas figuras delictivas, en los términos que se desprenden de las diferentes propuestas parlamentarias y de acuerdo con las más acuciantes preocupaciones sociales, con el fin de conseguir que el ordenamiento penal dé una respuesta efectiva a la realidad delictiva actual.

Las reformas del Código penal que se contienen en esta Ley Orgánica se han abordado en el marco de una revisión parcial, pero sistemática y coherente, del actual Código penal. Por ello, se ha respetado la estructura y los principios del mismo, la unidad y el sistema del Código penal de 1995. Por ello, las modificaciones operadas en un importante número de artículos responden exclusivamente a la inclusión de determinadas novedades de carácter técnico como son la sustitución de las denominaciones en pesetas por euros, la inclusión de nuevas penas, la mejora de la sistemática, entre otras.

**II**

Las reformas más destacables en la parte general del Código penal son las siguientes:

a) La duración mínima de la pena de prisión pasa de seis a tres meses, con el fin de que la pena de privación de libertad de corta duración pueda cumplir su función de prevención general adecuada respecto de los delitos de escasa importancia.

Al mismo tiempo, esta duración mínima permite estructurar de forma más adecuada la relación existente entre faltas y delitos y la escala de penalidad aplicable a ambos.

b) Se establece en cinco años la duración de la pena que permite distinguir entre la grave de prisión y la menos grave, con lo que se consigue una regulación armonizada con la distribución de competencias entre el Juzgado de lo Penal y la Audiencia Provincial prevista en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de modo que la Audiencia Provincial conocerá de los delitos castigados con penas graves y los Juzgados de lo Penal de los delitos castigados con penas menos graves.

c) Se suprime la pena de arresto de fin de semana, cuya aplicación práctica no ha sido satisfactoria, sustituyéndose, según los casos, por la pena de prisión de corta duración –de tres meses en adelante en los delitos–, por la pena de trabajo en beneficio de la comunidad o por la pena de localización permanente, que se crea en esta Ley Orgánica.

d) La pena de localización permanente es una importante novedad que trata de dar una respuesta penal efectiva a determinados tipos delictivos y que se basa en la aplicación de nuevas medidas que proporciona el desarrollo de la tecnología. La configuración de esta pena permite su aplicación con éxito para prevenir conductas típicas constitutivas de infracciones penales leves, al mismo tiempo que se evitan los efectos perjudiciales de la reclusión en establecimientos penitenciarios. En relación con su aplicación, se prevé que se cumpla en el domicilio o en otro lugar señalado por el Juez o Tribunal por un período de tiempo que no puede exceder de doce días, ya sean consecutivos o los fines de semana, si el Juez o Tribunal sentenciador lo considera más procedente.

e) Se potencia y mejora sustantivamente la eficacia de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, no sólo por su aplicación a un mayor número de delitos y faltas, sino también por la incorporación al Código penal del régimen jurídico de su incumplimiento.

f) Se amplía la duración máxima de las penas de alejamiento y de no aproximación a la víctima, incluyéndose la previsión de su cumplimiento simultáneo con la de prisión e incluso concluida la pena, para evitar el acercamiento durante los permisos de salida u otros beneficios penitenciarios o después de su cumplimiento. Se establecen por separado las tres modalidades existentes en la actualidad, con el fin de que se pueda imponer la que corresponda a la verdadera naturaleza del delito: la prohibición de residir y acudir a determinados lugares, la prohibición de aproximación a la víctima u otras personas y la prohibición de comunicación con la víctima u otras personas. Y, por último, se mejora técnicamente para que sirva con más eficacia a la prevención y represión de los delitos y, en especial, a la lucha contra la violencia doméstica, estableciéndose la posible suspensión del régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos, así como la prohibición de comunicaciones por medios informáticos o telemáticos. Esta misma reforma se hace en la regulación de la medida de seguridad equivalente.

g) Se introducen otras novedades como la ampliación de la duración máxima de la pena de privación del derecho a la tenencia de armas, que pasa de 10 a 15 años, o la aclaración de la pena de privación del permiso de conducir vehículos a motor de modo que se especifica que el condenado no podrá conducir ni vehículos ni ciclomotores cuando se le imponga dicha pena.

h) Se modifica el delito continuado, de modo que el autor de un delito o falta continuados podrá ser castigado con la pena en su mitad superior, como en la actualidad, pero pudiendo llegar a imponerse la pena en grado superior en su mitad inferior, atendiendo a las circunstancias del delito.

i) En relación con la suspensión de la ejecución, se introduce la novedad de excluir, a estos efectos, del conjunto de la pena o penas impuestas, la pena derivada del impago de la multa.

j) Se introducen importantes medidas tendentes a favorecer la rehabilitación de aquellos que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de drogas, alcohol o sustancias psicotrópicas. Para ello, se permite obtener el beneficio de la suspensión cuando las penas impuestas sean hasta de cinco años, y no sólo hasta tres como ocurría hasta el momento. Además, con objeto de que la medida sea eficaz, se mejora el régimen de los requisitos que ha de cumplir el condenado, del tratamiento a que ha de someterse y de su supervisión periódica. De forma coordinada se prevé que, cuando esté próximo el vencimiento de la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial o de deshabitación, se comunique al Ministerio Fiscal para que inste, si fuera procedente, la declaración de incapacidad ante la jurisdicción civil.

k) En relación con la sustitución de las penas se incluye como novedad que, en el caso de que las penas no excedan de dos años en relación con los reos no habituales, puedan ser sustituidas por multa y trabajos en beneficio de la comunidad, con la finalidad de potenciar la aplicación de esta última modalidad penológica y conseguir un claro efecto resocializador y reeducativo.

l) Se aborda la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al establecerse que cuando se imponga una pena de multa al administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica por hechos relacionados con su actividad, ésta será responsable del pago de manera directa y solidaria. Asimismo, en los supuestos de tráfico de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, se prevé la posibilidad de que si el delito se ha cometido a través de una sociedad u organización ésta, además de poder ser clausurada, suspendida en su actividad, disuelta o intervenida, pueda ser privada del derecho a obtener beneficios fiscales y puedan ser sus bienes objeto de comiso.

m) Se modifica el ámbito y alcance del comiso, con el fin de evitar que la comisión del delito pueda producir el más mínimo enriquecimiento para sus autores y partícipes, así como mejorar la represión de los delitos, en especial de narcotráfico y blanqueo de dinero. Para ello se extiende el comiso a los bienes, medios o instrumentos con los que se haya preparado el delito así como a las ganancias provenientes del mismo, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar, incluso si se hubieran transmitido a un tercero, salvo que éste los hubiera recibido legalmente de buena fe. También se incorpora el comiso de bienes por valor equivalente, así como se prevé la posibilidad de acordarlo por el tribunal, incluso cuando no se imponga pena a alguno de los imputados por estar exento de responsabilidad criminal.

n) En relación con la multa se introducen diversas modificaciones, que tienen como principales objetivos su coordinación con la pena de prisión, su adaptación a la verdadera situación económica y familiar del condenado y su imposición atendiendo a la verdadera naturaleza del delito. Estas modificaciones respetan el modelo del Código penal actual, tanto, en términos generales, en cuanto a los supuestos en que configura la multa como una alternativa a la prisión, como en cuanto a la proporcionalidad de dos días de multa por uno de prisión.

ñ) Por último, se introducen determinadas reformas técnicas que afectan, entre otros, al concepto de reo habitual, a la extinción de responsabilidad criminal, a los plazos de prescripción de los delitos y a la cancelación de los antecedentes penales.

### III

Por lo que se refiere a la reforma de la parte especial del Código penal, las modificaciones pueden estructurarse en torno a dos categorías: aquellas que se refieren a los criterios generales sobre la penalidad a imponer en cada caso, que son, principalmente, consecuencia de las anteriores modificaciones de la parte general, y aquellas que se refieren a tipos delictuales nuevos.

Las primeras se han introducido teniendo en cuenta los principios de proporcionalidad, coherencia y respeto a la sistemática que presiden esta reforma, teniendo en cuenta, en casos concretos, para imponer la penalidad correspondiente las circunstancias sociales, económicas y culturales.

En cuanto a los delitos, cabe destacar las siguientes modificaciones:

a) Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual se modifican para impedir interpretaciones que impidan penar determinadas conductas de una especial gravedad.

b) Respecto a los delitos relativos a la corrupción de menores, se ha abordado una importante reforma del delito de pornografía infantil, endureciendo las penas, mejorando la técnica en la descripción de las conductas e introduciendo tipos como la posesión para el propio uso del material pornográfico en el que se hayan utilizado menores o incapaces o los supuestos de la nominada pornografía infantil virtual.

c) En los delitos de injurias y calumnias contra funcionario público o autoridad administrativa o agente de la misma se ha establecido, de acuerdo con un importante sector de la doctrina, que puedan ser perseguidas de oficio cuando sea sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos.

d) Los delitos de incumplimiento de obligaciones derivadas de los convenios judicialmente aprobados o resoluciones judiciales en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de los hijos se mantienen y se incorpora una falta para el caso de las conductas de ínfima gravedad, en este último caso incluyendo cualquier incumplimiento de obligaciones no sólo aquellas que tengan contenido económico.

e) Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial son objeto de una agravación de la pena y, en todo caso, de la mejora técnica de su tipificación, de acuerdo con la realidad social, la configuración del tipo delictivo y su repercusión en la vida económica y social. Por ello, desaparece también el requisito de la persecución de estos delitos a instancia de la víctima, de modo que a partir de ahora podrán perseguirse de oficio.

f) Se incorporan las figuras delictivas relacionadas con el acceso a los servicios de radiodifusión sonora o televisiva o servicios interactivos prestados a distancia por vía electrónica, haciendo una minuciosa regulación de las conductas que atentan directa y gravemente contra la prestación de estos servicios, y castigando la manipulación de los equipos de telecomunicación, como en el caso de los teléfonos móviles. Con ello se trata de dar respuesta a los fenómenos delictivos surgidos en torno al fenómeno de la incorporación masiva de las tecnologías de la información y de la comunicación a todos los sectores sociales.

g) Se realizan determinadas modificaciones en los tipos delictivos que afectan al medio ambiente, bienes jurídicos especialmente protegidos y objeto de una creciente preocupación social.

h) El maltrato de animales domésticos se configura como delito cuando la conducta sea grave, manteniéndose la falta únicamente para los supuestos leves.

Asimismo, se introduce como falta el abandono de animales.

i) Los delitos contra la salud pública han sido objeto de una mejora técnica, modificándose su descripción, la determinación de los distintos supuestos agravados y atenuados, con sus correspondientes consecuencias en la pena, y la ampliación del alcance de la figura del comiso. Se amplía sensiblemente la proyección de la responsabilidad penal sobre las personas jurídicas y se establece un agravamiento de la pena cuando las conductas tengan lugar en centros docentes, en centros, establecimientos o unidades militares, en establecimientos penitenciarios o en centros de deshabitación o rehabilitación o en sus proximidades, así como cuando el culpable empleare violencia o exhibiere o hiciese uso de armas para cometer el hecho.

j) Las alteraciones del orden con ocasión de la celebración de eventos o espectáculos con asistencia de un gran número de personas son objeto de una especial atención, estableciéndose tipos específicos y previéndose la imposición de la pena de privación de acudir a eventos o espectáculos de la misma naturaleza de aquellos en los que hubiera intervenido el condenado, por un tiempo superior hasta tres años a la pena de prisión impuesta.

k) Se definen y regulan los delitos que permiten coordinar nuestra legislación interna con las competencias de la Corte Penal Internacional.

l) En materia de faltas la reforma ha tenido por objeto, principalmente, sustituir la desaparecida pena de arresto de fin de semana. Como ya se ha dicho, esta sustitución se ha realizado mediante la nueva pena de localización permanente, que tiene su origen en el antiguo arresto domiciliario, la pena de realización de trabajos para la comunidad y la pena de prisión de corta duración.

m) Se establece, como se ha señalado, una falta de maltrato de animales cuando la conducta fuese muy leve y no tuviese las consecuencias previstas para el delito. Lo mismo ocurre en relación con la perturbación del orden en los actos públicos o espectáculos deportivos o culturales y con determinadas conductas leves contrarias al medio ambiente.

Artículo único. *Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal.*

Primero. Se modifica el artículo 31, que queda redactado como sigue:

«1. El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.

2. En estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó».

Segundo. Se modifican los apartados 2, 3, 4 y 6 del artículo 33, que quedan redactados como sigue:

«2. Son penas graves:

a) La prisión superior a cinco años.

b) La inhabilitación absoluta.

c) Las inhabilitaciones especiales por tiempo superior a cinco años.

d) La suspensión de empleo o cargo público por tiempo superior a cinco años.

e) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a ocho años.

f) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior a ocho años.

g) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo superior a cinco años.

h) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, por tiempo superior a cinco años.

i) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, por tiempo superior a cinco años.

## 3. Son penas menos graves:

- a) La prisión de tres meses hasta cinco años.
- b) Las inhabilitaciones especiales hasta cinco años.
- c) La suspensión de empleo o cargo público hasta cinco años.
- d) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de un año y un día a ocho años.
- e) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a ocho años.
- f) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo de seis meses a cinco años.
- g) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, por tiempo de seis meses a cinco años.
- h) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, por tiempo de seis meses a cinco años.
- i) La multa de más de dos meses.
- j) La multa proporcional, cualquiera que fuese su cuantía.
- k) Los trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 180 días.

## 4. Son penas leves:

- a) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año.
- b) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres meses a un año.
- c) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo inferior a seis meses.
- d) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses.
- e) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses.
- f) La multa de 10 días a dos meses.
- g) La localización permanente.
- h) Los trabajos en beneficio de la comunidad de uno a 30 días.

6. Las penas accesorias tendrán la duración que respectivamente tenga la pena principal, excepto lo que dispongan expresamente otros preceptos de este Código».

Tercero. Se modifica el artículo 35, que queda redactado como sigue:

«Son penas privativas de libertad la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa».

Cuarto. Se modifica el apartado 1 del artículo 36, que queda redactado como sigue:

«1. La pena de prisión tendrá una duración mínima de tres meses y máxima de 20 años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del presente Código.

Su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en las leyes y en este Código».

Quinto. Se modifica el artículo 37, que queda redactado como sigue:

«1. La localización permanente tendrá una duración de hasta 12 días. Su cumplimiento obliga al penado a permanecer en su domicilio o en lugar determinado fijado por el Juez en sentencia.

2. Si el reo lo solicitare y las circunstancias lo aconsejaren, oído el Ministerio Fiscal, el Juez o Tribunal sentenciador podrá acordar que la condena se cumpla durante los sábados y domingos o de forma no continuada.

3. Si el condenado incumpliera la pena, el Juez o Tribunal sentenciador deducirá testimonio para proceder de conformidad con lo que dispone el artículo 468».

Sexto. Se modifica el artículo 39, que queda redactado como sigue:

«Son penas privativas de derechos:

a) La inhabilitación absoluta.

b) Las de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, u otras actividades determinadas en este Código, o de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela, derecho de sufragio pasivo o de cualquier otro derecho.

c) La suspensión de empleo o cargo público.

d) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

e) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.

f) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos.

g) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

h) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

i) Los trabajos en beneficio de la comunidad».

Séptimo. Se modifica el artículo 40, que queda redactado como sigue:

«1. La pena de inhabilitación absoluta tendrá una duración de seis a 20 años; las de inhabilitación especial, de tres meses a 20 años, y la de suspensión de empleo o cargo público, de tres meses a seis años.

2. La pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, y la de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, tendrán una duración de tres meses a 10 años.

3. La pena de privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos tendrá una duración de hasta 10 años. La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas, o de comunicarse con ellas, tendrá una duración de un mes a 10 años.

4. La pena de trabajos en beneficio de la comunidad tendrá una duración de un día a un año.

5. La duración de cada una de estas penas será la prevista en los apartados anteriores, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos de este Código».

Octavo. Se modifica el artículo 42, que queda redactado como sigue:

«La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere, aunque sea electivo, y de los honores que le sean anejos. Produce, además, la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena. En la sentencia habrán de especificarse los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación».

Noveno. Se modifica el artículo 46, que queda redactado como sigue:

«La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. El Juez o Tribunal podrá acordar esta pena respecto de todos o de alguno de los menores que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso».

Décimo. Se modifica el artículo 48, que queda redactado como sigue:

«1. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito, o a aquél en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos.

2. La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena.

3. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual.

4. El Juez o Tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan».

Undécimo. Se modifica el artículo 49, que queda redactado como sigue:

«Los trabajos en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin el consentimiento del penado, le obligan a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, que podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas. Su duración diaria no podrá exceder de ocho horas y sus condiciones serán las siguientes:

1.<sup>a</sup> La ejecución se desarrollará bajo el control del Juez de Vigilancia Penitenciaria, que, a tal efecto, requerirá los informes sobre el desempeño del trabajo a la Administración, entidad pública o asociación de interés general en que se presten los servicios.

2.<sup>a</sup> No atentará a la dignidad del penado.

3.<sup>a</sup> El trabajo en beneficio de la comunidad será facilitado por la Administración, la cual podrá establecer los convenios oportunos a tal fin.

4.<sup>a</sup> Gozará de la protección dispensada a los penados por la legislación penitenciaria en materia de Seguridad Social.

5.<sup>a</sup> No se supeditará al logro de intereses económicos.

6.<sup>a</sup> Los servicios sociales penitenciarios, hechas las verificaciones necesarias, comunicarán al Juez de Vigilancia Penitenciaria las incidencias relevantes de la ejecución de la pena y, en todo caso, si el penado:

a) Se ausenta del trabajo durante al menos dos jornadas laborales, siempre que ello suponga un rechazo voluntario por su parte al cumplimiento de la pena.

b) A pesar de los requerimientos del responsable del centro de trabajo, su rendimiento fuera sensiblemente inferior al mínimo exigible.

c) Se opusiera o incumpliera de forma reiterada y manifiesta las instrucciones que se le dieran por el responsable de la ocupación referidas al desarrollo de la misma.

d) Por cualquier otra razón, su conducta fuere tal que el responsable del trabajo se negase a seguir manteniéndolo en el centro.

Una vez valorado el informe, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá acordar su ejecución en el mismo centro, enviar al penado para que finalice la ejecución de la misma en otro centro o entender que el penado ha incumplido la pena.

En caso de incumplimiento, se deducirá testimonio para proceder de conformidad con el artículo 468.

7.<sup>a</sup> Si el penado faltara del trabajo por causa justificada no se entenderá como abandono de la actividad. No obstante, el trabajo perdido no se le computará en la liquidación de la condena, en la que se deberán hacer constar los días o jornadas que efectivamente hubiese trabajado del total que se le hubiera impuesto».

Duodécimo. Se modifican los apartados 3, 4 y 6 del artículo 50, que quedan redactados como sigue:

«3. Su extensión mínima será de 10 días y la máxima de dos años.

4. La cuota diaria tendrá un mínimo de dos y un máximo de 400 euros. A efectos de cómputo, cuando se fije la duración por meses o por años, se entenderá que los meses son de 30 días y los años de 360.

6. El Tribunal, por causa justificada, podrá autorizar el pago de la multa dentro de un plazo que no exceda de dos años desde la firmeza de la sentencia, bien de una vez o en los plazos que se determinen. En este caso, el impago de dos de ellos determinará el vencimiento de los restantes».

Decimotercero. Se modifica el artículo 51, que queda redactado como sigue:

«Si, después de la sentencia, variase la situación económica del penado, el Juez o Tribunal, excepcionalmente y tras la debida indagación de dicha situación, podrá modificar tanto el importe de las cuotas periódicas como los plazos para su pago».

Decimocuarto. Se modifica el artículo 52, que queda redactado como sigue:

«1. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores y cuando el Código así lo determine, la multa se establecerá en proporción al daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo.

2. En estos casos, los jueces y tribunales impondrán la multa dentro de los límites fijados para cada delito, considerando para determinar en cada caso su cuantía, no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente la situación económica del culpable.

3. Si, después de la sentencia, empeorase la situación económica del penado, el Juez o Tribunal, excepcionalmente y tras la debida indagación de dicha situación, podrá reducir el importe de la multa dentro de los límites señalados por la Ley para el delito de que se trate, o autorizar su pago en los plazos que se determinen».

Decimoquinto. Se modifican los apartados 1, 3 y 4 del artículo 53, que quedan redactados como sigue:

«1. Si el condenado no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que, tratándose de faltas, podrá cumplirse mediante localización permanente. En este caso, no regirá la limitación que en su duración establece el artículo 37.1 de este Código.

También podrá el Juez o Tribunal, previa conformidad del penado, acordar que la responsabilidad subsidiaria se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad. En este caso, cada día de privación de libertad equivaldrá a una jornada de trabajo.

3. Esta responsabilidad subsidiaria no se impondrá a los condenados a pena privativa de libertad superior a cinco años.

4. El cumplimiento de la responsabilidad subsidiaria extingue la obligación de pago de la multa, aunque mejore la situación económica del penado».

Decimosexto. Se modifica el artículo 56, que queda redactado como sigue:

«1. En las penas de prisión inferiores a diez años, los jueces o tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias, alguna o algunas de las siguientes:

1.º Suspensión de empleo o cargo público.

2.º Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

3.º 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, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el artículo 579 de este Código.

2. Lo previsto en este artículo se entiende sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en otros preceptos de este Código respecto de la imposición de estas penas».

Decimoséptimo. Se modifica el artículo 57, que queda redactado como sigue:

«1. Los jueces o tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave.

No obstante lo anterior, si el condenado lo fuera a pena de prisión y el Juez o Tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y 10 años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave.

En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea.

2. En los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados se

acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior.

3. También podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el artículo 48, por un período de tiempo que no excederá de seis meses, por la comisión de una infracción calificada como falta contra las personas de los artículos 617 y 620».

Decimoctavo. Se modifica el artículo 58, que queda redactado como sigue:

«1. El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada.

2. El abono de prisión provisional en causa distinta de la que se decretó será acordado de oficio o a petición del penado y previa comprobación de que no ha sido abonada en otra causa, por el Juez de Vigilancia Penitenciaria de la jurisdicción de la que dependa el centro penitenciario en que se encuentre el penado, previa audiencia del Ministerio Fiscal.

3. Sólo procederá el abono de prisión provisional sufrida en otra causa cuando dicha medida cautelar sea posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que se pretende abonar.

4. Las reglas anteriores se aplicarán también respecto de las privaciones de derechos acordadas cautelarmente».

Decimonoveno. Se modifica el apartado 1 del artículo 60, que queda redactado como sigue:

«1. Cuando, después de pronunciada sentencia firme, se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, el Juez de Vigilancia Penitenciaria suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad que se le hubiera impuesto, garantizando que reciba la asistencia médica precisa, para lo cual podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad de las previstas en este Código que no podrá ser, en ningún caso, más gravosa que la pena sustituida. Si se tratase de una pena de distinta naturaleza, el Juez de Vigilancia Penitenciaria apreciará si la situación del penado le permite conocer el sentido de la pena y, en su caso, suspenderá la ejecución imponiendo las medidas de seguridad que estime necesarias.

El Juez de Vigilancia comunicará al Ministerio Fiscal, con suficiente antelación, la próxima extinción de la pena o medida de seguridad impuesta, a efectos de lo previsto por la disposición adicional primera de este Código».

Vigésimo. Se modifica el apartado 1 y se añade un apartado 3 al artículo 65, que quedan redactados como sigue:

«1. Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de aquellos en quienes concurran».

«3. Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurran las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la Ley para la infracción de que se trate».

Vigésimo primero. Se modifica el artículo 68, que queda redactado como sigue:

«En los casos previstos en la circunstancia primera del artículo 21, los jueces o tribunales impondrán la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurren, y las circunstancias personales de su autor, sin perjuicio de la aplicación del artículo 66 del presente Código».

Vigésimo segundo. Se modifica el artículo 70, que queda redactado como sigue:

«1. La pena superior e inferior en grado a la prevista por la Ley para cualquier delito tendrá la extensión resultante de la aplicación de las siguientes reglas:

1.<sup>a</sup> La pena superior en grado se formará partiendo de la cifra máxima señalada por la Ley para el delito de que se trate y aumentando a ésta la mitad de su cuantía, constituyendo la suma resultante su límite máximo. El límite mínimo de la pena superior en grado será el máximo de la pena señalada por la Ley para el delito de que se trate, incrementado en un día o en un día multa según la naturaleza de la pena a imponer.

2.<sup>a</sup> La pena inferior en grado se formará partiendo de la cifra mínima señalada para el delito de que se trate y deduciendo de ésta la mitad de su cuantía, constituyendo el resultado de tal deducción su límite mínimo. El límite máximo de la pena inferior en grado será el mínimo de la pena señalada por la Ley para el delito de que se trate, reducido en un día o en un día multa según la naturaleza de la pena a imponer.

2. A los efectos de determinar la mitad superior o inferior de la pena o de concretar la pena inferior o superior en grado, el día o el día multa se considerarán indivisibles y actuarán como unidades penológicas de más o menos, según los casos.

3. Cuando, en la aplicación de la regla 1.<sup>a</sup> del apartado 1 de este artículo, la pena superior en grado exceda de los límites máximos fijados a cada pena en este Código, se considerarán como inmediatamente superiores:

1.<sup>o</sup> Si la pena determinada fuera la de prisión, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de 30 años.

2.<sup>o</sup> Si fuera de inhabilitación absoluta o especial, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de 30 años.

3.<sup>o</sup> Si fuera de suspensión de empleo o cargo público, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de ocho años.

4.<sup>o</sup> Tratándose de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de 15 años.

5.<sup>o</sup> Tratándose de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de 20 años.

6.<sup>o</sup> Tratándose de privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de 20 años.

7.<sup>o</sup> Tratándose de prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de 20 años.

8.<sup>o</sup> Tratándose de prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de 20 años.

9.<sup>o</sup> Si fuera de multa, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de 30 meses».

Vigésimo tercero. Se modifica el artículo 71, que queda redactado como sigue:

«1. En la determinación de la pena inferior en grado, los jueces o tribunales no quedarán limitados por las cuantías mínimas señaladas en la Ley a cada clase de pe-

na, sino que podrán reducirlas en la forma que resulte de la aplicación de la regla correspondiente, sin que ello suponga la degradación a falta.

2. No obstante, cuando por aplicación de las reglas anteriores proceda imponer una pena de prisión inferior a tres meses, ésta será en todo caso sustituida conforme a lo dispuesto en la sección 2.<sup>a</sup> del capítulo III de este título, sin perjuicio de la suspensión de la ejecución de la pena en los casos en que proceda».

Vigésimo cuarto. Se modifica el artículo 72, que queda redactado como sigue:

«Los jueces o tribunales, en la aplicación de la pena, con arreglo a las normas contenidas en este capítulo, razonarán en la sentencia el grado y extensión concreta de la impuesta».

Vigésimo quinto. Se modifican los apartados 1 y 3 del artículo 74, que quedan redactados como sigue:

«1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado».

«3. Quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva».

Vigésimo sexto. Se modifica la rúbrica del capítulo III del título III del libro I del Código penal, que pasa a denominarse:

«De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional».

Vigésimo séptimo. Se modifica el apartado 1 del artículo 80, que queda redactado como sigue:

«1. Los jueces o tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años mediante resolución motivada.

En dicha resolución se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto, así como a la existencia de otros procedimientos penales contra éste».

Vigésimo octavo. Se modifica la condición segunda del artículo 81, que queda redactada como sigue:

«2.<sup>a</sup> Que la pena o penas impuestas, o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa».

Vigésimo noveno. Se modifica el artículo 82, que queda redactado como sigue:

«Declarada la firmeza de la sentencia y acreditados los requisitos establecidos en el artículo anterior, los jueces o tribunales se pronunciarán con la mayor urgencia sobre la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena».

Trigésimo. Se modifica el apartado 1 del artículo 83, que queda redactado como sigue:

«1. La suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el plazo fijado por el Juez o Tribunal, conforme al artículo 80.2 de este Código. En el caso de que la pena suspendida fuese de prisión, el Juez o Tribunal sentenciador, si lo estima necesario, podrá también condicionar la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes que le haya fijado de entre las siguientes:

- 1.<sup>a</sup> Prohibición de acudir a determinados lugares.
- 2.<sup>a</sup> Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos.
- 3.<sup>a</sup> Prohibición de ausentarse sin autorización del Juez o Tribunal del lugar donde resida.
- 4.<sup>a</sup> Comparecer personalmente ante el Juzgado o Tribunal, o servicio de la Administración que éstos señalen, para informar de sus actividades y justificarlas.
- 5.<sup>a</sup> Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares.
- 6.<sup>a</sup> Cumplir los demás deberes que el Juez o Tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

Si se tratase de los delitos contemplados en los artículos 153 y 173.2 de este Código, el Juez o Tribunal condicionará en todo caso la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> de este apartado».

Trigésimo primero. Se añade un nuevo apartado 3 al artículo 84, que queda redactado como sigue:

«3. En los supuestos en los que la pena suspendida fuera la de prisión por comisión de los delitos contemplados en los artículos 153 y 173.2 de este Código, el incumplimiento por parte del reo de las obligaciones o deberes señalados en los números 1 y 2 del apartado primero del artículo 83 de este Código determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena».

Trigésimo segundo. Se modifica el artículo 85, que queda redactado como sigue:

- «1. Revocada la suspensión, se ordenará la ejecución de la pena.
2. Transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber delinquido el sujeto, y cumplidas, en su caso, las reglas de conducta fijadas por el Juez o Tribunal, éste acordará la remisión de la pena».

Trigésimo tercero. Se modifican los apartados 1 y 4 del artículo 87, que quedan redactados como sigue:

«1. Aun cuando no concurren las condiciones 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> previstas en el artículo 81, el Juez o Tribunal, con audiencia de las partes, podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el número 2.<sup>o</sup> del artículo 20, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.

El Juez o Tribunal solicitará en todo caso informe del médico forense sobre los extremos anteriores».

«4. En el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabitación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización. Los centros o servicios responsables del tratamiento estarán obligados a facilitar al Juez o Tribunal sentenciador, en los plazos que señale, y nunca con una periodicidad superior al año, la información precisa para comprobar el comienzo de aquél, así como para conocer periódicamente su evolución, las modificaciones que haya de experimentar así como su finalización».

Trigésimo cuarto. Se modifica el artículo 88, que queda redactado como sigue:

«1. Los jueces o tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, aunque la Ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo. En estos casos el Juez o Tribunal podrá además imponer al penado la observancia de una o varias obligaciones o deberes previstos en el artículo 83 de este Código, de no haberse establecido como penas en la sentencia, por tiempo que no podrá exceder de la duración de la pena sustituida.

Excepcionalmente, podrán los jueces o tribunales sustituir por multa o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad, las penas de prisión que no excedan de dos años a los reos no habituales, cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social. En estos casos, la sustitución se llevará a cabo con los mismos requisitos y en los mismos términos y módulos de conversión establecidos en el párrafo anterior para la pena de multa.

En el caso de que el reo hubiera sido condenado por el delito tipificado en el artículo 173.2 de este Código, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad. En estos supuestos, el Juez o Tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en los números 1 y 2 del apartado primero del artículo 83 de este Código.

2. En el supuesto de incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva, la pena de prisión inicialmente impuesta se ejecutará descontando, en su caso, la parte de tiempo a que equivalgan las cuotas satisfechas, de acuerdo con la regla de conversión establecida en el apartado precedente.

3. En ningún caso se podrán sustituir penas que sean sustitutivas de otras».

Trigésimo quinto. Se modifica el artículo 92, que queda redactado como sigue:

«1. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, los sentenciados que hubieran cumplido la edad de 70 años, o la cumplan durante la extinción de la condena, y reúnan los requisitos establecidos, excepto el haber extinguido las tres cuartas partes de aquélla o, en su caso, las dos terceras, podrán obtener la concesión de la libertad condicional.

El mismo criterio se aplicará cuando, según informe médico, se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables.

2. Constando a la Administración penitenciaria que el interno se halla en cualquiera de los casos previstos en los párrafos anteriores, elevará el expediente de libertad condicional, con la urgencia que el caso requiera, al Juez de Vigilancia Penitenciaria que, a la hora de resolverlo, valorará junto a las circunstancias personales la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad del sujeto.

3. Si el peligro para la vida del interno, a causa de su enfermedad o de su avanzada edad, fuera patente, por estar así acreditado por el dictamen del médico forense y de los servicios médicos del establecimiento penitenciario el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá, previa en su caso la progresión de grado, autorizar la libertad condicional sin más trámite que requerir al centro penitenciario el informe de pronóstico final al objeto de poder hacer la valoración a que se refiere el párrafo anterior, todo ello sin perjuicio del seguimiento y control previstos por el artículo 75 de la Ley Orgánica General Penitenciaria».

Trigésimo sexto. El artículo 94 queda redactado así:

«A los efectos previstos en la sección 2.<sup>a</sup> de este capítulo, se consideran reos habituales los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello.

Para realizar este cómputo se considerarán, por una parte, el momento de posible suspensión o sustitución de la pena conforme al artículo 88 y, por otra parte, la fecha de comisión de aquellos delitos que fundamenten la apreciación de la habitualidad».

Trigésimo séptimo. Se modifica el apartado 2 del artículo 95, que queda redactado como sigue:

«2. Cuando la pena que hubiere podido imponerse por el delito cometido no fuere privativa de libertad, el Juez o Tribunal sentenciador sólo podrá acordar alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 96.3».

Trigésimo octavo. Se modifica el artículo 96, que queda redactado como sigue:

«1. Las medidas de seguridad que se pueden imponer con arreglo a este Código son privativas y no privativas de libertad.

2. Son medidas privativas de libertad:

- 1.<sup>a</sup> El internamiento en centro psiquiátrico.
- 2.<sup>a</sup> El internamiento en centro de deshabitación.
- 3.<sup>a</sup> El internamiento en centro educativo especial.

3. Son medidas no privativas de libertad:

- 1.<sup>a</sup> La inhabilitación profesional.
- 2.<sup>a</sup> La expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España.
- 3.<sup>a</sup> La obligación de residir en un lugar determinado.
- 4.<sup>a</sup> La prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe. En este caso, el sujeto quedará obligado a declarar el domicilio que elija y los cambios que se produzcan.

5.<sup>a</sup> La prohibición de acudir a determinados lugares o territorios, espectáculos deportivos o culturales, o de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas o de juego.

6.<sup>a</sup> La custodia familiar. El sometido a esta medida quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez de Vigilancia Penitenciaria y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado.

7.<sup>a</sup> La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

8.<sup>a</sup> La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.

9.<sup>a</sup> La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

10.<sup>a</sup> La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

11.<sup>a</sup> La sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter socio-sanitario.

12.<sup>a</sup> El sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, de educación sexual y otros similares».

Trigésimo noveno. Se modifica la redacción del artículo 97, que queda redactado como sigue:

«Durante la ejecución de la sentencia, el Juez o Tribunal sentenciador adoptará, mediante un procedimiento contradictorio, previa propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria, alguna de las siguientes decisiones:

a) Mantener la ejecución de la medida de seguridad impuesta.

b) Decretar el cese de cualquier medida de seguridad impuesta en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto.

c) Sustituir una medida de seguridad por otra que estime más adecuada, entre las previstas para el supuesto de que se trate. En el caso de que fuera acordada la sustitución y el sujeto evolucionara desfavorablemente, se dejará sin efecto la sustitución, volviéndose a aplicar la medida sustituida.

d) Dejar en suspenso la ejecución de la medida en atención al resultado ya obtenido con su aplicación, por un plazo no superior al que reste hasta el máximo señalado en la sentencia que la impuso. La suspensión quedará condicionada a que el sujeto no delinca durante el plazo fijado, y podrá dejarse sin efecto si nuevamente resultara acreditada cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 95 de este Código.

A estos efectos, el Juez de Vigilancia Penitenciaria estará obligado a elevar al menos anualmente, una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la medida de seguridad de la pena privativa de libertad impuesta».

Cuadragésimo. Se modifica el artículo 99, que queda redactado como sigue:

«En el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el Juez o Tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena. Una vezalzada la medida de seguridad, el Juez o Tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquella, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas previstas en el artículo 96.3».

Cuadragésimo primero. Se modifica el artículo 100, que queda redactado como sigue:

«1. El quebrantamiento de una medida de seguridad de internamiento dará lugar a que el Juez o Tribunal ordene el reingreso del sujeto en el mismo centro del que se hubiese evadido o en otro que corresponda a su Estado.

2. Si se tratare de otras medidas, el Juez o Tribunal podrá acordar la sustitución de la quebrantada por la de internamiento si ésta estuviese prevista para el supuesto de que se trate y si el quebrantamiento demostrase su necesidad.

3. En ambos casos el Juez o Tribunal deducirá testimonio por el quebrantamiento».

Cuadragésimo segundo. Se añade un apartado 2 al artículo 104 con la siguiente redacción:

«2. Cuando se aplique una medida de internamiento de las previstas en el apartado anterior o en los artículos 101, 102 y 103, el Juez o Tribunal sentenciador comunicará al Ministerio Fiscal, con suficiente antelación, la proximidad de su vencimiento, a efectos de lo previsto por la disposición adicional primera de este Código».

Cuadragésimo tercero. Se modifica el artículo 105, que queda redactado como sigue:

«En los casos previstos en los artículos 101 a 104, el Juez o Tribunal cuando imponga la medida privativa de libertad, o durante la ejecución de la misma, podrá acordar razonadamente la obligación de que el sometido a la medida observe una o varias de las siguientes medidas:

1. Por un tiempo no superior a cinco años:
  - a) Sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter sociosanitario.
  - b) Obligación de residir en un lugar determinado.
  - c) Prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe. En este caso, el sujeto quedará obligado a declarar el domicilio que elija y los cambios que se produzcan.
  - d) Prohibición de acudir a determinados lugares o territorios, espectáculos deportivos o culturales, o de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas o de juego.
  - e) Custodia familiar. El sometido a esta medida quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez de Vigilancia y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado.
  - f) Sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo profesional, de educación sexual y otros similares.
  - g) Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos.

2. Por un tiempo de hasta diez años:

- a) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.
- b) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

Para decretar la obligación de observar alguna o algunas de las medidas previstas en este artículo, el Juez o Tribunal sentenciador deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales encargados de asistir al sometido a la medida de seguridad.

El Juez de Vigilancia Penitenciaria o los servicios de la Administración correspondiente informarán al Juez o Tribunal sentenciador».

Cuadragésimo cuarto. Se modifica el artículo 127, que queda redactado como sigue:

«1. Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.

Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente.

2. Si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en el apartado anterior, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho.

3. El Juez o Tribunal podrá acordar el comiso previsto en los apartados anteriores de este artículo aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita.

4. Los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado si la Ley no previera otra cosa, y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán».

Cuadragésimo quinto. Se modifica el apartado 1 del artículo 129, que queda redactado como sigue:

«1. El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 31 del mismo, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de los titulares o de sus representantes legales podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias:

- a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.
- b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación.
- c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.
- e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años».

Cuadragésimo sexto. Se modifica el artículo 130, que queda redactado como sigue:

«La responsabilidad criminal se extingue:

- 1.º Por la muerte del reo.
- 2.º Por el cumplimiento de la condena.
- 3.º Por la remisión definitiva de la pena, conforme a lo dispuesto en el artículo 85.2 de este Código.
- 4.º Por el indulto.
- 5.º Por el perdón del ofendido, cuando la Ley así lo prevea. El perdón habrá de ser otorgado de forma expresa antes de que se haya dictado sentencia, a cuyo efecto el Juez o Tribunal sentenciador deberá oír al ofendido por el delito antes de dictarla.

En los delitos o faltas contra menores o incapacitados, los jueces o tribunales, oído el Ministerio Fiscal, podrán rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento, con intervención del Ministerio Fiscal, o el cumplimiento de la condena.

Para rechazar el perdón a que se refiere el párrafo anterior, el Juez o Tribunal deberá oír nuevamente al representante del menor o incapaz.

6.º Por la prescripción del delito.

7.º Por la prescripción de la pena o de la medida de seguridad».

Cuadragésimo séptimo. Se modifican los apartados 1 y 4 del artículo 131, que quedan redactados como sigue:

«1. Los delitos prescriben:

A los 20 años, cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de 15 o más años.

A los 15, cuando la pena máxima señalada por la Ley sea inhabilitación por más de 10 años, o prisión por más de 10 y menos de 15 años.

A los 10, cuando la pena máxima señalada por la Ley sea prisión o inhabilitación por más de cinco años y que no exceda de 10.

A los cinco, cuando la pena máxima señalada por la Ley sea prisión o inhabilitación por más de tres años y que no exceda de cinco.

A los tres años, los restantes delitos menos graves.

Los delitos de calumnia e injuria prescriben al año».

«4. Los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, no prescribirán en ningún caso».

Cuadragésimo octavo. Se modifica el apartado 1 del artículo 132, que queda redactado como sigue:

«1. Los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible. En los casos de delito continuado, delito permanente, así como en las infracciones que exijan habitualidad, tales términos se computarán, respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta.

En la tentativa de homicidio y en los delitos de aborto no consentido, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidación, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, cuando la víctima fuere menor de edad, los términos se computarán desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad, y si falleciere antes de alcanzarla, a partir de la fecha del fallecimiento».

Cuadragésimo noveno. Se modifica el artículo 133, que queda redactado como sigue:

«1. Las penas impuestas por sentencia firme prescriben:

A los 30 años, las de prisión por más de 20 años.

A los 25 años, las de prisión de 15 o más años sin que excedan de 20.

A los 20, las de inhabilitación por más de 10 años y las de prisión por más de 10 y menos de 15.

A los 15, las de inhabilitación por más de seis años y que no excedan de 10, y las de prisión por más de cinco años y que no excedan de 10.

A los 10, las restantes penas graves.  
A los cinco, las penas menos graves.  
Al año, las penas leves.

2. Las penas impuestas por los delitos de lesa humanidad y de genocidio y por los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, no prescribirán en ningún caso».

Quincuagésimo. Se modifican los apartados 1, 2, 3 y 5 del artículo 136, que quedan redactados como sigue:

«1. Los condenados que hayan extinguido su responsabilidad penal tienen derecho a obtener del Ministerio de Justicia, de oficio o a instancia de parte, la cancelación de sus antecedentes penales, previo informe del Juez o Tribunal sentenciador.

2. Para el reconocimiento de este derecho serán requisitos indispensables:

1.º Tener satisfechas las responsabilidades civiles provenientes de la infracción, excepto en los supuestos de insolvencia declarada por el Juez o Tribunal sentenciador, salvo que hubiera mejorado la situación económica del reo.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, en el caso previsto en el artículo 125 será suficiente que el reo se halle al corriente de los pagos fraccionados que le hubieran sido señalados por el Juez o Tribunal y preste, a juicio de éste, garantía suficiente con respecto a la cantidad aplazada.

2.º Haber transcurrido, sin delinquir de nuevo el culpable, los siguientes plazos: seis meses para las penas leves; dos años para las penas que no excedan de 12 meses y las impuestas por delitos imprudentes; tres años para las restantes penas menos graves; y cinco para las penas graves.

3. Estos plazos se contarán desde el día siguiente a aquel en que quedara extinguida la pena, pero si ello ocurriese mediante la remisión condicional, el plazo, una vez obtenida la remisión definitiva, se computará retro trayéndolo al día siguiente a aquel en que hubiere quedado cumplida la pena si no se hubiere disfrutado de este beneficio. En este caso, se tomará como fecha inicial para el cómputo de la duración de la pena, el día siguiente al del otorgamiento de la suspensión».

«5. En los casos en que, a pesar de cumplirse los requisitos establecidos en este artículo para la cancelación, bien por solicitud del interesado, bien de oficio por el Ministerio de Justicia, ésta no se haya producido, el Juez o Tribunal, acreditadas tales circunstancias, ordenará la cancelación y no tendrá en cuenta dichos antecedentes».

Quincuagésimo primero. Se modifica el párrafo primero del artículo 146, que queda redactado como sigue:

«El que por imprudencia grave ocasionare un aborto será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses».

Quincuagésimo segundo. Se modifica el apartado 2 del artículo 147, que queda redactado como sigue:

«2. No obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses, cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido».

Quincuagésimo tercero. Se modifican los apartados 1 y 2 del artículo 152, que quedan redactados como sigue:

«1. El que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores será castigado:

1.º Con la pena de prisión de tres a seis meses, si se tratare de las lesiones del artículo 147.1.

2.º Con la pena de prisión de uno a tres años, si se tratare de las lesiones del artículo 149.

3.º Con la pena de prisión de seis meses a dos años, si se tratare de las lesiones del artículo 150.

2. Cuando los hechos referidos en este artículo se hayan cometido utilizando un vehículo a motor, un ciclomotor o un arma de fuego, se impondrá asimismo, y respectivamente, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores o del derecho a la tenencia y porte de armas por término de uno a cuatro años».

Quincuagésimo cuarto. Se modifica el artículo 154, que queda redactado como sigue:

«Quienes riñeren entre sí, acometiéndose tumultuariamente, y utilizando medios o instrumentos que pongan en peligro la vida o integridad de las personas, serán castigados por su participación en la riña con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses».

Quincuagésimo quinto. Se modifica el párrafo primero del artículo 158, que queda redactado como sigue:

«El que, por imprudencia grave, cometiere los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses».

Quincuagésimo sexto. Se modifica el artículo 160, que queda redactado como sigue:

«1. La utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana, será castigada con la pena de prisión de tres a siete años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de siete a 10 años.

2. Serán castigados con la pena de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a 10 años quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana.

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

Quincuagésimo séptimo. Se modifica el artículo 161, que pasa a tener el contenido del actual artículo 162.

Quincuagésimo octavo. Se modifica el artículo 162, que queda redactado como sigue:

«En los delitos contemplados en este título, la autoridad judicial podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este Código cuando el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades».

Quincuagésimo noveno. Se modifica el apartado 2 del artículo 170, que queda redactado como sigue:

«2. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años, los que, con la misma finalidad y gravedad, reclamen públicamente la comisión de acciones violentas por parte de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas».

Sexagésimo. Se modifica el artículo 171, que queda redactado como sigue:

«1. Las amenazas de un mal que no constituya delito serán castigadas con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses, atendidas la gravedad y circunstancia del hecho, cuando la amenaza fuere condicional y la condición no consistiere en una conducta debida. Si el culpable hubiere conseguido su propósito se le impondrá la pena en su mitad superior.

2. Si alguien exigiere de otro una cantidad o recompensa bajo la amenaza de revelar o difundir hechos referentes a su vida privada o relaciones familiares que no sean públicamente conocidos y puedan afectar a su fama, crédito o interés, será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años, si ha conseguido la entrega de todo o parte de lo exigido, y con la de cuatro meses a dos años, si no lo consiguiere.

3. Si el hecho descrito en el apartado anterior consistiere en la amenaza de revelar o denunciar la comisión de algún delito el Ministerio Fiscal podrá, para facilitar el castigo de la amenaza, abstenerse de acusar por el delito cuya revelación se hubiere amenazado, salvo que éste estuviere castigado con pena de prisión superior a dos años. En este último caso, el Juez o Tribunal podrá rebajar la sanción en uno o dos grados».

Sexagésimo primero. Se modifica el artículo 172, que queda redactado como sigue:

«El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la Ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados. Cuando la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental se le impondrán las penas en su mitad superior, salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este Código».

Sexagésimo segundo. Se modifica el apartado 1 del artículo 174, que queda redactado como sigue:

«1. 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 haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación, la sometiere 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, discernimiento o decisión o que, de cualquier otro modo, atenten contra su integridad moral. El culpable de tortura será castigado con la pena de prisión de dos a seis años si el atentado fuera grave, y de prisión de uno a tres años si no lo es.

Además de las penas señaladas se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación absoluta de ocho a 12 años».

Sexagésimo tercero. Se modifica el artículo 179, que queda redactado como sigue:

«Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a 12 años».

Sexagésimo cuarto. Se modifica el apartado 1 del artículo 182, que queda redactado como sigue:

«1. En todos los casos del artículo anterior, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a 10 años».

Sexagésimo quinto. Se modifica el apartado 2 del artículo 183, que queda redactado como sigue:

«2. Cuando el abuso consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, la pena será de prisión de dos a seis años. La pena se impondrá en su mitad superior si concurriera la circunstancia 3.<sup>a</sup>, o la 4.<sup>a</sup>, de las previstas en el artículo 180.1 de este Código».

Sexagésimo sexto. Se modifica el artículo 184, que queda redactado como sigue:

«1. El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.

2. Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses.

3. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses en los supuestos previstos en el apartado 1, y de prisión de seis meses a un año en los supuestos previstos en el apartado 2 de este artículo».

Sexagésimo séptimo. Se modifica el artículo 185, que queda redactado como sigue:

«El que ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses».

Sexagésimo octavo. Se modifica el artículo 186, que queda redactado como sigue:

«El que, por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses».

Sexagésimo noveno. Se modifica el artículo 189, que queda redactado como sigue:

«1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años:

a) El que utilizare a menores de edad o a incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades.

b) El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.

2. El que para su propio uso posea material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años.

3. Serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años los que realicen los actos previstos en el apartado 1 de este artículo cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Cuando se utilicen a niños menores de 13 años.

b) Cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

c) Cuando los hechos revistan especial gravedad atendiendo al valor económico del material pornográfico.

d) Cuando el material pornográfico represente a niños o a incapaces que son víctimas de violencia física o sexual.

e) Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

f) Cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho o de derecho, del menor o incapaz.

4. El que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año.

5. El que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor de edad o incapaz y que, con conocimiento de su estado de prostitución o corrupción, no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acuda a la autoridad competente para el mismo fin si carece de medios para la custodia del menor o incapaz, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses.

6. El Ministerio Fiscal promoverá las acciones pertinentes con objeto de privar de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, en su caso, a la persona que incurra en alguna de las conductas descritas en el apartado anterior.

7. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis meses a dos años el que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare por cualquier medio material pornográfico en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada.

8. En los casos previstos en los apartados anteriores, se podrán imponer las medidas previstas en el artículo 129 de este Código cuando el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades».

Septuagésimo. Se modifica el apartado 3 del artículo 195, que queda redactado como sigue:

«3. Si la víctima lo fuere por accidente ocasionado fortuitamente por el que omitió el auxilio, la pena será de prisión de seis meses a 18 meses, y si el accidente se debiere a imprudencia, la de prisión de seis meses a cuatro años».

Septuagésimo primero. Se modifica el artículo 206, que queda redactado como sigue:

«Las calumnias serán castigadas con las penas de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a 24 meses, si se propagaran con publicidad y, en otro caso, con multa de seis a 12 meses».

Septuagésimo segundo. Se modifica el apartado 1 del artículo 215, que queda redactado como sigue:

«1. Nadie será penado por calumnia o injuria sino en virtud de querrela de la persona ofendida por el delito o de su representante legal. Se procederá de oficio cuando la ofensa se dirija contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos».

Septuagésimo tercero. Se modifica el apartado 1 del artículo 221, que queda redactado como sigue:

«1. Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concorra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años».

Septuagésimo cuarto. Se modifica el artículo 225, que queda redactado como sigue:

«Cuando el responsable de los delitos previstos en los dos artículos anteriores restituya al menor de edad o al incapaz a su domicilio o residencia, o lo deposite en lugar conocido y seguro, sin haberle hecho objeto de vejaciones, sevicias o acto delictivo alguno, ni haber puesto en peligro su vida, salud, integridad física o libertad sexual, el hecho será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses, siempre y cuando el lugar de estancia del menor de edad o el incapaz haya sido comunicado a sus padres, tutores o guardadores, o la ausencia no hubiera sido superior a 24 horas».

Septuagésimo quinto. Se modifica el apartado 1 del artículo 226, que queda redactado como sigue:

«1. El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses».

Septuagésimo sexto. Se modifica el apartado 1 del artículo 227, que queda redactado como sigue:

«1. El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses».

Septuagésimo séptimo. Se modifica el párrafo primero del artículo 234, que queda redactado como sigue:

«El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño será castigado, como reo de hurto, con la pena de prisión de seis a 18 meses si la cuantía de lo sustraído excede de 400 euros».

Septuagésimo octavo. Se modifica el artículo 236, que queda redactado como sigue:

«Será castigado con multa de tres a 12 meses el que, siendo dueño de una cosa mueble o actuando con el consentimiento de éste, la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de un tercero, siempre que el valor de aquélla excediere de 400 euros».

Septuagésimo noveno. Se modifica el párrafo primero del apartado 1 del artículo 244, que queda redactado como sigue:

«1. El que sustrajere o utilizare sin la debida autorización un vehículo a motor o ciclomotor ajenos, cuyo valor excediere de 400 euros, sin ánimo de apropiárselo, será castigado con la pena de trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 90 días o multa de seis a 12 meses si lo restituyera, directa o indirectamente, en un plazo no superior a 48 horas, sin que, en ningún caso, la pena impuesta pueda ser igual o superior a la que correspondería si se apropiare definitivamente del vehículo».

Octogésimo. Se modifica el artículo 246, que queda redactado como sigue:

«El que alterare términos o lindes de pueblos o heredades o cualquier clase de señales o mojones destinados a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos, tanto de dominio público como privado, será castigado con la pena de multa de tres a 18 meses, si la utilidad reportada o pretendida excede de 400 euros».

Octogésimo primero. Se modifica el artículo 247, que queda redactado como sigue:

«El que, sin hallarse autorizado, distrajere las aguas de uso público o privativo de su curso, o de su embalse natural o artificial, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses si la utilidad reportada excediera de 400 euros».

Octogésimo segundo. Se añade un apartado 3 al artículo 248, que queda redactado como sigue:

«3. La misma pena se aplicará a los que fabricaren, introdujeren, poseyeren o facilitaren programas de ordenador específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo».

Octogésimo tercero. Se modifica el artículo 249, que queda redactado como sigue:

«Los reos de estafa serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años, si la cuantía de lo defraudado excediere de 400 euros. Para la fijación de la pena se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción».

Octogésimo cuarto. Se modifica el artículo 252, que queda redactado como sigue:

«Serán castigados con las penas del artículo 249 o 250, en su caso, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando la cuantía de lo apropiado exceda de 400 euros. Dicha pena se impondrá en su mitad superior en el caso de depósito necesario o miserable».

Octogésimo quinto. Se modifica el artículo 253, que queda redactado como sigue:

«Serán castigados con la pena de multa de tres a seis meses los que, con ánimo de lucro, se apropiaren de cosa perdida o de dueño desconocido, siempre que en ambos casos el valor de lo apropiado exceda de 400 euros. Si se tratara de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, la pena será de prisión de seis meses a dos años».

Octogésimo sexto. Se modifica el artículo 254, que queda redactado como sigue:

«Será castigado con la pena de multa de tres a seis meses el que, habiendo recibido indebidamente, por error del transmitente, dinero o alguna otra cosa mueble, niegue haberla recibido o, comprobado el error, no proceda a su devolución, siempre que la cuantía de lo recibido exceda de 400 euros».

Octogésimo séptimo. Se modifica el primer párrafo del artículo 255, que queda redactado como sigue:

«Será castigado con la pena de multa de tres a 12 meses el que cometiere defraudación por valor superior a 400 euros, utilizando energía eléctrica, gas, agua, telecomunicaciones u otro elemento, energía o fluido ajenos, por alguno de los medios siguientes».

Octogésimo octavo. Se modifica el artículo 256, que queda redactado como sigue:

«El que hiciere uso de cualquier equipo terminal de telecomunicación, sin consentimiento de su titular, ocasionando a éste un perjuicio superior a 400 euros, será castigado con la pena de multa de tres a 12 meses».

Octogésimo noveno. Se modifica el artículo 259, que queda redactado como sigue:

«Será castigado con la pena de uno a cuatro años de prisión y multa de 12 a 24 meses, el deudor que, una vez admitida a trámite la solicitud de concurso, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales, y fuera de los casos permitidos por la Ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial

o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con posposición del resto».

Nonagésimo. Se modifica el artículo 260, que queda redactado como sigue:

«1. El que fuere declarado en concurso será castigado con la pena de prisión de dos a seis años y multa de ocho a 24 meses, cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre.

2. Se tendrá en cuenta para graduar la pena la cuantía del perjuicio inferido a los acreedores, su número y condición económica.

3. Este delito y los delitos singulares relacionados con él, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la continuación de éste. El importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa.

4. En ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso civil vincula a la jurisdicción penal».

Nonagésimo primero. Se modifica el artículo 261, que queda redactado como sigue:

«El que en procedimiento concursal presentare, a sabiendas, datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquél, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años y multa de seis a 12 meses».

Nonagésimo segundo. Se modifica el artículo 262, que queda redactado como sigue:

«1. Los que solicitaren dádivas o promesas para no tomar parte en un concurso o subasta pública; los que intentaren alejar de ella a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio; los que se concertaren entre sí con el fin de alterar el precio del remate, o los que fraudulentamente quebraren o abandonaren la subasta habiendo obtenido la adjudicación, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de 12 a 24 meses, así como inhabilitación especial para licitar en subastas judiciales entre tres y cinco años. Si se tratase de un concurso o subasta convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá además al agente y a la persona o empresa por él representada la pena de inhabilitación especial que comprenderá, en todo caso, el derecho a contratar con las Administraciones públicas por un período de tres a cinco años.

2. El Juez o Tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 si el culpable perteneciere a alguna sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades».

Nonagésimo tercero. Se modifica el artículo 263, que queda redactado como sigue:

«El que causare daños en propiedad ajena no comprendidos en otros títulos de este Código, será castigado con la pena de multa de seis a 24 meses, atendidas la condición económica de la víctima y la cuantía del daño, si éste excediera de 400 euros».

Nonagésimo cuarto. Se modifica el primer párrafo del artículo 267, que queda redactado como sigue:

«Los daños causados por imprudencia grave en cuantía superior a 80.000 euros, serán castigados con la pena de multa de tres a nueve meses, atendiendo a la importancia de los mismos».

Nonagésimo quinto. Se modifica el artículo 270, que queda redactado como sigue:

«1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

2. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses quien intencionadamente exporte o almacene ejemplares de las obras, producciones o ejecuciones a que se refiere el apartado anterior sin la referida autorización. Igualmente incurrirán en la misma pena los que importen intencionadamente estos productos sin dicha autorización, tanto si éstos tienen un origen lícito como ilícito en su país de procedencia; no obstante, la importación de los referidos productos de un Estado perteneciente a la Unión Europea no será punible cuando aquéllos se hayan adquirido directamente del titular de los derechos en dicho Estado, o con su consentimiento.

3. Será castigado también con la misma pena quien fabrique, importe, ponga en circulación o tenga cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo».

Nonagésimo sexto. Se modifica el artículo 271, que queda redactado como sigue:

«Se impondrá la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que el beneficio obtenido posea especial trascendencia económica.
- b) Que los hechos revistan especial gravedad, atendiendo el valor de los objetos producidos ilícitamente o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados.
- c) Que el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad intelectual.
- d) Que se utilice a menores de 18 años para cometer estos delitos».

Nonagésimo séptimo. Se modifica el apartado 1 del artículo 273, que queda redactado como sigue:

«1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses el que, con fines industriales o comerciales, sin consentimiento del titular de una patente o modelo de utilidad y con conocimiento de su registro, fabrique, importe, posea, utilice, ofrezca o introduzca en el comercio objetos amparados por tales derechos».

Nonagésimo octavo. Se modifica el apartado 1 y se añaden los apartados 3 y 4 al artículo 274, con la siguiente redacción:

«1. Será castigado con la pena de seis meses a dos años de prisión y multa de 12 a 24 meses el que, con fines industriales o comerciales, sin consentimiento del titular de un derecho de propiedad industrial registrado conforme a la legislación de marcas y con conocimiento del registro, reproduzca, imite, modifique o de cualquier otro modo utilice un signo distintivo idéntico o confundible con aquél, para distinguir los mismos o similares productos, servicios, actividades o establecimientos para los que el derecho de propiedad industrial se encuentre registrado. Igualmente, incurrirán en la misma pena los que importen intencionadamente estos productos sin dicho consentimiento, tanto si éstos tienen un origen lícito como ilícito en su país de procedencia; no obstante, la importación de los referidos productos de un Estado perteneciente a la Unión Europea no será punible cuando aquéllos se hayan adquirido directamente del titular de los derechos de dicho Estado, o con su consentimiento».

«3. Será castigado con la misma pena quien, con fines agrarios o comerciales, sin consentimiento del titular de un título de obtención vegetal y con conocimiento de su registro, produzca o reproduzca, acondicione con vistas a la producción o reproducción, ofrezca en venta, venda o comercialice de otra forma, exporte o importe, o posea para cualquiera de los fines mencionados, material vegetal de reproducción o multiplicación de una variedad vegetal protegida conforme a la legislación sobre protección de obtenciones vegetales.

4. Será castigado con la misma pena quien realice cualesquiera de los actos descritos en el apartado anterior utilizando, bajo la denominación de una variedad vegetal protegida, material vegetal de reproducción o multiplicación que no pertenezca a tal variedad».

Nonagésimo noveno. Se modifica el artículo 276, que queda redactado como sigue:

«Se impondrá la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que el beneficio obtenido posea especial trascendencia económica.
- b) Que los hechos revistan especial gravedad, atendiendo al valor de los objetos producidos ilícitamente o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados.
- c) Que el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad industrial.
- d) Que se utilice a menores de 18 años para cometer estos delitos».

Centésimo. Se modifica el artículo 282, que queda redactado como sigue:

«Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos».

Centésimo primero. Se modifica el artículo 284, que queda redactado como sigue:

«Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses, a los que, difundiendo noticias falsas, empleando violencia, amenaza o engaño, o utilizando información privilegiada, intentaren alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponderles por otros delitos cometidos».

Centésimo segundo. Se modifica el artículo 285, que queda redactado como sigue:

«1. Quien de forma directa o por persona interpuesta usare de alguna información relevante para la cotización de cualquier clase de valores o instrumentos negociados en algún mercado organizado, oficial o reconocido, a la que haya tenido acceso reservado con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial, o la suministrare obteniendo para sí o para un tercero un beneficio económico superior a 600.000 euros o causando un perjuicio de idéntica cantidad, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa del tanto al triplo del beneficio obtenido o favorecido e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad de dos a cinco años.

2. Se aplicará la pena de prisión de cuatro a seis años, la multa del tanto al triplo del beneficio obtenido o favorecido e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad de dos a cinco años, cuando en las conductas descritas en el apartado anterior concorra alguna de las siguientes circunstancias:

- 1.<sup>a</sup> Que los sujetos se dediquen de forma habitual a tales prácticas abusivas.
- 2.<sup>a</sup> Que el beneficio obtenido sea de notoria importancia.
- 3.<sup>a</sup> Que se cause grave daño a los intereses generales».

Centésimo tercero. Se modifica el artículo 286, que queda redactado como sigue:

«1. Será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a 24 meses el que, sin consentimiento del prestador de servicios y con fines comerciales, facilite el acceso inteligible a un servicio de radiodifusión sonora o televisiva, a servicios interactivos prestados a distancia por vía electrónica, o suministre el acceso condicional a los mismos, considerado como servicio independiente, mediante:

1.<sup>o</sup> La fabricación, importación, distribución, puesta a disposición por vía electrónica, venta, alquiler, o posesión de cualquier equipo o programa informático, no autorizado en otro Estado miembro de la Unión Europea, diseñado o adaptado para hacer posible dicho acceso.

2.<sup>o</sup> La instalación, mantenimiento o sustitución de los equipos o programas informáticos mencionado en el párrafo 1.<sup>o</sup>.

2. Con idéntica pena será castigado quien, con ánimo de lucro, altere o duplique el número identificativo de equipos de telecomunicaciones, o comercialice equipos que hayan sufrido alteración fraudulenta.

3. A quien, sin ánimo de lucro, facilite a terceros el acceso descrito en el apartado 1, o por medio de una comunicación pública, comercial o no, suministre información a una pluralidad de personas sobre el modo de conseguir el acceso no autorizado a un servicio o el uso de un dispositivo o programa, de los expresados en ese mismo apartado 1, incitando a lograrlos, se le impondrá la pena de multa en él prevista.

4. A quien utilice los equipos o programas que permitan el acceso no autorizado a servicios de acceso condicional o equipos de telecomunicación, se le impondrá

la pena prevista en el artículo 255 de este Código con independencia de la cuantía de la defraudación».

Centésimo cuarto. Se modifica el apartado 1 del artículo 287, que queda redactado como sigue:

«1. Para proceder por los delitos previstos en la sección 3.<sup>a</sup> de este capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de sus representantes legales. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal».

Centésimo quinto. Se modifica el artículo 289, que queda redactado como sigue:

«El que por cualquier medio destruyera, inutilizara o dañara una cosa propia de utilidad social o cultural, o de cualquier modo la sustrajera al cumplimiento de los deberes legales impuestos en interés de la comunidad, será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses».

Centésimo sexto. Se modifica el apartado 3 del artículo 298, que queda redactado como sigue:

«3. En ningún caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto. Si éste estuviese castigado con pena de otra naturaleza, la pena privativa de libertad será sustituida por la de multa de 12 a 24 meses, salvo que el delito encubierto tenga asignada pena igual o inferior a ésta; en tal caso, se impondrá al culpable la pena de aquel delito en su mitad inferior».

Centésimo séptimo. Se modifica el artículo 299, con la siguiente redacción:

«1. El que con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de hechos constitutivos de falta contra la propiedad, habitualmente se aprovechara o auxiliara a los culpables para que se beneficien de los efectos de las mismas, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año.

2. Si los efectos los recibiere o adquiriere para traficar con ellos, se impondrá la pena en su mitad superior y, si se realizaran los hechos en local abierto al público, se impondrá, además, la multa de 12 a 24 meses. En estos casos los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años».

Centésimo octavo. En el artículo 301 se modifica el apartado 1 y se añade un apartado 5, en los siguientes términos:

«1. El que adquiera, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un delito, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de

uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años.

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372 de este Código. En estos supuestos se aplicarán las disposiciones contenidas en el artículo 374 de este Código».

«5. Si el culpable hubiera obtenido ganancias, serán decomisadas conforme a las reglas del artículo 127 de este Código».

Centésimo noveno. Se modifica el artículo 302, que queda redactado como sigue:

«1. En los supuestos previstos en el artículo anterior se impondrán las penas privativas de libertad en su mitad superior a las personas que pertenezca a una organización dedicada a los fines señalados en los mismos, y la pena superior en grado a los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones.

2. En tales casos, los jueces o tribunales impondrán, además de las penas correspondientes, la de inhabilitación especial del reo para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de tres a seis años, el comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo, y podrán decretar, así mismo, alguna de las medidas siguientes:

a) La aplicación de cualquiera de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.

b) La pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social, durante el tiempo que dure la mayor de las penas privativas de libertad impuesta».

Centésimo décimo. Se modifican los apartados 1 y 3 del artículo 305, que quedan redactados como sigue:

«1. El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de 120.000 euros, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía.

Las penas señaladas en el párrafo anterior se aplicarán en su mitad superior cuando la defraudación se cometiere concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

a) La utilización de persona o personas interpuestas de manera que quede oculta la identidad del verdadero obligado tributario.

b) La especial trascendencia y gravedad de la defraudación atendiendo al importe de lo defraudado o a la existencia de una estructura organizativa que afecte o puede afectar a una pluralidad de obligados tributarios.

Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años».

«3. Las mismas penas se impondrán cuando las conductas descritas en el apartado 1 de este artículo se cometan contra la Hacienda de la Comunidad Europea, siempre que la cuantía defraudada excediera de 50.000 euros».

Centésimo undécimo. Se modifica el artículo 306, que queda redactado como sigue:

«El que por acción u omisión defraude a los Presupuestos Generales de la Comunidad Europea u otros administrados por ésta, en cuantía superior a 50.000 euros, eludiendo el pago de cantidades que se deban ingresar, o dando a los fondos obtenidos una aplicación distinta de aquella a que estuvieren destinados, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía».

Centésimo duodécimo. Se modifica el apartado 1 del artículo 307, que queda redactado como sigue:

«1. El que, por acción u omisión, defraude a la Seguridad Social eludiendo el pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta, obteniendo indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutando de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida, siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de 120.000 euros será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía.

Las penas señaladas en el párrafo anterior se aplicarán en su mitad superior cuando la defraudación se cometa concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

- a) La utilización de persona o personas interpuestas de manera que quede oculta la identidad del verdadero obligado frente a la Seguridad Social.
- b) La especial trascendencia y gravedad de la defraudación atendiendo al importe de lo defraudado o a la existencia de una estructura organizativa que afecte o pueda afectar a una pluralidad de obligados frente a la Seguridad Social».

Centésimo decimotercero. Se modifican los apartados 1 y 2 del artículo 308, que quedan redactados como sigue:

«1. El que obtenga una subvención, desgravación o ayuda de las Administraciones públicas de más de 80.000 euros falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de su importe.

2. Las mismas penas se impondrán al que, en el desarrollo de una actividad subvencionada con fondos de las Administraciones públicas cuyo importe supere los 80.000 euros, incumpla las condiciones establecidas alterando sustancialmente los fines para los que la subvención fue concedida».

Centésimo decimocuarto. Se modifica el artículo 309, que queda redactado como sigue:

«El que obtenga indebidamente fondos de los Presupuestos Generales de la Comunidad Europea u otros administrados por ésta, en cuantía superior a 50.000 euros, falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubieran impedido, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía».

Centésimo decimoquinto. Se modifica el artículo 310, que queda redactado como sigue:

«Será castigado con la pena de prisión de cinco a siete meses el que estando obligado por Ley tributaria a llevar contabilidad mercantil, libros o registros fiscales:

a) Incumpla absolutamente dicha obligación en régimen de estimación directa de bases tributarias.

b) Lleve contabilidades distintas que, referidas a una misma actividad y ejercicio económico, oculten o simulen la verdadera situación de la empresa.

c) No hubiere anotado en los libros obligatorios negocios, actos, operaciones o, en general, transacciones económicas, o los hubiese anotado con cifras distintas a las verdaderas.

d) Hubiere practicado en los libros obligatorios anotaciones contables ficticias.

La consideración como delito de los supuestos de hecho, a que se refieren los párrafos c) y d) anteriores, requerirá que se hayan omitido las declaraciones tributarias o que las presentadas fueren reflejo de su falsa contabilidad y que la cuantía, en más o menos, de los cargos o abonos omitidos o falseados exceda, sin compensación aritmética entre ellos, de 240.000 euros por cada ejercicio económico».

Centésimo decimosexto. Se modifica el artículo 314, que queda redactado como sigue:

«Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la Ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses».

Centésimo decimoséptimo. Se modifica el artículo 324, que queda redactado como sigue:

«El que por imprudencia grave cause daños, en cuantía superior a 400 euros, en un archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o en bienes de valor artístico, histórico, cultural, científico o monumental, así como en yacimientos arqueológicos, será castigado con la pena de multa de tres a 18 meses, atendiendo a la importancia de los mismos».

Centésimo decimoctavo. Se modifica el artículo 325, que queda redactado como sigue:

«1. Será castigado con las penas de prisión de seis meses a cuatro años, multa de ocho a 24 meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, con incidencia, incluso, en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemen-

te el equilibrio de los sistemas naturales. Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior.

2. El que dolosamente libere, emita o introduzca radiaciones ionizantes u otras sustancias en el aire, tierra o aguas marítimas, continentales, superficiales o subterráneas, en cantidad que produzca en alguna persona la muerte o enfermedad que, además de una primera asistencia facultativa, requiera tratamiento médico o quirúrgico o produzca secuelas irreversibles, será castigado, además de con la pena que corresponda por el daño causado a las personas, con la prisión de dos a cuatro años».

Centésimo decimonoveno. Se modifica el artículo 328, que queda redactado como sigue:

«Serán castigados con la pena de prisión de cinco a siete meses y multa de 10 a 14 meses quienes estableciesen depósitos o vertederos de desechos o residuos sólidos o líquidos que sean tóxicos o peligrosos y puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas».

Centésimo vigésimo. Se modifica la rúbrica del capítulo IV del título XVI del libro II con la siguiente redacción:

«De los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos».

Centésimo vigésimo primero. Se modifica el artículo 332, que queda redactado como sigue:

«El que con grave perjuicio para el medio ambiente corte, tale, queme, arranque, recolecte o efectúe tráfico ilegal de alguna especie o subespecie de flora amenazada o de sus propágulos, o destruya o altere gravemente su hábitat, será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a dos años o multa de ocho a 24 meses».

Centésimo vigésimo segundo. Se modifica el artículo 333, que queda redactado como sigue:

«El que introdujera o liberara especies de flora o fauna no autóctona, de modo que perjudique el equilibrio biológico, contraviniendo las leyes o disposiciones de carácter general protectoras de las especies de flora o fauna, será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a dos años o multa de ocho a 24 meses».

Centésimo vigésimo tercero. Se modifica el apartado 1 del artículo 334, que queda redactado como sigue:

«1. El que cace o pesque especies amenazadas, realice actividades que impidan o dificulten su reproducción o migración, contraviniendo las leyes o disposiciones de carácter general protectoras de las especies de fauna silvestre, comercie o trafique con ellas o con sus restos será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a dos años o multa de ocho a 24 meses y, en todo caso, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de dos a cuatro años».

Centésimo vigésimo cuarto. Se modifica el artículo 335, que queda redactado como sigue:

«1. El que cace o pesque especies distintas de las indicadas en el artículo anterior, cuando esté expresamente prohibido por las normas específicas sobre su caza o pesca, será castigado con la pena de multa de ocho a 12 meses e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de dos a cinco años».

2. El que cace o pesque especies a las que se refiere el apartado anterior en terrenos públicos o privados ajenos, sometidos a régimen cinegético especial, sin el debido permiso de su titular, será castigado con la pena de multa de cuatro a ocho meses e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de uno a tres años, además de las penas que pudieran corresponderle, en su caso, por la comisión del delito previsto en el apartado 1 de este artículo.

3. Si las conductas anteriores produjeran graves daños al patrimonio cinegético de un terreno sometido a régimen cinegético especial, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de cazar y pescar por tiempo de dos a cinco años.

4. Se impondrá la pena en su mitad superior cuando las conductas tipificadas en este artículo se realicen en grupo de tres o más personas o utilizando artes o medios prohibidos legal o reglamentariamente».

Centésimo vigésimo quinto. Se modifica el artículo 336, que queda redactado como sigue:

«El que, sin estar legalmente autorizado, emplee para la caza o pesca veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva para la fauna, será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a dos años o multa de ocho a 24 meses y, en todo caso, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de uno a tres años. Si el daño causado fuera de notoria importancia, se impondrá la pena de prisión antes mencionada en su mitad superior».

Centésimo vigésimo sexto. Se modifica el artículo 337, que queda redactado como sigue:

«Los que maltrataren con ensañamiento e injustificadamente a animales domésticos causándoles la muerte o provocándoles lesiones que produzcan un grave menoscabo físico serán castigados con la pena de prisión de tres meses a un año e inhabilitación especial de uno a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales».

Centésimo vigésimo séptimo. Se modifica el artículo 346, que queda redactado como sigue:

«1. Los que, provocando explosiones o utilizando cualquier otro medio de similar potencia destructiva, causaren la destrucción de aeropuertos, puertos, estaciones, edificios, locales públicos, depósitos que contengan materiales inflamables o explosivos, vías de comunicación, medios de transporte colectivos, o la inmersión o varamiento de nave, inundación, explosión de una mina o instalación industrial, levantamiento de los carriles de una vía férrea, cambio malicioso de las señales empleadas en el servicio de ésta para la seguridad de los medios de transporte, voladura de puente, destrozado de calzada pública, perturbación grave de cualquier clase o medio de comunicación, perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural fundamental incurrirán en la pena de prisión de 10 a 20 años, cuando los estragos comportaran necesariamente un peligro para la vida o integridad de las personas.

2. Cuando no concurriere tal peligro, se castigarán como daños previstos en el artículo 266 de este Código.

3. Si, además del peligro, se hubiere producido lesión para la vida, integridad física o salud de las personas, los hechos se castigarán separadamente con la pena correspondiente al delito cometido».

Centésimo vigésimo octavo. Se modifica el artículo 369, que queda redactado como sigue:

«1. Se impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el artículo anterior y multa del tanto al cuádruplo cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias:

1.<sup>a</sup> El culpable fuere autoridad, funcionario público, facultativo, trabajador social, docente o educador y obrase en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio.

2.<sup>a</sup> El culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad difundir tales sustancias o productos aun de modo ocasional.

3.<sup>a</sup> El culpable participare en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.

4.<sup>a</sup> Los hechos fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos.

5.<sup>a</sup> Las sustancias a que se refiere el artículo anterior se faciliten a menores de 18 años, a disminuidos psíquicos o a personas sometidas a tratamiento de deshabitación o rehabilitación.

6.<sup>a</sup> Fuere de notoria importancia la cantidad de las citadas sustancias objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior.

7.<sup>a</sup> Las referidas sustancias se adulteren, manipulen o mezclen entre sí o con otras, incrementando el posible daño a la salud.

8.<sup>a</sup> Las conductas descritas en el artículo anterior tengan lugar en centros docentes, en centros, establecimientos o unidades militares, en establecimientos penitenciarios o en centros de deshabitación o rehabilitación, o en sus proximidades.

9.<sup>a</sup> El culpable empleare violencia o exhibiere o hiciese uso de armas para cometer el hecho.

10.<sup>a</sup> El culpable introdujera o sacare ilegalmente las referidas sustancias o productos del territorio nacional, o favoreciese la realización de tales conductas.

2. En los supuestos previstos en las circunstancias 2.<sup>a</sup>, 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> del apartado anterior de este artículo, se impondrá a la organización, asociación o persona titular del establecimiento una multa del tanto al tripló del valor de la droga objeto del delito, el comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo y, además, la autoridad judicial podrá decretar alguna de las siguientes medidas:

1.<sup>a</sup> La pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social, durante el tiempo que dure la mayor de las penas privativas de libertad impuesta.

2.<sup>a</sup> La aplicación de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código».

Centésimo vigésimo noveno. Se modifica el artículo 370, que queda redactado como sigue:

«Se impondrá la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el artículo 368 cuando:

1.<sup>o</sup> Se utilice a menores de 18 años o a disminuidos psíquicos para cometer estos delitos.

2.<sup>o</sup> Se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones a que se refieren las circunstancias 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> del apartado 1 del artículo anterior.

3.<sup>o</sup> Las conductas descritas en el artículo 368 fuesen de extrema gravedad.

Se consideran de extrema gravedad los casos en que la cantidad de las sustancias a que se refiere el artículo 368 excediere notablemente de la considerada como

de notoria importancia, o se hayan utilizado buques o aeronaves como medio de transporte específico, o se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas, o se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades, o cuando concurrieren tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369.1.

En los supuestos de los anteriores números 2.º y 3.º se impondrá a los culpables, además, una multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito».

Centésimo trigésimo. Se modifica el apartado 2 del artículo 371, que queda redactado como sigue:

«2. Se impondrá la pena señalada en su mitad superior cuando las personas que realicen los hechos descritos en el apartado anterior pertenezcan a una organización dedicada a los fines en él señalados, y la pena superior en grado cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones o asociaciones.

En tales casos, los jueces o tribunales impondrán, además de las penas correspondientes, la de inhabilitación especial del reo para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de tres a seis años, y las demás medidas previstas en el artículo 369.2».

Centésimo trigésimo primero. Se modifica el artículo 374, que queda redactado como sigue:

«1. En los delitos previstos en los artículos 301.1, párrafo segundo, y 368 a 372, además de las penas que corresponda imponer por el delito cometido, serán objeto de decomiso las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el artículo 371, así como los bienes, medios, instrumentos y ganancias con sujeción a lo dispuesto en el artículo 127 de este Código y a las siguientes normas especiales:

1.<sup>a</sup> Las drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas serán destruidas por la autoridad administrativa bajo cuya custodia se encuentren, una vez realizados los informes analíticos pertinentes y guardadas muestras bastantes de las mismas, salvo que la autoridad judicial competente haya ordenado su conservación íntegra. Una vez que la sentencia sea firme, se procederá a la destrucción de las muestras que se hubieran apartado, o a la destrucción de la totalidad de lo incautado, en el caso de que el órgano judicial competente hubiera ordenado su conservación.

2.<sup>a</sup> A fin de garantizar la efectividad del decomiso, los bienes, medios, instrumentos y ganancias podrán ser aprehendidos o embargados y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias.

3.<sup>a</sup> La autoridad judicial podrá acordar que, con las debidas garantías para su conservación y mientras se sustancia el procedimiento, el objeto del decomiso, si fuese de lícito comercio, pueda ser utilizado provisionalmente por la Policía Judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas.

4.<sup>a</sup> Si, por cualquier circunstancia, no fuera posible el decomiso de los bienes y efectos señalados en el párrafo anterior, podrá acordarse el de otros por un valor equivalente.

5.<sup>a</sup> Cuando los bienes, medios, instrumentos y ganancias del delito hayan desaparecido del patrimonio de los presuntos responsables, podrá acordarse el decomiso de su valor sobre otros bienes distintos incluso de origen lícito, que pertenezcan a los responsables.

2. Los bienes decomisados podrán ser enajenados, sin esperar el pronunciamiento de firmeza de la sentencia, en los siguientes casos:

- a) Cuando el propietario haga expreso abandono de ellos.
- b) Cuando su conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad públicas, o dar lugar a una disminución importante de su valor, o afectar gravemente a su uso y funcionamiento habituales. Se entenderán incluidos los que sin sufrir deterioro material se deprecien por el transcurso del tiempo.

Cuando concurren estos supuestos, la autoridad judicial ordenará la enajenación, bien de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o la representación procesal de las Comunidades Autónomas, entidades locales u otras entidades públicas, y previa audiencia del interesado.

El importe de la enajenación, que se realizará por cualquiera de las formas legalmente previstas, quedará depositado a resultas del correspondiente proceso legal, una vez deducidos los gastos de cualquier naturaleza que se hayan producido.

3. En los delitos a que se refieren los apartados precedentes, los jueces y tribunales que conozcan de la causa podrán declarar la nulidad de los actos o negocios jurídicos en virtud de los cuales se hayan transmitido, gravado o modificado la titularidad real o derechos relativos a los bienes y efectos señalados en los apartados anteriores.

4. Los bienes, medios, instrumentos y ganancias definitivamente decomisados por sentencia, que no podrán ser aplicados a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito ni de las costas procesales, serán adjudicados íntegramente al Estado».

Centésimo trigésimo segundo. Se modifica el artículo 376, que queda redactado como sigue:

«En los casos previstos en los artículos 368 a 372, los jueces o tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito de que se trate, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes bien para impedir la producción del delito, bien 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.

Igualmente, en los casos previstos en los artículos 368 a 372, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados al reo que, siendo drogado-dependiente en el momento de comisión de los hechos, acredite suficientemente que ha finalizado con éxito un tratamiento de deshabituación, siempre que la cantidad de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas no fuese de notoria importancia o de extrema gravedad».

Centésimo trigésimo tercero. Se modifica el artículo 379, que queda redactado como sigue:

«El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses y, en su caso, trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 90 días y, en cualquier caso, privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años».

Centésimo trigésimo cuarto. Se añade un párrafo segundo al artículo 381, con el siguiente texto:

«En todo caso, se considerará que existe temeridad manifiesta y concreto peligro para la vida o la integridad de las personas en los casos de conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas con altas tasas de alcohol en sangre y con un exceso desproporcionado de velocidad respecto de los límites establecidos».

Centésimo trigésimo quinto. Se modifica el párrafo inicial del artículo 382, en los siguientes términos:

«Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses el que origine un grave riesgo para la circulación de alguna de las siguientes formas».

Centésimo trigésimo sexto. Se modifica el artículo 386, que queda redactado como sigue:

«Será castigado con la pena de prisión de ocho a 12 años y multa del tanto al décuplo del valor aparente de la moneda:

- 1.º El que altere la moneda o fabrique moneda falsa.
- 2.º El que introduzca en el país o exporte moneda falsa o alterada.
- 3.º El que transporte, expendá o distribuya, en connivencia con el falsificador, alterador, introductor o exportador, moneda falsa o alterada.

La tenencia de moneda falsa para su expendición o distribución será castigada con la pena inferior en uno o dos grados, atendiendo al valor de aquélla y al grado de connivencia con los autores mencionados en los números anteriores. La misma pena se impondrá al que, sabiéndola falsa, adquiera moneda con el fin de ponerla en circulación.

El que habiendo recibido de buena fe moneda falsa la expendá o distribuya después de constarle su falsedad será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 24 meses, si el valor aparente de la moneda fuera superior a 400 euros.

Si el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de estas actividades, el Juez o Tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este Código».

Centésimo trigésimo séptimo. Se modifica el artículo 387, que queda redactado como sigue:

«A los efectos del artículo anterior, se entiende por moneda la metálica y papel moneda de curso legal. A los mismos efectos, se considerarán moneda las tarjetas de crédito, las de débito y las demás tarjetas que puedan utilizarse como medio de pago, así como los cheques de viaje. Igualmente, se equiparán a la moneda nacional las de otros países de la Unión Europea y las extranjeras».

Centésimo trigésimo octavo. Se modifica el artículo 389, que queda redactado como sigue:

«El que falsificare o expendiere, en connivencia con el falsificador, sellos de correos o efectos timbrados, o los introdujera en España conociendo su falsedad, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años.

El adquirente de buena fe de sellos de correos o efectos timbrados que, conociendo su falsedad, los distribuyera o utilizara en cantidad superior a 400 euros será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 24 meses».

Centésimo trigésimo noveno. Se modifica el apartado 3 del artículo 432, que queda redactado como sigue:

«3. Cuando la sustracción no alcance la cantidad de 4.000 euros, se impondrán las penas de multa superior a dos y hasta cuatro meses, prisión de seis meses a tres años y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de hasta tres años».

Centésimo cuadragésimo. Se modifica el artículo 443, que queda redactado como sigue:

«1. Será castigado con la pena de prisión de uno a dos años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a 12 años, la autoridad o funcionario público que solicitare sexualmente a una persona que, para sí misma o para su cónyuge u otra persona con la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afín en los mismos grados, tenga pretensiones pendientes de la resolución de aquél o acerca de las cuales deba evacuar informe o elevar consulta a su superior.

2. El funcionario de Instituciones Penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que solicitara sexualmente a una persona sujeta a su guarda será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a 12 años.

3. En las mismas penas incurrirán cuando la persona solicitada fuera ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados de persona que tuviere bajo su guarda. Incurrirá, asimismo, en estas penas cuando la persona solicitada sea cónyuge de persona que tenga bajo su guarda o se halle ligada a ésta de forma estable por análoga relación de afectividad».

Centésimo cuadragésimo primero. Se modifica el artículo 444, que queda redactado como sigue:

«Las penas previstas en el artículo anterior se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos contra la libertad sexual efectivamente cometidos».

Centésimo cuadragésimo segundo. Se añade un capítulo X al título XIX del libro II con la rúbrica siguiente:

«De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales».

Centésimo cuadragésimo tercero. Se modifica el artículo 445, que queda redactado como sigue:

«1. Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a las autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales en el ejercicio de su cargo en beneficio de éstos o de un tercero, o atendieran a sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados con las penas previstas en el artículo 423, en sus respectivos casos.

2. Si el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de estas actividades, el Juez o Tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este Código».

Centésimo cuadragésimo cuarto. Se modifica el párrafo *a)* del artículo 451.3.º, que queda redactada como sigue:

«*a)* Que el hecho encubierto sea constitutivo de traición, homicidio del Rey, de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, de la Reina consorte o del consorte de la Reina, del Regente o de algún miembro de la Regencia, o del Príncipe heredero de la Corona, genocidio, delito de lesa humanidad, delito contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, rebelión, terrorismo u homicidio».

Centésimo cuadragésimo quinto. Se suprime el contenido del apartado 2 del artículo 461, pasando el contenido de su apartado 3 a integrar el apartado 2.

Centésimo cuadragésimo sexto. Se modifican los apartados 1 y 3 del artículo 463, que quedan redactados como sigue:

«1. El que, citado en legal forma, dejare voluntariamente de comparecer, sin justa causa, ante un Juzgado o Tribunal en proceso criminal con reo en prisión provisional, provocando la suspensión del juicio oral, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 24 meses. En la pena de multa de seis a 10 meses incurrirá el que, habiendo sido advertido, lo hiciera por segunda vez en causa criminal sin reo en prisión, haya provocado o no la suspensión».

«3. Si la suspensión tuviera lugar, en el caso del apartado 1 de este artículo, como consecuencia de la incomparecencia del Juez o miembro del Tribunal o de quien ejerza las funciones de secretario judicial, se impondrá la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 24 meses y, en cualquier caso, inhabilitación especial por tiempo de dos a cuatro años».

Centésimo cuadragésimo séptimo. Se modifica el artículo 468, que queda redactado como sigue:

«1. Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad.

2. En los demás supuestos, se impondrá multa de 12 a 24 meses, salvo que se quebrantaran las prohibiciones a que se refiere el apartado 2 del artículo 57 de este Código, en cuyo caso se podrá imponer la pena de prisión de tres meses a un año o la de trabajos en beneficio de la comunidad de 90 a 180 días».

Centésimo cuadragésimo octavo. Se introduce en el título XX del libro II del Código penal («Delitos contra la Administración de Justicia») un capítulo IX que quedará rubricado como «De los delitos contra la Administración de Justicia de la Corte Penal Internacional».

Este nuevo capítulo contendrá un artículo 471 bis, que queda redactado como sigue:

«1. El testigo que, intencionadamente, faltare a la verdad en su testimonio ante la Corte Penal Internacional, estando obligado a decir verdad conforme a las normas estatutarias y reglas de procedimiento y prueba de dicha Corte, será castigado con prisión de seis meses a dos años. Si el falso testimonio se diera en contra del acusado, la pena será de prisión de dos a cuatro años. Si a consecuencia del testimonio se dictara un fallo condenatorio, se impondrá pena de prisión de cuatro a cinco años.

2. El que presentare pruebas ante la Corte Penal Internacional a sabiendas de que son falsas o han sido falsificadas será castigado con las penas señaladas en el apartado anterior de este artículo.

3. El que intencionadamente destruya o altere pruebas, o interfiera en las diligencias de prueba ante la Corte Penal Internacional será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de siete a 12 meses.

4. El que corrompiera a un testigo, obstruyera su comparecencia o testimonio ante la Corte Penal Internacional o interfiriera en ellos será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a 24 meses.

5. Será castigado con prisión de uno a cuatro años y multa de seis a 24 meses quien pusiera trabas a un funcionario de la Corte, lo corrompiera o intimidara, para obligarlo o inducirlo a que no cumpla sus funciones o a que lo haga de manera indebida.

6. El que tomara represalias contra un funcionario de la Corte Penal Internacional en razón de funciones que haya desempeñado él u otro funcionario será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a 24 meses. En la misma pena incurrirá quien tome represalias contra un testigo por su declaración ante la Corte.

7. El que solicitara o aceptara un soborno en calidad de funcionario de la Corte y en relación con sus funciones oficiales incurrirá en la pena de prisión de dos a cinco años y multa del tanto al triple del valor de la dádiva solicitada o aceptada».

Centésimo cuadragésimo noveno. Se modifica el apartado 3 del artículo 502, que queda redactado como sigue:

«3. El que convocado ante una comisión parlamentaria de investigación faltare a la verdad en su testimonio será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses».

Centésimo quincuagésimo. Se modifica el apartado 4 del artículo 514, que queda redactado como sigue:

«4. Los que impidieren el legítimo ejercicio de las libertades de reunión o manifestación, o perturbaren gravemente el desarrollo de una reunión o manifestación lícita serán castigados con la pena de prisión de dos a tres años si los hechos se realizaran con violencia, y con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses si se cometieren mediante vías de hecho o cualquier otro procedimiento ilegítimo».

Centésimo quincuagésimo primero. Se suprime el número 6.º del artículo 515.

Centésimo quincuagésimo segundo. Se modifica el artículo 524, que queda redactado como sigue:

«El que en templo, lugar destinado al culto o en ceremonias religiosas ejecutare actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses».

Centésimo quincuagésimo tercero. Se modifica el artículo 526, que queda redactado como sigue:

«El que, faltando al respeto debido a la memoria de los muertos, violare los sepulcros o sepulturas, profanare un cadáver o sus cenizas o, con ánimo de ultraje, destruir, alterar o dañare las urnas funerarias, panteones, lápidas o nichos será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses».

Centésimo quincuagésimo cuarto. Se modifica el artículo 557, que queda redactado como sigue:

«1. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años los que, actuando en grupo, y con el fin de atentar contra la paz pública, alteren el orden público causando lesiones a las personas, produciendo daños en las propiedades, obstaculizando las vías públicas o los accesos a las mismas de manera peligrosa para los que por ellas circulen, o invadiendo instalaciones o edificios, sin perjuicio de las penas que les puedan corresponder conforme a otros preceptos de este Código.

2. Se impondrá la pena superior en grado a las previstas en el apartado precedente a los autores de los actos allí citados cuando éstos se produjeran con ocasión de la celebración de eventos o espectáculos que congreguen a gran número de personas. Con idéntica pena serán castigados quienes en el interior de los recintos donde se celebren estos eventos alteren el orden público mediante comportamientos que provoquen o sean susceptibles de provocar avalanchas u otras reacciones en el público que pusieren en situación de peligro a parte o a la totalidad de los asistentes.

En estos casos se podrá imponer también la pena de privación de acudir a eventos o espectáculos de la misma naturaleza por un tiempo superior hasta tres años a la pena de prisión impuesta».

Centésimo quincuagésimo quinto. Se modifica el artículo 558, que queda redactado como sigue:

«Serán castigados con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses, los que perturben gravemente el orden en la audiencia de un tribunal o juzgado, en los actos públicos propios de cualquier autoridad o corporación, en colegio electoral, oficina o establecimiento público, centro docente o con motivo de la celebración de espectáculos deportivos o culturales. En estos casos se podrá imponer también la pena de privación de acudir a los lugares, eventos o espectáculos de la misma naturaleza por un tiempo superior hasta tres años a la pena de prisión impuesta».

Centésimo quincuagésimo sexto. Se modifica el artículo 561, que queda redactado como sigue:

«El que, con ánimo de atentar contra la paz pública, afirme falsamente la existencia de aparatos explosivos u otros que puedan causar el mismo efecto, o de sustancias químicas, biológicas o tóxicas que puedan causar daño a la salud, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses, atendida la alarma o alteración del orden efectivamente producida».

Centésimo quincuagésimo séptimo. Se modifica el artículo 566, que queda redactado como sigue:

«1. Los que fabriquen, comercialicen o establezcan depósitos de armas o municiones no autorizados por las leyes o la autoridad competente serán castigados:

1.º Si se trata de armas o municiones de guerra o de armas químicas o biológicas con la pena de prisión de cinco a 10 años los promotores y organizadores, y con la de prisión de tres a cinco años los que hayan cooperado a su formación.

2.º Si se trata de armas de fuego reglamentadas o municiones para las mismas, con la pena de prisión de dos a cuatro años los promotores y organizadores, y con la de prisión de seis meses a dos años los que hayan cooperado a su formación.

3.º Con las mismas penas será castigado, en sus respectivos casos, el tráfico de armas o municiones de guerra o de defensa, o de armas químicas o biológicas.

2. Las penas contempladas en el punto 1.º del apartado anterior se impondrán a los que desarrollen o empleen armas químicas o biológicas o inicien preparativos militares para su empleo».

Centésimo quincuagésimo octavo. Se modifican los apartados 1 y 2 del artículo 567, que quedan redactados como sigue:

«1. Se considera depósito de armas de guerra la fabricación, la comercialización o la tenencia de cualquiera de dichas armas, con independencia de su modelo o clase, aun cuando se hallen en piezas desmontadas. Se considera depósito de armas químicas o biológicas la fabricación, la comercialización o la tenencia de las mismas.

El depósito de armas, en su vertiente de comercialización, comprende tanto la adquisición como la venta.

2. Se consideran armas de guerra las determinadas como tales en las disposiciones reguladoras de la defensa nacional. Se consideran armas químicas o biológicas las determinadas como tales en los tratados o convenios internacionales en los que España sea parte.

Se entiende por desarrollo de armas químicas o biológicas cualquier actividad consistente en la investigación o estudio de carácter científico o técnico encaminada a la creación de una nueva arma química o biológica o la modificación de una preexistente».

Centésimo quincuagésimo noveno. Se modifica el artículo 570, que queda redactado como sigue:

«1. En los casos previstos en este capítulo se podrá imponer la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior en tres años a la pena de prisión impuesta.

2. Igualmente, si el delincuente estuviera autorizado para fabricar o traficar con alguna o algunas de las sustancias, armas y municiones mencionadas en el mismo, sufrirá, además de las penas señaladas, la de inhabilitación especial para el ejercicio de su industria o comercio por tiempo de 12 a 20 años».

Centésimo sexagésimo. Se añade un capítulo II bis al título XXIV del libro II del Código penal, con la rúbrica «De los delitos de lesa humanidad».

Este nuevo capítulo contendrá el artículo 607 bis, que tendrá la siguiente redacción:

«1. Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella.

En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos:

1.º Por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al Derecho internacional.

2.º En el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen.

2. Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados:

1.º Con la pena de prisión de 15 a 20 años si causaran la muerte de alguna persona.

Se aplicará la pena superior en grado si concurriera en el hecho alguna de las circunstancias previstas en el artículo 139.

2.º Con la pena de prisión de 12 a 15 años si cometieran una violación, y de cuatro a seis años de prisión si el hecho consistiera en cualquier otra agresión sexual.

3.º Con la pena de prisión de 12 a 15 años si produjeran alguna de las lesiones del artículo 149, y con la de ocho a 12 años de prisión si sometieran a las personas a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud o cuando les produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 150. Se aplicará la pena de prisión de cuatro a ocho años si cometieran alguna de las lesiones del artículo 147.

4.º Con la pena de prisión de ocho a 12 años si deportaran o trasladaran por la fuerza, sin motivos autorizados por el Derecho internacional, a una o más personas a otro Estado o lugar, mediante la expulsión u otros actos de coacción.

5.º Con la pena de prisión de seis a ocho años si forzaran el embarazo de alguna mujer con intención de modificar la composición étnica de la población, sin perjuicio de la pena que corresponda, en su caso, por otros delitos.

6.º Con la pena de prisión de 12 a 15 años cuando detuvieran a alguna persona y se negaran a reconocer dicha privación de libertad o a dar razón de la suerte o paradero de la persona detenida.

7.º Con la pena de prisión de ocho a 12 años si detuvieran a otro, privándolo de su libertad, con infracción de las normas internacionales sobre la detención.

Se impondrá la pena inferior en grado cuando la detención dure menos de quince días.

8.º Con la pena de cuatro a ocho años de prisión si cometieran tortura grave sobre personas que tuvieran bajo su custodia o control, y con la de prisión de dos a seis años si fuera menos grave.

A los efectos de este artículo, se entiende por tortura el sometimiento de la persona a sufrimientos físicos o psíquicos.

La pena prevista en este número se impondrá sin perjuicio de las penas que correspondieran, en su caso, por los atentados contra otros derechos de la víctima.

9.º Con la pena de prisión de cuatro a ocho años si cometieran alguna de las conductas relativas a la prostitución recogidas en el artículo 187.1, y con la de seis a ocho años en los casos previstos en el artículo 188.1.

Se impondrá la pena de seis a ocho años a quienes trasladen a personas de un lugar a otro, con el propósito de su explotación sexual, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima.

Cuando las conductas previstas en el párrafo anterior y en el artículo 188.1 se cometan sobre menores de edad o incapaces, se impondrán las penas superiores en grado.

10.º Con la pena de prisión de cuatro a ocho años si sometieran a alguna persona a esclavitud o la mantuvieran en ella. Esta pena se aplicará sin perjuicio de las que, en su caso, correspondan por los concretos atentados cometidos contra los derechos de las personas.

Por esclavitud se entenderá la situación de la persona sobre la que otro ejerce, incluso de hecho, todos o algunos de los atributos del derecho de propiedad, como comprarla, venderla, prestarla o darla en trueque».

Centésimo sexagésimo primero. El actual párrafo 6.º del artículo 608 pasa a ser el párrafo 7.º. Se introduce un nuevo párrafo 6.º en dicho artículo con la siguiente redacción:

«6.º El personal de Naciones Unidas y personal asociado, protegidos por la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y del Personal Asociado, de 9 de diciembre de 1994».

Centésimo sexagésimo segundo. Se modifica el artículo 610, que queda redactado como sigue:

«El que, con ocasión de un conflicto armado, emplee u ordene emplear métodos o medios de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o males superfluos, así como aquéllos concebidos para causar o de los que fundamentalmente quepa prever que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, comprometiendo la salud o la supervivencia de la población, u ordene no dar cuartel, será castigado con la pena de prisión de 10 a 15 años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos».

Centésimo sexagésimo tercero. Se modifican los apartados 4.º y 5.º del artículo 611, que quedan redactados como sigue:

«4.º Deporte, traslade de modo forzoso, tome como rehén o detenga o confine ilegalmente a cualquier persona protegida o la utilice para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de los ataques de la parte adversa.

5.º Traslade y asiente, directa o indirectamente, en territorio ocupado a población de la parte ocupante, para que resida en él de modo permanente».

Centésimo sexagésimo cuarto. Se modifican los apartados 1.º, 2.º y 3.º del artículo 612, que quedan redactados como sigue:

«1.º Viole a sabiendas la protección debida a hospitales, instalaciones, material, unidades y medios de transporte sanitario, campos de prisioneros, zonas y localidades sanitarias y de seguridad, zonas neutralizadas, lugares de internamiento de la población civil, localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas, dadas a conocer por los signos o señales distintivos apropiados.

2.º Ejercer violencia sobre el personal sanitario o religioso o integrante de la misión médica, o de las sociedades de socorro o contra el personal habilitado para usar los signos o señales distintivos de los Convenios de Ginebra, de conformidad con el Derecho internacional.

3.º Injurie gravemente, prive o no procure el alimento indispensable o la asistencia médica necesaria a cualquier persona protegida o la haga objeto de tratos humillantes o degradantes, omita informarle, sin demora justificada y de modo comprensible, de su situación, imponga castigos colectivos por actos individuales o viole las prescripciones sobre el alojamiento de mujeres y familias o sobre protección especial de mujeres y niños establecidas en los tratados internacionales en los que España fuera parte».

Centésimo sexagésimo quinto. Se modifican el primer párrafo y la letra a) del apartado 1 del artículo 613, que quedan redactados como sigue:

«1. Será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años el que, con ocasión de un conflicto armado, realice u ordene realizar alguna de las siguientes acciones:

a) Ataque o haga objeto de represalias o actos de hostilidad contra bienes culturales o lugares de culto, claramente reconocidos, que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, y a los que se haya conferido protección en virtud de acuerdos especiales, o bienes culturales bajo protección reforzada, causando como consecuencia extensas destrucciones, siempre que tales bienes no estén situados en la inmediata proximidad de objetivos militares o no sean utilizados en apoyo del esfuerzo militar del adversario».

Centésimo sexagésimo sexto. En el capítulo III del título XXIV del libro II («De los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado») se introduce un artículo 614 bis, que queda redactado como sigue:

«Cuando cualquiera de las conductas contenidas en este capítulo formen parte de un plan o política o se cometan a gran escala, se aplicarán las respectivas penas en su mitad superior».

Centésimo sexagésimo séptimo. En el capítulo IV del título XXIV del libro II («Disposiciones comunes») se introduce un artículo 615 bis, que queda redactado como sigue:

«1. La autoridad o jefe militar o quien actúe efectivamente como tal que no adoptara las medidas a su alcance para evitar la comisión, por las fuerzas sometidas a su mando o control efectivo, de alguno de los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título, será castigado con la misma pena que los autores.

2. Si la conducta anterior se realizara por imprudencia grave, la pena será la inferior en uno o dos grados.

3. La autoridad o jefe militar o quien actúe efectivamente como tal que no adoptara las medidas a su alcance para que sean perseguidos los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título cometidos por las personas sometidas a su mando o control efectivo será castigada con la pena inferior en dos grados a la de los autores.

4. El superior no comprendido en los apartados anteriores que, en el ámbito de su competencia, no adoptara las medidas a su alcance para evitar la comisión por sus subordinados de alguno de los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título será castigado con la misma pena que los autores.

5. El superior que no adoptara las medidas a su alcance para que sean perseguidos los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título cometidos por sus subordinados será castigado con la pena inferior en dos grados a la de los autores.

6. El funcionario o autoridad que, sin incurrir en las conductas previstas en los apartados anteriores, y faltando a la obligación de su cargo, dejara de promover la persecución de alguno de los delitos de los comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título de que tenga noticia será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años».

Centésimo sexagésimo octavo. En el capítulo IV del título XXIV del libro II («Disposiciones comunes») se introduce un artículo 616 bis, que queda redactado como sigue:

«Lo dispuesto en el artículo 20.7.º de este Código en ningún caso resultará aplicable a quienes cumplan mandatos de cometer o participar en los hechos incluidos en los capítulos II y II bis de este título».

Centésimo sexagésimo noveno. Se modifica el artículo 617, que queda redactado como sigue:

«1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causara a otro una lesión no definida como delito en este Código será castigado con la pena de localización permanente de seis a 12 días o multa de uno a dos meses.

2. El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión será castigado con la pena de localización permanente de dos a seis días o multa de 10 a 30 días».

Centésimo septuagésimo. Se modifica el artículo 618, que queda redactado como sigue:

«1. Serán castigados con la pena de localización permanente de seis a 12 días o multa de 12 a 24 días los que, encontrando abandonado a un menor de edad o a un incapaz, no lo presenten a la autoridad o a su familia o no le presten, en su caso, el auxilio que las circunstancias requieran.

2. El que incumpliere obligaciones familiares establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de sus hijos, que no constituya delito, será castigado con la pena de multa de 10 días a dos meses o trabajos en beneficio de la comunidad de uno a 30 días».

Centésimo septuagésimo primero. Se modifica el artículo 620, que queda redactado como sigue:

«Serán castigados con la pena de multa de 10 a 20 días:

1.º Los que, de modo leve, amenacen a otro con armas u otros instrumentos peligrosos, o los saquen en riña, como no sea en justa defensa, y salvo que el hecho sea constitutivo de delito.

2.º Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve.

Los hechos descritos en los dos números anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

En los supuestos del número 2.º de este artículo, cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, la pena será la de localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a 10 días.

En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias».

Centésimo septuagésimo segundo. Se modifican los apartados 3 y 4 del artículo 621, que quedan redactados como sigue:

«3. Los que por imprudencia leve causaran lesión constitutiva de delito serán castigados con pena de multa de 10 a 30 días.

4. Si el hecho se cometiera con vehículo a motor o ciclomotor, podrá imponerse además la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo de tres meses a un año».

Centésimo septuagésimo tercero. Se modifica el artículo 623, que queda redactado como sigue:

«Serán castigados con localización permanente de cuatro a 12 días o multa de uno a dos meses:

1. Los que cometan hurto, si el valor de lo hurtado no excediera de 400 euros.

2. Los que realicen la conducta descrita en el artículo 236, siempre que el valor de la cosa no exceda de 400 euros.

3. Los que sustraigan o utilicen sin la debida autorización, sin ánimo de apropiárselo, un vehículo a motor o ciclomotor ajeno, si el valor del vehículo utilizado no excediera de 400 euros.

Si el hecho se ejecutase empleando fuerza en las cosas, se impondrá la pena en su mitad superior. Si se realizara con violencia o intimidación en las personas, se penará conforme a lo dispuesto en el artículo 244.

4. Los que cometan estafa, apropiación indebida, o defraudación de electricidad, gas, agua u otro elemento, energía o fluido, o en equipos terminales de telecomunicación, en cuantía no superior a 400 euros».

Centésimo septuagésimo cuarto. Se modifica el artículo 624, que queda redactado como sigue:

«1. El que ejecutare los actos comprendidos en el artículo 246 será castigado con multa de 10 a 30 días si la utilidad no excede de 400 euros o no sea estimable, siempre que medie denuncia del perjudicado.

2. Será castigado con multa de 10 días a dos meses el que ejecute los actos contemplados en el artículo 247, si la utilidad reportada no excede de 400 euros».

Centésimo septuagésimo quinto. Se modifica el artículo 625, que queda redactado como sigue:

«1. Serán castigados con la pena de localización permanente de dos a 12 días o multa de 10 a 20 días los que intencionadamente causaran daños cuyo importe no exceda de 400 euros.

2. Se impondrá la pena en su mitad superior si los daños se causaran en los lugares o bienes a que refiere el artículo 323 de este Código».

Centésimo septuagésimo sexto. Se modifica el artículo 626, que queda redactado como sigue:

«Los que deslucieren bienes inmuebles de dominio público o privado, sin la debida autorización de la Administración o de sus propietarios, serán castigados con la pena de localización permanente de dos a seis días o tres a nueve días de trabajos en beneficio de la comunidad».

Centésimo septuagésimo séptimo. Se modifica el artículo 627, que queda redactado como sigue:

«El que defraudara a la Hacienda de la Comunidad Europea más de 4.000 euros, por cualquiera de los procedimientos descritos en el artículo 305, será castigado con multa de uno a dos meses».

Centésimo septuagésimo octavo. Se modifica el artículo 628, que queda redactado como sigue:

«El que defraudare a los Presupuestos Generales de la Comunidad Europea, u otros administrados por ésta, u obtuviera indebidamente fondos de las mismas, por alguno de los procedimientos descritos en los artículos 306 y 309, en cuantía superior a 4.000 euros, será castigado con la pena de multa de uno a dos meses».

Centésimo septuagésimo noveno. Se modifica el artículo 629, que queda redactado como sigue:

«Serán castigados con la pena de localización permanente de dos a ocho días o multa de 20 a 60 días los que, habiendo recibido de buena fe moneda, billetes, sellos de correos o efectos timbrados falsos, los expendieran en cantidad que no exceda de 400 euros, a sabiendas de su falsedad».

Centésimo octogésimo. Se modifica el artículo 630, que queda redactado como sigue:

«Los que abandonaren jeringuillas, en todo caso, u otros instrumentos peligrosos de modo o con circunstancias que pudieran causar daño a las personas o contagiar enfermedades, o en lugares frecuentados por menores, serán castigados con las penas de localización permanente de seis a 10 días o multa de uno a dos meses».

Centésimo octogésimo primero. Se modifica el artículo 631, que queda redactado como sigue:

«1. Los dueños o encargados de la custodia de animales feroces o dañinos que los dejen sueltos o en condiciones de causar mal serán castigados con la pena de multa de 20 a 30 días.

2. Quienes abandonen a un animal doméstico en condiciones en que pueda peligrar su vida o su integridad serán castigados con la pena de multa de 10 a 30 días».

Centésimo octogésimo segundo. Se modifica el artículo 632, que queda redactado como sigue:

«1. El que corte, tale, queme, arranque, recolecte alguna especie o subespecie de flora amenazada o de sus propágulos, sin grave perjuicio para el medio ambiente, será castigado con la pena de multa de 10 a 30 días o trabajos en beneficio de la comunidad de 10 a 20 días.

2. Los que maltrataren cruelmente a los animales domésticos o a cualesquiera otros en espectáculos no autorizados legalmente sin incurrir en los supuestos previstos en el artículo 337 serán castigados con la pena de multa de 20 a 60 días o trabajos en beneficio de la comunidad de 20 a 30 días».

Centésimo octogésimo tercero. Se modifica el artículo 633, que queda redactado como sigue:

«Los que perturbaren levemente el orden en la audiencia de un Tribunal o Juzgado, en los actos públicos, en espectáculos deportivos o culturales, solemnidades o reuniones numerosas serán castigados con las penas de localización permanente de dos a 12 días y multa de 10 a 30 días».

Centésimo octogésimo cuarto. Se modifica el artículo 635, que queda redactado como sigue:

«Será castigado con la pena de localización permanente de dos a 10 días o multa de uno a dos meses el que se mantuviere contra la voluntad de su titular, fuera de las horas de apertura, en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina o establecimiento mercantil o local abierto al público».

Centésimo octogésimo quinto. Se modifica el artículo 636, que queda redactado como sigue:

«Los que realizaren actividades careciendo de los seguros obligatorios de responsabilidad civil que se exigieran legalmente para el ejercicio de aquéllas serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses.

No se considerará comprendida entre las actividades a las que se refiere el párrafo anterior la conducción de vehículos a motor y ciclomotores».

Centésimo octogésimo sexto. Se modifica el artículo 637, que queda redactado como sigue:

«El que usare pública e indebidamente uniforme, traje, insignia o condecoración oficiales, o se atribuyere públicamente la cualidad de profesional amparada por un

título académico que no posea, será castigado con la pena de localización permanente de dos a 10 días o multa de 10 a 30 días».

### *Disposiciones transitorias*

1.<sup>a</sup> 1. Los delitos y faltas cometidos hasta el día de la entrada en vigor de esta Ley se juzgarán conforme a la legislación penal vigente en el momento de su comisión. No obstante lo anterior, se aplicará esta Ley, una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el reo, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor.

2. Para la determinación de cuál sea la Ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas del Código actual y de la reforma contenida en esta Ley.

3. En todo caso, será oído el reo.

2.<sup>a</sup> El Consejo General del Poder Judicial, en el ámbito de las competencias que le atribuye el artículo 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, podrá asignar a uno o varios de los Juzgados de lo Penal o secciones de las Audiencias Provinciales dedicados en régimen de exclusividad a la ejecución de sentencias penales la revisión de las sentencias firmes dictadas antes de la vigencia de esta Ley.

Dichos jueces o tribunales procederán a revisar las sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena, aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial. En las penas privativas de libertad no se considerará más favorable esta Ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código. Se exceptúa el supuesto en que esta Ley contenga para el mismo hecho la previsión alternativa de una pena no privativa de libertad; en tal caso, deberá revisarse la sentencia.

No se revisarán las sentencias en que el cumplimiento de la pena esté suspendido, sin perjuicio de hacerlo en caso de que se revoque la suspensión y antes de proceder al cumplimiento efectivo de la pena suspendida. Igual regla se aplicará si el penado se encuentra en período de libertad condicional.

Tampoco se revisarán las sentencias en que, con arreglo a la redacción anterior de los artículos del Código y a la presente reforma, corresponda, exclusivamente, pena de multa.

3.<sup>a</sup> No serán revisadas las sentencias en que la pena esté ejecutada o suspendida, aunque se encuentren pendientes de ejecutar otros pronunciamientos del fallo, así como las ya totalmente ejecutadas, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal que en el futuro pudiera tenerlas en cuenta a efectos de reincidencia deba examinar previamente si el hecho en ellas penado ha dejado de ser delito o pudiera corresponderle una pena menor de la impuesta en su día, conforme a esta Ley.

En los supuestos de indulto parcial, no se revisarán las sentencias cuando la pena resultante que se halle cumpliendo el condenado se encuentre comprendida en un marco imponible inferior respecto a esta Ley.

4.<sup>a</sup> En los casos en que la pena que pudiera corresponder por la aplicación de esta Ley fuera la de localización permanente, se considerará, para valorar su gravedad comparativa, que cada día de localización permanente equivale a un día de prisión.

5.<sup>a</sup> En las sentencias dictadas conforme a la legislación que se deroga y que no sean firmes por estar pendientes de recurso, se observarán, una vez transcurrido el período de *vacatio*, las siguientes reglas:

a) Si se trata de un recurso de apelación, las partes podrán invocar y el Juez o Tribunal aplicará de oficio los preceptos de la nueva Ley, cuando resulten más favorables al reo.

b) Si se trata de un recurso de casación, aún no formalizado, el recurrente podrá señalar las infracciones legales basándose en los preceptos de la nueva Ley.

c) Si, interpuesto recurso de casación, estuviera sustanciándose, se pasará de nuevo al recurrente, de oficio o a instancia de parte, por el término de ocho días, para que adapte, si lo estima procedente, los motivos de casación alegados a los preceptos de la nueva Ley, y del recurso así modificado se instruirán las partes interesadas, el fiscal y el magistrado ponente, continuando la tramitación conforme a Derecho.

### *Disposiciones finales*

1.<sup>a</sup> Primero. Se introducen las siguientes modificaciones en los artículos 282 bis, 326, 363, 503, 504, 508, 509, 510, 544 bis y 801 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal:

a) Se añade un nuevo párrafo d) al apartado 4 del artículo 282 bis, con la siguiente redacción:

«d) Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270 a 277 del Código penal».

Los antiguos párrafos d), e), f), g), h) i), j) y k) de este apartado pasan a ser los párrafos e), f), g), h), i), j), k) y l), respectivamente.

b) Se añade un párrafo tercero al artículo 326, con el siguiente contenido:

«Cuando se pusiera de manifiesto la existencia de huellas o vestigios cuyo análisis biológico pudiera contribuir al esclarecimiento del hecho investigado, el Juez de Instrucción adoptará u ordenará a la Policía Judicial o al médico forense que adopte las medidas necesarias para que la recogida, custodia y examen de aquellas muestras se verifique en condiciones que garanticen su autenticidad, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 282».

c) Se añade un segundo párrafo al artículo 363, con la siguiente redacción:

«Siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad».

d) Se modifica la redacción del párrafo c) del artículo 503.1.3.º en los siguientes términos:

«c) Evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código penal. En estos casos no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1.º de este apartado».

e) Se modifica la redacción del primer párrafo del apartado 2 del artículo 504, en los siguientes términos:

«Cuando la prisión provisional se hubiera decretado en virtud de lo previsto en los párrafos a) o c) del apartado 1.3.º o en el apartado 2 del artículo anterior, su duración no podrá exceder de un año si el delito tuviere señalada pena privativa de libertad igual o inferior a tres años, o de dos años si la pena privativa de libertad señalada para el delito fuera superior a tres años. No obstante, cuando concurrieren circunstancias que hicieran prever que la causa no podrá ser juzgada en aquellos plazos, el Juez o Tribunal podrá, en los términos previstos en el artículo 505, acordar mediante auto una sola prórroga de hasta dos años si el delito tuviera señalada pena privativa

de libertad superior a tres años, o de hasta seis meses si el delito tuviera señalada pena igual o inferior a tres años».

f) Se añade un nuevo apartado 6 al artículo 504, con la siguiente redacción:

«6. Cuando la medida de prisión provisional acordada exceda de las dos terceras partes de su duración máxima, el Juez o Tribunal que conozca de la causa y el Ministerio Fiscal comunicarán respectivamente esta circunstancia al presidente de la sala de gobierno y al fiscal-jefe del Tribunal correspondiente, con la finalidad de que se adopten las medidas precisas para imprimir a las actuaciones la máxima celeridad. A estos efectos, la tramitación del procedimiento gozará de preferencia respecto de todos los demás».

g) Se modifica la redacción del artículo 508, en los siguientes términos:

«1. El Juez o Tribunal podrá acordar que la medida de prisión provisional del imputado se verifique en su domicilio, con las medidas de vigilancia que resulten necesarias, cuando por razón de enfermedad el internamiento entrañe grave peligro para su salud. El Juez o Tribunal podrá autorizar que el imputado salga de su domicilio durante las horas necesarias para el tratamiento de su enfermedad, siempre con la vigilancia precisa.

2. En los casos en los que el imputado se hallara sometido a tratamiento de desintoxicación o deshabitación a sustancias estupefacientes y el ingreso en prisión pudiera frustrar el resultado de dicho tratamiento, la medida de prisión provisional podrá ser sustituida por el ingreso en un centro oficial o de una organización legalmente reconocida para continuación del tratamiento, siempre que los hechos objeto del procedimiento sean anteriores a su inicio. En este caso el imputado no podrá salir del centro sin la autorización del Juez o Tribunal que hubiera acordado la medida».

h) Se modifica la redacción del artículo 509, en los siguientes términos:

«1. El Juez de Instrucción o Tribunal podrá acordar excepcionalmente la detención o prisión incomunicadas para evitar que se sustraigan a la acción de la justicia personas supuestamente implicadas en los hechos investigados, que éstas puedan actuar contra bienes jurídicos de la víctima, que se oculten, alteren o destruyan pruebas relacionadas con su comisión, o que se cometan nuevos hechos delictivos.

2. La incomunicación durará el tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar los peligros a que se refiere el apartado anterior. La incomunicación no podrá extenderse más allá de cinco días. En los casos en que la prisión se acuerde en causa por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis u otros delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas, la incomunicación podrá prorrogarse por otro plazo no superior a cinco días. No obstante, en estos mismos casos, el Juez o Tribunal que conozca de la causa podrá mandar que vuelva a quedar incomunicado el preso, aun después de haber sido puesto en comunicación, siempre que el desenvolvimiento ulterior de la investigación o de la causa ofreciese méritos para ello. Esta segunda incomunicación no excederá en ningún caso de tres días.

3. El auto en el que sea acordada la incomunicación o, en su caso, su prórroga deberá expresar los motivos por los que haya sido adoptada la medida».

i) Se añade un nuevo apartado 4 al artículo 510, con la siguiente redacción:

«4. El preso sometido a incomunicación que así lo solicite tendrá derecho a ser reconocido por un segundo médico forense designado por el Juez o Tribunal competente para conocer de los hechos».

j) El último párrafo del artículo 544 bis queda redactado así:

«En caso de incumplimiento por parte del inculpado de la medida acordada por el Juez o Tribunal, éste convocará la comparecencia regulada en el artículo 505 para la adopción de la prisión provisional en los términos del artículo 503, de la orden de protección prevista en el artículo 544 ter o de otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal, para lo cual se tendrán en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar».

k) El artículo 801 pasa a tener la siguiente redacción:

«1. Sin perjuicio de la aplicación en este procedimiento del artículo 787, el acusado podrá prestar su conformidad ante el Juzgado de Guardia y dictar éste sentencia de conformidad, cuando concurran los siguientes requisitos:

1.º Que no se hubiera constituido acusación particular y el Ministerio Fiscal hubiera solicitado la apertura del juicio oral y, así acordada por el Juez de guardia, aquél hubiera presentado en el acto escrito de acusación.

2.º Que los hechos objeto de acusación hayan sido calificados como delito castigado con pena de hasta tres años de prisión, con pena de multa cualquiera que sea su cuantía o con otra pena de distinta naturaleza cuya duración no exceda de 10 años.

3.º Que, tratándose de pena privativa de libertad, la pena solicitada o la suma de las penas solicitadas no supere, reducida en un tercio, los dos años de prisión.

2. Dentro del ámbito definido en el apartado anterior, el Juzgado de Guardia realizará el control de la conformidad prestada en los términos previstos en el artículo 787 y, en su caso, dictará oralmente sentencia de conformidad que se documentará con arreglo a lo previsto en el apartado 2 del artículo 789, en la que impondrá la pena solicitada reducida en un tercio, aun cuando suponga la imposición de una pena inferior al límite mínimo previsto en el Código penal. Si el fiscal y las partes personadas expresasen su decisión de no recurrir, el juez, en el mismo acto, declarará oralmente la firmeza de la sentencia y, si la pena impuesta fuera privativa de libertad, resolverá lo procedente sobre su suspensión o sustitución.

3. Para acordar, en su caso, la suspensión de la pena privativa de libertad bastará, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 81.3.º del Código penal, con el compromiso del acusado de satisfacer las responsabilidades civiles que se hubieren originado en el plazo prudencial que el Juzgado de Guardia fije. Asimismo, en los casos en que de conformidad con el artículo 87.1.1.º del Código penal sea necesaria una certificación suficiente por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado de que el acusado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin, bastará para aceptar la conformidad y acordar la suspensión de la pena privativa de libertad el compromiso del acusado de obtener dicha certificación en el plazo prudencial que el Juzgado de Guardia fije.

4. Dictada sentencia de conformidad y practicadas las actuaciones a que se refiere el apartado 2, el Juez de guardia acordará lo procedente sobre la puesta en libertad o el ingreso en prisión del condenado y realizará los requerimientos que de ella se deriven, remitiendo seguidamente las actuaciones junto con la sentencia redactada al Juzgado de lo Penal que corresponda, que continuará su ejecución.

5. Si hubiere acusador particular en la causa, el acusado podrá, en su escrito de defensa, prestar su conformidad con la más grave de las acusaciones según lo previsto en los apartados anteriores».

Segundo. Se introducen las siguientes modificaciones en los artículos 18, 25, 292, 338, 365, 544 ter, 759, 771, 776, 778, 787, 795, 796, 797, 798, 962, 965 y 966 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal:

a) El contenido del actual artículo 18 pasa a ser el apartado 1 de dicho artículo, al que se añade un nuevo apartado 2 con la siguiente redacción:

«2. No obstante lo anterior, será competente para conocer de los delitos conexos cometidos por dos o más personas en distintos lugares, si hubiera precedido concierto para ello, con preferencia a los indicados en el apartado anterior, el Juez o Tribunal del partido judicial sede de la correspondiente Audiencia Provincial, siempre que los distintos delitos se hubieren cometido en el territorio de una misma provincia y al menos uno de ellos se hubiera perpetrado dentro del partido judicial sede de la correspondiente Audiencia Provincial».

b) Se añade un nuevo párrafo entre los actuales párrafos segundo y tercero del artículo 25, con la siguiente redacción:

«Entretanto no recaiga decisión judicial firme resolviendo definitivamente la cuestión promovida o aceptando la competencia, el Juez de Instrucción que acuerde la inhibición a favor de otro de la misma clase seguirá practicando todas las diligencias necesarias para comprobar el delito, averiguar e identificar a los posibles culpables y proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo. A tal efecto, la resolución que inicialmente acuerde la inhibición expresará esta circunstancia, y a ella se acompañará únicamente testimonio de las actuaciones. Dirimida la cuestión o aceptada la competencia por resolución firme, se remitirán los autos originales y las piezas de convicción al Juez que resulte competente».

c) Se añade un párrafo segundo al artículo 292, con el siguiente contenido:

«La Policía Judicial remitirá con el atestado un informe dando cuenta de las detenciones anteriores y de la existencia de requisitorias para su llamamiento y busca cuando así conste en sus bases de datos».

d) Se introduce un nuevo párrafo entre los actuales párrafos tercero y cuarto del artículo 338, con el siguiente contenido:

«Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores será también aplicable a los efectos intervenidos en relación con la comisión de delitos contra la propiedad intelectual e industrial, una vez que tales efectos hayan sido examinados pericialmente».

e) Se añade un segundo párrafo al artículo 365, con el siguiente contenido:

«La valoración de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales se fijará atendiendo a su precio de venta al público».

f) El apartado 1 del artículo 544 ter queda redactado así:

«1. El Juez de Instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código penal, resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo».

g) Se modifica el párrafo segundo de la regla 1.<sup>a</sup> del artículo 759, en los siguientes términos:

«Cuando la cuestión surja en la fase de instrucción, cada uno de los juzgados continuará practicando en todo caso, hasta tanto se dirima definitivamente la controversia, las diligencias conducentes a la comprobación del delito, a la averiguación e identificación de los posibles culpables y a la protección de los ofendidos o perjudicados por el mismo, debiendo remitirse recíprocamente ambos juzgados testimonio de lo actuado y comunicarse cuantas diligencias practiquen».

h) Se añade un segundo párrafo a la circunstancia 1.<sup>a</sup> del artículo 771, con el siguiente texto:

«La información de derechos al ofendido o perjudicado regulada en este artículo, cuando se refiera a los delitos contra la propiedad intelectual o industrial, y, en su caso, su citación o emplazamiento en los distintos trámites del proceso, se realizará a aquellas personas, entidades u organizaciones que ostenten la representación legal de los titulares de dichos derechos».

i) Se modifican los apartados 1 y 2 del artículo 776, que pasan a tener la siguiente redacción:

«1. El secretario judicial informará al ofendido y al perjudicado de sus derechos, en los términos previstos en los artículos 109 y 110, cuando previamente no lo hubiera hecho la Policía Judicial. En particular, se instruirá de las medidas de asistencia a las víctimas que prevé la legislación vigente y de los derechos mencionados en la regla 1.ª del artículo 771.

2. La imposibilidad de practicar esta información por la Policía Judicial o por el secretario judicial en comparecencia no impedirá la continuación del procedimiento, sin perjuicio de que se proceda a realizarla por el medio más rápido posible».

j) Se añade un nuevo apartado 6 al artículo 778, redactado en los siguientes términos:

«6. El Juez podrá autorizar al médico forense que asista en su lugar al levantamiento del cadáver, adjuntándose en este caso a las actuaciones un informe que incorporará una descripción detallada de su estado, identidad y circunstancias, especialmente todas aquellas que tuviesen relación con el hecho punible».

k) Se modifica el apartado 6 del artículo 787 y se añade un nuevo apartado 7 al mismo artículo, con el siguiente contenido:

«6. La sentencia de conformidad se dictará oralmente y documentará conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 789, sin perjuicio de su ulterior redacción. Si el fiscal y las partes, conocido el fallo, expresaran su decisión de no recurrir, el Juez, en el mismo acto, declarará oralmente la firmeza de la sentencia, y se pronunciará, previa audiencia de las partes, sobre la suspensión o la sustitución de la pena impuesta.

7. Únicamente serán recurribles las sentencias de conformidad cuando no hayan respetado los requisitos o términos de la conformidad, sin que el acusado pueda impugnar por razones de fondo su conformidad libremente prestada».

l) Se modifica la regla 2.ª del apartado 1 del artículo 795, en los siguientes términos:

«2.ª Que se trate de alguno de los siguientes delitos:

a) Delitos de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a que se refiere el artículo 173.2 del Código penal.

b) Delitos de hurto.

c) Delitos de robo.

d) Delitos de hurto y robo de uso de vehículos.

e) Delitos contra la seguridad del tráfico.

f) Delitos de daños referidos en el artículo 263 del Código penal.

g) Delitos contra la salud pública previstos en el artículo 368, inciso segundo, del Código penal.

h) Delitos flagrantes relativos a la propiedad intelectual e industrial previstos en los artículos 270, 273, 274 y 275 del Código penal».

m) Se modifica la regla 4.ª del apartado 1 del artículo 796, que queda redactada así:

«4.<sup>a</sup> Citará también a los testigos para que comparezcan en el Juzgado de Guardia en el día y hora que se les indique, apercibiéndoles de las consecuencias de no comparecer a la citación policial en el Juzgado de Guardia. No será necesaria la citación de miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que hubieren intervenido en el atestado cuando su declaración conste en el mismo».

n) Se añade un nuevo apartado 4 al artículo 796, con el siguiente contenido:

«4. A los efectos de la aplicación del procedimiento regulado en este título, cuando la Policía Judicial tuviera conocimiento de la comisión de un hecho incardinable en alguna de las circunstancias previstas en el apartado 1 del artículo 795, respecto del cual, no habiendo sido detenido ni localizado el presunto responsable, fuera no obstante previsible su rápida identificación y localización, continuará las investigaciones iniciadas, que se harán constar en un único atestado, el cual se remitirá al juzgado de guardia tan pronto como el presunto responsable sea detenido o citado de acuerdo con lo previsto en los apartados anteriores, y en cualquier caso, dentro de los cinco días siguientes. En estos casos la instrucción de la causa corresponderá en exclusiva al Juzgado de Guardia que haya recibido el atestado.

Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de dar conocimiento inmediatamente al Juez de guardia y al Ministerio Fiscal de la comisión del hecho y de la continuación de las investigaciones para su debida constancia».

ñ) Se modifican las reglas 5.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup> del apartado 1 del artículo 797, cuyo contenido pasa a ser el siguiente:

«5.<sup>a</sup> Llevará a cabo, en su caso, las informaciones previstas en el artículo 776».

«8.<sup>a</sup> Ordenará la citación, incluso verbal, de las personas que considere necesario que comparezcan ante él. A estos efectos no procederá la citación de miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que hubieren intervenido en el atestado cuya declaración obre en el mismo, salvo que, excepcionalmente y mediante resolución motivada, considere imprescindible su nueva declaración antes de adoptar alguna de las resoluciones previstas en el artículo siguiente».

o) Se añade un nuevo apartado 3 al artículo 797, con el siguiente texto:

«3. El abogado designado para la defensa tendrá también habilitación legal para la representación de su defendido en todas las actuaciones que se verifiquen ante el Juez de guardia».

p) Se modifica el ordinal 1.<sup>o</sup> del apartado 2 del artículo 798, que pasa a tener la siguiente redacción:

«1.<sup>o</sup> En el caso de que considere suficientes las diligencias practicadas, dictará auto en forma oral, que deberá documentarse y no será susceptible de recurso alguno, ordenando seguir el procedimiento del capítulo siguiente, salvo que estime procedente alguna de las decisiones previstas en las reglas 1.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> del apartado 1 del artículo 779, en cuyo caso dictará el correspondiente auto. Si el Juez de guardia reputa falta el hecho que hubiera dado lugar a la formación de las diligencias, procederá a su enjuiciamiento inmediato conforme a lo previsto en el artículo 963».

q) Se da nueva redacción al apartado 1 del artículo 962, en los siguientes términos:

«1. Cuando la Policía Judicial tenga noticia de un hecho que presente los caracteres de falta tipificada en el artículo 617, en el artículo 623.1 cuando sea flagrante o en el artículo 620 del Código penal, siempre que en este último caso el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del mismo Código, cuyo enjuiciamiento corresponda al Juzgado de Instrucción al que se debe entregar el atestado o a otro del mismo partido judicial, procederá de forma inmediata a citar

ante el juzgado de guardia a los ofendidos y perjudicados, al denunciante, al denunciado y a los testigos que puedan dar razón de los hechos. Al hacer dicha citación se apercibirá a las personas citadas de las respectivas consecuencias de no comparecer ante el Juzgado de Guardia. Asimismo, se las apercibirá de que podrá celebrarse el juicio de faltas de forma inmediata en el Juzgado de Guardia, incluso aunque no comparezcan, y de que han de comparecer con los medios de prueba de que intenten valerse. Al denunciante y al ofendido o perjudicado se les informará de sus derechos en los términos previstos en los artículos 109, 110 y 967».

r) El artículo 965 pasa a tener la siguiente redacción:

«1. Si no fuere posible la celebración del juicio durante el servicio de guardia, el juzgado seguirá las reglas siguientes:

1.ª Si la competencia para el enjuiciamiento corresponde al propio Juzgado de Instrucción, procederá en todo caso al señalamiento para la celebración del juicio de faltas y a las citaciones procedentes para el día hábil más próximo posible dentro de los predeterminados a tal fin, y en cualquier caso en un plazo no superior a siete días.

2.ª Si estimare que la competencia para el enjuiciamiento corresponde a otro juzgado, le remitirá lo actuado para que éste proceda a realizar el señalamiento del juicio y las citaciones con arreglo a lo dispuesto en la regla anterior.

2. El Consejo General del Poder Judicial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 110 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dictará los reglamentos oportunos para la ordenación, coordinadamente con el Ministerio Fiscal, de los señalamientos de juicios de faltas».

s) Se modifica el artículo 966, cuyo contenido pasa a ser el siguiente:

«Las citaciones para la celebración del juicio de faltas previsto en el artículo anterior se harán al Ministerio Fiscal, salvo en los supuestos a que se refiere el apartado 2 del artículo 969, al querellante o denunciante, si lo hubiere, al denunciado y a los testigos y peritos que puedan dar razón de los hechos».

Tercero. La actual disposición adicional de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pasa a ser disposición adicional primera, y se añade a dicha Ley una nueva disposición adicional segunda, con el siguiente contenido:

«Las medidas cautelares de prisión provisional, su duración máxima y su cesación, así como las demás medidas cautelares adoptadas en el curso de los procedimientos penales, se anotarán en un registro central, de ámbito nacional, que existirá en el Ministerio de Justicia.

El Gobierno, a propuesta del Ministerio de Justicia, oídos el Consejo General del Poder Judicial y la Agencia de Protección de Datos, dictará las disposiciones reglamentarias oportunas relativas a la organización y competencias de dicho registro central, determinando el momento de su entrada en funcionamiento, así como el régimen de inscripción y cancelación de sus asientos y el acceso a la información contenida en el mismo, asegurando en todo caso su confidencialidad».

Cuarto. Se añade a la Ley de Enjuiciamiento Criminal una nueva disposición adicional tercera, con el siguiente contenido:

«El Gobierno, a propuesta conjunta de los Ministerios de Justicia y de Interior, y previos los informes legalmente procedentes, regulará mediante Real Decreto la estructura, composición, organización y funcionamiento de la Comisión nacional sobre el uso forense del ADN, a la que corresponderá la acreditación de los laboratorios facultados para contrastar perfiles genéticos en la investigación y persecución de deli-

tos y la identificación de cadáveres, el establecimiento de criterios de coordinación entre ellos, la elaboración de los protocolos técnicos oficiales sobre la obtención, conservación y análisis de las muestras, la determinación de las condiciones de seguridad en su custodia y la fijación de todas aquellas medidas que garanticen la estricta confidencialidad y reserva de las muestras, los análisis y los datos que se obtengan de los mismos, de conformidad con lo establecido en las Leyes».

2.<sup>a</sup> La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, queda modificada en los siguientes términos:

Primero. El primer párrafo del artículo 8 queda redactado de la siguiente manera:

«El Juez de Menores no podrá imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal o por el acusador particular».

Segundo. El artículo 25 queda redactado de la siguiente manera:

«Artículo 25. De la acusación particular.

Podrán personarse en el procedimiento como acusadores particulares, a salvo de las acciones previstas por el artículo 61 de esta Ley, las personas directamente ofendidas por el delito, sus padres, sus herederos o sus representantes legales si fueran menores de edad o incapaces, con las facultades y derechos que derivan de ser parte en el procedimiento, entre los que están, entre otros, los siguientes:

- a) Ejercitar la acusación particular durante el procedimiento.
- b) Instar la imposición de las medidas a las que se refiere esta Ley.
- c) Tener vista de lo actuado, siendo notificado de las diligencias que se soliciten y acuerden.
- d) Proponer pruebas que versen sobre el hecho delictivo y las circunstancias de su comisión, salvo en lo referente a la situación psicológica, educativa, familiar y social del menor.
- e) Participar en la práctica de las pruebas, ya sea en fase de instrucción ya sea en fase de audiencia; a estos efectos, el órgano actuante podrá denegar la práctica de la prueba de careo, si esta fuera solicitada, cuando no resulte fundamental para la averiguación de los hechos o la participación del menor en los mismos.
- f) Ser oído en todos los incidentes que se tramiten durante el procedimiento.
- g) Ser oído en caso de modificación o de sustitución de medidas impuestas al menor.
- h) Participar en las vistas o audiencias que se celebren.
- i) Formular los recursos procedentes de acuerdo con esta Ley.

Una vez admitida por el Juez de Menores la personación del acusador particular, se le dará traslado de todas las actuaciones sustanciadas de conformidad con esta Ley y se le permitirá intervenir en todos los trámites en defensa de sus intereses».

Tercero. Se añade una disposición adicional sexta, que queda redactada como sigue:

«Evaluada la aplicación de esta Ley Orgánica, oídos el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio Fiscal, las Comunidades Autónomas y los grupos parlamentarios, el Gobierno procederá a impulsar las medidas orientadas a sancionar con más firmeza y eficacia los hechos delictivos cometidos por personas que, aun siendo menores, revistan especial gravedad, tales como los previstos en los artículos 138, 139, 179 y 180 del Código penal.

A tal fin, se establecerá la posibilidad de prolongar el tiempo de internamiento, su cumplimiento en centros en los que se refuercen las medidas de seguridad impuestas y la posibilidad de su cumplimiento a partir de la mayoría de edad en centros penitenciarios».

3.<sup>a</sup> Se adiciona un nuevo párrafo final al artículo 20 de la Ley Hipotecaria, según el Texto Refundido aprobado por Decreto de 8 de febrero de 1946, en los siguientes términos:

«No podrá tomarse anotación de demanda, embargo o prohibición de disponer, ni cualquier otra prevista en la Ley, si el titular registral es persona distinta de aquella contra la cual se ha dirigido el procedimiento. En los procedimientos criminales podrá tomarse anotación de embargo preventivo o de prohibición de disponer de los bienes, como medida cautelar, cuando a juicio del Juez o Tribunal existan indicios racionales de que el verdadero titular de los mismos es el imputado, haciéndolo constar así en el mandamiento».

4.<sup>a</sup> En esta Ley Orgánica tienen carácter de Ley Ordinaria los preceptos contenidos en el apartado segundo de la disposición final primera, en el apartado segundo de la disposición final segunda y en la disposición final tercera, que han sido dictados en ejercicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.5.<sup>a</sup>, 6.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup> de la Constitución.

5.<sup>a</sup> La presente Ley Orgánica entrará en vigor el día 1 de octubre de 2004, con excepción de la disposición final primera, la disposición final segunda, la disposición final tercera y la disposición final cuarta, que entrarán en vigor el día siguiente al de la publicación de esta Ley Orgánica en el «Boletín Oficial del Estado», y de los apartados octogésimo octavo, octogésimo noveno y nonagésimo del artículo único, que modifican los artículos 259, 260 y 261 del Código penal, que entrarán en vigor el mismo día en que lo haga la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (1).

## LEY ORGÁNICA 20/2003, DE 23 DE DICIEMBRE, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL Y DEL CÓDIGO PENAL

(«BOE» núm. 309, de 26 de diciembre de 2003)

### Artículo 1. *Modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial.*

Se modifica el párrafo g) del apartado 2 del artículo 86 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que queda redactado en los siguientes términos:

«g) De los asuntos atribuidos a los Juzgados de Primera Instancia en el artículo 8 de la Ley de Arbitraje cuando vengan referidos a materias contempladas en este apartado».

### Artículo 2. *Modificación del Código penal.*

Se añaden al Código penal los artículos 506 bis, 521 bis y 576 bis, en los siguientes términos:

---

(1) Ley que entró en vigor el día 1 de septiembre de 2004.

«506 bis.

1. La autoridad o funcionario público que, careciendo manifiestamente de competencias o atribuciones para ello, convocare o autorizare la convocatoria de elecciones generales, autonómicas o locales o consultas populares por vía de referéndum en cualquiera de las modalidades previstas en la Constitución, será castigado con la pena de prisión de tres a cinco años e inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre tres y cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta.

2. La autoridad o funcionario público que, sin realizar la convocatoria o autorización a que se refiere el apartado anterior, facilite, promueva o asegure el proceso de elecciones generales, autonómicas o locales o consultas populares por vía de referéndum en cualquiera de las modalidades previstas en la Constitución convocadas por quien carece manifiestamente de competencia o atribuciones para ello, una vez acordada la ilegalidad del proceso será castigado con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre uno y tres años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta».

«521 bis.

Los que, con ocasión de un proceso de elecciones generales, autonómicas o locales o consultas populares por vía de referéndum en cualquiera de las modalidades previstas en la Constitución convocadas por quien carece manifiestamente de competencias o atribuciones para ello, participen como interventores o faciliten, promuevan o aseguren su realización una vez acordada la ilegalidad del proceso serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses».

«576 bis.

1. La autoridad o funcionario público que allegara fondos o bienes de naturaleza pública, subvenciones o ayudas públicas de cualquier clase a asociaciones ilegales o partidos políticos disueltos o suspendidos por resolución judicial por llevar a cabo conductas relacionadas con los delitos a que se refiere esta sección, así como a los partidos políticos, personas físicas o jurídicas, entidades sin personalidad jurídica y, en particular, grupos parlamentarios o agrupaciones de electores que, de hecho, continúen o sucedan la actividad de estos partidos políticos disueltos o suspendidos será castigado con la pena de tres a cinco años de prisión.

2. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado anterior a la autoridad o funcionario público que continuase con las conductas previstas en este artículo una vez requerido judicial o administrativamente para que cese en las citadas conductas».

*Disposición final única. Entrada en vigor*

El artículo primero de esta Ley Orgánica entrará en vigor el mismo día en que lo haga la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y su artículo segundo entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal  
Supremo

Sección dirigida por  
SANTIAGO MIR PUIG

Engaños punibles y mentiras impunes:  
un análisis de los límites del engaño típico  
en el delito de estafa a la luz del caso de la Sentencia  
del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2003

Ponente: ANDRÉS IBÁÑEZ

NURIA PASTOR MUÑOZ (\*)  
Universidad Pompeu Fabra (Barcelona)

*El acusado, Don Pedro Francisco, actuando en calidad de administrador de una empresa, libró 21 letras de cambio por un importe total de 6.891.976 pesetas y, sabiendo que las letras no obedecían a operación comercial alguna por los librados que figuraban en las mismas, las cedió al Banco de Santander Central Hispano, S. A., tenedor legítimo actual de las mencionadas letras de cambio, mediante el oportuno descuento, de tal forma que llegado el momento de vencimiento de las cambiales, aquéllas fueron impagadas al no corresponder a ninguna tasación comercial real con los librados.—El importe total del descuento obtenido por el acusado se eleva a 6.891.976 pesetas, importe que es reclamado por el Banco de Santander Central Hispano, en concepto de perjuicio económico sufrido por dicha operación bancaria.*

---

(\*) Doctora en Derecho penal. Profesor Lector de la Facultad de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona).

En este caso, la Audiencia Provincial condenó al acusado por un delito continuado de estafa. En cambio, el Tribunal Supremo consideró que el comportamiento del autor no reunía los elementos necesarios para ser considerado típico desde la perspectiva del artículo 248 CP –engaño «bastante»–, con el argumento de que la entidad bancaria podría haberse protegido frente al engaño mediante el recurso a los conocimientos y medios que tenía a su alcance, a saber, la verificación de la calidad real de las letras de cambio y de si correspondían o no a operaciones ciertamente existentes.

Casos como el presente plantean la cuestión de dónde se encuentran los límites del engaño típico en el delito de estafa, y lo hacen con especial crudeza, porque se trata de supuestos en los que la inveracidad del autor ha logrado conducir al disponente a realizar un acto de disposición perjudicial. Además, en la jurisprudencia no reina unanimidad a la hora de valorar estos supuestos, pues mientras encontramos casos en los que se condena por estafa, descubrimos otros en los que se absuelve con el argumento de que la víctima ha incumplido determinados «deberes de autoprotección» del propio patrimonio frente al engaño. Así, por ejemplo, la STS de 14 de abril de 2000, ponente Giménez García, condena por estafa al sujeto que presentó al descuento una serie de letras de cambio que no obedecían a una operación real –también lo ha hecho últimamente la STS de 16 de octubre de 2003, ponente Soriano Soriano–, mientras que la STS de 27 de noviembre de 2000, ponente Granados Pérez, al igual que la sentencia objeto del presente comentario, absuelve en un caso semejante porque la entidad bancaria no emprendió actividad alguna dirigida a averiguar si los recibos descontados obedecían o no a una operación real.

En realidad, el problema de los límites del engaño típico en el delito de estafa puede sintetizarse en una sola pregunta: ¿cuándo podemos hacer responsable al autor por el acto de disposición perjudicial realizado formalmente por la víctima? En las páginas que siguen se analiza la evolución del tratamiento de este problema en la doctrina (I) y en la jurisprudencia (II) y se formula una propuesta de solución (III, IV), la cual se proyecta sobre el caso de la STS de 18 de julio de 2003 (V).

## I

La doctrina lleva tiempo ocupándose de este problema y lo cierto es que la cuestión de si existe un ámbito de responsabilidad de la víctima de la estafa y, en caso de afirmar su existencia, la de cuáles son sus límites es una constante hasta nuestros días. Una primera discusión importante tuvo lugar a finales del siglo XIX en la Alemania en la que un tipo de estafa como delito contra el patrimonio acababa de ver

la luz (1). El debate tuvo lugar entre quienes tomaban como criterio de relevancia del engaño su eficacia, pues entendían que el tipo de estafa tenía la misión de proteger a toda clase de víctimas, también a los incrédulos (2), y quienes proponían valorar el engaño desde una perspectiva *ex ante*, al margen de sus efectos, bien exigiendo que el engaño presentara una especial cualificación (3), bien tomando como referente un modelo de víctima de la que se esperaba cierto grado de diligencia (4). Lo cierto es que tras ese debate se escondía una cuestión que todavía hoy es materia de discusión, a saber, la de si puede afirmarse que a la víctima de la estafa le corresponde un ámbito de responsabilidad, de manera que hay inveracidades empleadas por el «autor» que son atípicas, pese a haber resultado eficaces, porque la víctima no tomó las medidas de autoprotección que le incumbían.

La cuestión se volvió a plantear con fuerza en el contexto de la victimodogmática, planteamiento que, al reconocer que la víctima puede contribuir a la configuración del delito e incluso ser responsable del mismo (5), volvía a abrir la cuestión de la interpretación del tipo de estafa. En este marco, hubo, *por una parte*, propuestas que consideraban que, cuando la víctima tenía dudas concretas sobre la veracidad de las afirmaciones del autor, tenía una posibilidad de autoprotegerse, de manera que la protección por parte del Derecho penal no era necesaria (6). Estos planteamientos resultaban en cierta

(1) § 263 *Reichsstrafgesetzbuch* de 1871.

(2) En este grupo clasifica KURTH (*Betrug*, 36 y ss.) a FRIEDREICH, *Demme's annalen*, 16 (1841), p. 305, pp. 319 y ss.; GOLTDAMMER, *Materialien*, II, p. 543; HÄLSCHNER, *Das Preubische Strafrecht*, pp. 364 y ss., en especial, p. 371; KLEINSCHROD, *ACR*, 2 (1800), pp. 135 y ss.; KLIEN, *NACR*, 1 (1817), pp. 124 y ss.; KÖSTLIN, *ZCP*, NF, 14 (1857), p. 399; MERKEL, Adolf, *Kriminalistische Abhandlungen*, II, pp. 258 y ss.

(3) En la línea del Derecho francés (cfr. sobre la regulación de aquel país, KURTH, *Betrug*, p. 29; WALTER, *Betrugsstrafrecht*, pp. 80 y ss.).

(4) Así, CUCUMUS, *Betrug*, pp. 69 y ss., p. 7; GEIB, *ACR*, NF, 21 (1840), pp. 7 y ss.; MITTERMAIER, *Demme's Annalen*, 6 (1838), pp. 15 y ss.; el mismo, *GS*, 10 (1858), pp. 138 y ss.; TEMME, *Betrug*, p. 56. Y, a mi entender (en contra de la clasificación de KURTH), GOLTDAMMER, *Materialien*, II, p. 543; HÄLSCHNER, *Das Preubische Strafrecht*, pp. 360 y ss.; KÖSTLIN, *ZCP*, NF, 14 (1857), p. 399; MERKEL, Adolf, *Kriminalistische Abhandlungen*, II, pp. 278 y ss., entre otros.

(5) SILVA SÁNCHEZ, *CGPJ*, 1993, p. 17, pp. 30 y ss.; CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, p. 226; CHOCLÁN MONTALVO, *Estafa*, p. 108; DEL TUFO, *Vittimodomatica*, pp. 1 y ss., pp. 19 y ss., pp. 44 y ss.; DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr*, p. 109; ELLMER, *Betrug*, p. 144; W. HASSEMER, *Klug-FS*, pp. 221-222, p. 233; SCHÜNEMANN, *Faller-FS*, p. 362; el mismo, *NSiZ*, 1986, p. 194, p. 440.

(6) AMELUNG, *GA*, 1977, pp. 9 y ss.; en el mismo sentido, HASSEMER, R., *Schutzbedürftigkeit*, p. 118. Por su parte, GIEHRING, *GA*, 1973, pp. 18 y ss., plantea la intervención del Derecho penal como una cuestión de merecimiento de pena, más que de necesidad.

medida insatisfactorios, porque hacían depender la necesidad de protección del estado psicológico de la víctima, de modo que no ofrecían un criterio objetivo de delimitación del engaño típico (7). *Por otra parte*, algunos autores entendían que las posibilidades de autoprotección de la víctima debían tenerse en cuenta para delimitar el engaño típicamente relevante; en concreto, consideraban que el tipo de estafa solamente debía proteger a la víctima que hubiera cumplido con sus incumbencias de autoprotección, las cuales debían ser definidas con base en un criterio de evitabilidad subjetiva (8). En mi opinión, es este último planteamiento el más acertado, en la medida en que introduce la idea de responsabilidad de la víctima como límite a la tipicidad del engaño; con todo, no me parece satisfactorio que el criterio para determinar las incumbencias de autoprotección de la víctima sea el de la evitabilidad subjetiva del engaño, pues ello no permite ofrecer una definición *ex ante* del engaño típico que satisfaga las necesidades de generalización y normativización del tipo (9).

En el seno de la teoría de la imputación objetiva también han existido propuestas importantes dirigidas a buscar criterios de delimitación entre el engaño típicamente relevante y aquél que todavía no alcanza el mínimo de relevancia típica. Así, Naucke ha entendido que el tipo de estafa no tiene la función de proteger a los descuidados y negligentes –salvo que se trate de debilidades que no pueden cambiarse, como la de los niños o los enfermos mentales– y, basándose en la teoría de la adecuación, ha considerado que solamente son típicos

---

(7) Además, a este planteamiento se le debe criticar su inconsistencia, pues se sirve del principio de subsidiariedad de la intervención del Derecho penal para interpretar el elemento «error» y, sin embargo, tal principio no entra realmente en el tipo de estafa. En efecto, según AMELUNG (y también para HASSEMER, R., *Schutzbedürftigkeit*, p. 127, quien parece excluir solamente la consumación y aceptar la existencia de tentativa [así interpreta su posición PÉREZ MANZANO, *Hacia un Derecho penal europeo*, p. 305], aunque este autor no es demasiado claro en un punto tan importante [muy crítico, ARZT, *GA*, 1982, p. 523]), cuando la víctima alberga dudas concretas respecto a la veracidad de las afirmaciones del autor, no hay necesidad de protegerla penalmente porque la duda concreta le ofrece la posibilidad de autoprotegerse mediante la realización de un esfuerzo que le es exigible. Así, cuando, pese a haber decaído la necesidad de protección penal, la víctima realiza el acto de disposición, este autor entiende que no hay error ni estafa consumada, pero que sí existe una tentativa de estafa. Si se analiza este razonamiento se descubre que es insostenible, pues a la vez que se utiliza el argumento de la falta de necesidad de protección penal para excluir el error, se afirma que en ese caso hay tentativa y que, por tanto, ha de intervenir el Derecho penal (en este sentido, la crítica de HERZBERG, *GA*, 1977, p. 296).

(8) ELLMER, *Betrug*, pp. 281 y ss.

(9) DERKSEN, *Handeln auf eigene Gefahr*, p. 122.

aquellos engaños causales que resulten «generalmente adecuados para conducir a error» (10). Además, en el marco de la teoría de la imputación objetiva hay que destacar aquellos planteamientos que parten de la premisa de que la víctima es responsable de su acto de disposición, salvo que se encuentre una razón para desplazar la responsabilidad a otro. En concreto, son importantes, por una parte, las propuestas que analizan la estructura donde se engarza ese principio de autorresponsabilidad, las cuales definen la estafa o bien como un delito de autolesión (11), o bien como autoría mediata tipificada (12). Por otra parte, son relevantes otras propuestas que se esfuerzan en buscar criterios materiales para dotar de contenido a la idea de autorresponsabilidad (13).

Pero, sobre todo, deben ser objeto de especial atención algunos planteamientos recientes que son claramente normativos y que proponen una concepción del comportamiento típico de la estafa como infracción de un deber de veracidad. Éstos entroncan con el pensamiento de que, en principio, la víctima es responsable de su acto de disposición (principio de autorresponsabilidad) y entienden que la ra-

---

(10) NAUCKE, *Peters-FS*, p. 118. Recurren también a consideraciones de adecuación social para restringir el ámbito de la tipicidad, BOCKELMANN, *ZStW*, 69 (1957), p. 272 y HERZBERG, *MDR*, 1972, pp. 95 y ss.

(11) FRISCH, *Bockelmann-FS*, p. 657 y ss. En este delito, el principio de autorresponsabilidad tiene la función de definir en qué caso el titular del patrimonio es responsable del menoscabo que ha sufrido su patrimonio y en qué caso, en cambio, la autolesión debe verse como irresponsable.

(12) KINDHÄUSER, *Bemmann-FS*, pp. 339 y ss.: el autor (el hombre de detrás) utiliza a la víctima (hombre de delante) para lesionar el patrimonio de esta última. Con todo, la estafa presenta, respecto a la autoría mediata, la peculiaridad de que en ella víctima e instrumento coinciden, de modo que si se eliminara la instrumentalización y el acto de disposición de la víctima fuera, por tanto, libre, este último sería una conducta conforme a Derecho (a diferencia de lo que pasaría en un caso de autoría mediata normal).

(13) Así, SCHMOLLER, *JZ*, 1991, pp. 117 y ss., p. 127. Este autor entiende que el engaño sobre determinadas informaciones no es típicamente relevante y, por tanto, no fundamenta la traslación al autor de la responsabilidad por el acto de disposición perjudicial. En concreto, esto es así en el caso de las inveracidades sobre la oferta y la demanda, la información falsa sobre las conductas de otros operadores en el mercado (*Mitläufereffekt*) y las afirmaciones inveraces de las partes en un proceso contradictorio. En estos casos, aun cuando el engaño «cause» una disminución patrimonial no podemos hablar de perjuicio sino de ejercicio de la libertad de la víctima. También HILGENDORF, *Tatsachenaussagen*, pp. 185 y ss., establece un ámbito de responsabilidad de la víctima a través de la definición del concepto de hecho; para este autor, cuando el engaño no recae sobre «hechos», la víctima es responsable de su decisión de disposición. Algo semejante hace GRAUL, *Bradner-FS*, pp. 816 y ss., cuando afirma que la responsabilidad por el acto de disposición de la víctima solamente se desplaza al autor si este último es inveraz sobre la consecución del «fin objetivo de la disposición».

zón normativa del desplazamiento de la responsabilidad por el acto de disposición de la víctima al autor es la infracción de los deberes de veracidad por este último. En este punto, debe hacerse referencia, *por una parte*, a la aportación de Kindhäuser, quien reintroduce en la dogmática de la estafa la categoría del *derecho a la verdad*, no entendido como «objeto de protección» (14), sino como modo de denominar la expectativa normativa de la víctima de la estafa frente al autor sobre quien pesa un deber de veracidad. Este autor propone como criterio de la tipicidad del engaño la lesión de un derecho a la verdad de la víctima o la infracción del correspondiente deber jurídico-penal de veracidad por el autor. El engaño es típico porque afecta a la libertad jurídicamente protegida de la víctima encarnada en el derecho a la verdad. Este último nace, en primer lugar, cuando existe un deber heterónimo de información del autor, a saber, un deber con origen en la ley o en una institución, es decir, fuera del contacto económico y, en segundo lugar, cuando existe un deber de información autónomo, esto es, un deber que nace en la relación económica y que es la otra cara de la moneda de la confianza depositada por la víctima en el autor (15).

*Por otra parte*, es de especial importancia la reciente construcción de Pawlik, quien explica los límites del comportamiento no permitido en el delito de estafa con base en un sistema de posiciones de garante que dan lugar a deberes de veracidad (16). Estas posiciones de garante, definidas a partir de los roles existentes en la realidad social, tienen como contenido deberes de veracidad y se fundamentan como correlato directo de la libertad de organización o como presupuesto institucional de la misma. Por una parte, entre los correlatos directos de la libertad de organización, este autor diferencia tres posiciones de garante, a saber, la asunción (*Übernahme*) (17), el deber del tráfico (*Verkehrspflicht*) y la injerencia (*Ingerenz*) (18). En el caso de la asunción, el autor «promete» a la víctima compensar la rebaja del nivel de protección que esta última lleva a cabo. En efecto, la víctima ve au-

(14) Concepción sí presente en algunos autores del siglo XIX como CUCUMUS, *Betrug*, I y ss., (quien, sin embargo, posteriormente cambió de opinión: cfr. ACR, NF, 1835, pp. 563 y ss.); FEUERBACH, *Lehrbuch*, § 410 y ss.; GROLMAN, *Grundsätze*, §§ 288, 290; HENKE, *Handbuch*, III, § 151, pp. 1 y ss.

(15) KINDHÄUSER, *ZStW*, 103 (1991), pp. 399 y ss.

(16) PAWLIK, *Betrug*, pp. 127 y ss.

(17) Que denomina promesa (*Versprechen*), pues le interesa únicamente analizar la competencia del autor, sin entrar en detalles sobre si la víctima confía o no en el engaño. Cfr., PAWLIK, *Betrug*, p. 134.

(18) Éstas se corresponden con el sistema de posiciones de garante en virtud de responsabilidad por organización desarrollado por JAKOBS (cfr. JAKOBS, *AT*, 29/29 y ss.; el mismo, *Acción y omisión en Derecho penal*, pp. 13 y ss.).

mentado su ámbito de libertad con la garantía normativa de que el autor tiene el deber de compensar su déficit de protección, de modo que si el autor infringe su promesa, le es imputable la organización perjudicial que haya acaecido en la esfera patrimonial de la víctima como consecuencia del déficit de protección (19). En cambio, en el caso del deber del tráfico y de la injerencia (20), el autor genera el déficit de protección de la víctima mediante una agresión directa, de modo que el derecho a la verdad de la víctima no nace del comportamiento del autor, sino que ya existe antes del inicio del contacto patrimonial y en este último solamente se actualiza. Por otro lado, son posiciones de garante los presupuestos institucionales de la libertad de organización, los cuales generan las condiciones necesarias para asegurar que las personas puedan ejercer efectivamente su libertad, es decir, para que se pueda hablar de personas en Derecho (*Rechtsperson*) (21) y que son las relaciones padres-hijos, –que aportan la prestación de la socialización primaria– y el Estado (22).

Este breve recorrido sobre las propuestas de delimitación del engaño típico en el delito de estafa pone de relieve que hay planteamientos doctrinales importantes que reconocen la existencia de un ámbito de responsabilidad de la víctima de la estafa y que la discusión se centra más bien en la concreción del alcance de esa responsabilidad.

## II

También la jurisprudencia española ha experimentado una evolución hacia el reconocimiento de un ámbito de responsabilidad de la víctima de la estafa. En efecto, hubo un tiempo en el que la jurisprudencia consideraba típico a aquel engaño que había resultado eficaz, es decir, que había conducido a error al disponente (23), de modo que la tipicidad del engaño estaba, en parte, en manos de su destinatario.

---

(19) JAKOBS, *Acción y omisión en Derecho penal*, p. 14.

(20) Hay injerencia cuando alguien introduce un peligro en un ámbito de organización ajeno. El problema está en definir cómo debe ser el comportamiento precedente para que nazca el deber de retraer el curso dañino que ha alcanzado el ámbito de organización ajeno. Cfr., sobre este punto, JAKOBS, *Acción y omisión en Derecho penal*, pp. 16 y ss.

(21) En este sentido, también la misma responsabilidad por organización –el sinalagma libertad de organización/responsabilidad por las consecuencias– es una institución irrenunciable (cfr. JAKOBS, *Acción y omisión en Derecho penal*, p. 13).

(22) PAWLIK, *Betrug*, pp. 135 y ss.

(23) Una perspectiva *ex post* que, como con razón afirma CHOCLÁN MONTALVO, *Estafa*, p. 128, no es admisible como criterio para valorar la idoneidad del engaño.

Con el tiempo, la eficacia del engaño dejó de ser el único criterio para afirmar su tipicidad (24), empezó a aceptarse la idea de que el engaño debía medirse con un parámetro objetivo y acabó por imponerse el llamado *criterio objetivo-subjetivo*, que hoy se aplica mayoritariamente. Según este criterio, en primer lugar, debe valorarse si el engaño tiene objetivamente la capacidad de inducir a error a un hombre medio, de mediana perspicacia; en segundo lugar, esta primera valoración debe someterse a un *correctivo subjetivo* consistente en tomar en consideración las condiciones personales de la víctima (cultura, edad, situación, déficits intelectuales), de modo que también ha de ser considerado «bastante» el engaño que, aun cuando no habría inducido a error a un hombre medio, sí tiene la virtualidad de conducir a error a la víctima elegida por el estafador por su personalidad endeble o por su cultura (25). Con el recurso a ese criterio objetivo-subjetivo (26), se dejan fuera del ámbito de la tipicidad algunos casos de engaño eficaces, a saber, aquéllos frente a los cuales la víctima se haya comportado de un modo negligente. En tales casos, aun cuando el engaño haya sido *causal*, no es típico por no poder considerarse objetivamente idóneo para inducir a error al hombre medio y tampoco subjetivamente idóneo para inducir a error a un sujeto que reúna las condiciones personales de la víctima (STS de 5 de mayo de 1998, ponente Bacigalupo Zapater).

En los últimos años, la jurisprudencia ha reconocido la existencia de deberes de autoprotección que incumben a la víctima y cuyo incumplimiento permite excluir la tipicidad del engaño. Esto significa que existen espacios de riesgo permitido de provocación de un perjuicio patrimonial a través de la inveracidad, en la medida en que hay engaños causales y eficaces que son atípicos, porque el error se ha de imputar a la infracción de «deberes de autoprotección» por parte de la víctima. Así, por ejemplo, la STS de 22 de diciembre de 2000, ponente Delgado García: un sujeto entregó a una entidad bancaria quince cheques por un valor de casi 30 millones de pesetas, sin que la cuenta contra la que se libraron, de otra entidad bancaria, tuviera fondos suficientes para cubrir las cuantías respectivas; la entidad bancaria

---

(24) Sobre esta evolución jurisprudencial, cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Las inveracidades*, pp. 100 y ss. Cfr., también, el análisis de CHOCLÁN MONTALVO, *Estafa*, pp. 120 y ss.

(25) No obstante, no se trata de un criterio aplicado de modo unánime por la jurisprudencia, pues existen todavía resoluciones que se basan únicamente en el criterio objetivo (cfr. CHOCLÁN MONTALVO, *Estafa*, p. 135).

(26) BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO en BAJO FERNÁNDEZ/PÉREZ MANZANO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *PE*, pp. 275 y ss.; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *Estafas*, pp. 73 y ss.

permitió que el sujeto dispusiera del dinero inmediatamente después de la entrega de los cheques. El Tribunal Supremo absolvió de estafa con el argumento de que, en este caso, los usos mercantiles del ámbito bancario establecen que «cuando alguien quiere cobrar el importe de un cheque no conformado en una oficina bancaria diferente de aquella en la que tiene la cuenta corriente contra la que se libra, si ese cheque no aparece en su propio texto conformado por la entidad depositaria de los fondos, es habitual que la entidad que recibe el efecto sólo lo abone al presentador, bien en el momento en que ya haya sido cobrado en la oficina destinataria, bien cuando, si hay urgencia para el interesado o si éste lo interesa, se haya obtenido la conformidad de esta última oficina, que al prestarla anota la cuantía que queda así reservada en beneficio del cheque correspondiente, conformidad que [...] puede obtenerse incluso por teléfono». En el caso, los empleados de la entidad bancaria no actuaron conforme a esos usos, por lo que hubo una «evidente negligencia de tales profesionales de la banca en el cumplimiento de sus obligaciones». En el mismo sentido, la STS de 12 de diciembre de 2000, ponente Martín Pallín, absolvió de estafa a un individuo que presentó al pago un cheque con claras irregularidades –no coincidencia de la cantidad consignada en cifras y la consignada en letras–. También la STS de 27 de noviembre de 2000, ponente Granados Pérez, absolvió de estafa a un sujeto que presentó al descuento diversas letras de cambio no aceptadas que no respondían a operaciones mercantiles reales, porque la entidad bancaria no desplegó «actividad alguna encaminada a averiguar que los recibos descontados no respondían a operación comercial alguna, lo que le era perfectamente factible». Últimamente, existen otras sentencias del Tribunal Supremo en este mismo sentido, como la STS de 6 de mayo de 2003, ponente Bacigalupo Zapater, en la que se absuelve de estafa en un caso en que la entidad de crédito aceptó al endoso letras, con el argumento de que hubo una absoluta falta de autoprotección patrimonial del banco; o la STS de 3 de junio de 2003, ponente Martínez Arrieta, en la que se considera que no hay estafa en la utilización de una tarjeta de crédito sustraída en un establecimiento comercial, porque el empleado del establecimiento no comprobó la identidad de quien utilizaba la tarjeta.

Sin embargo, aun cuando se encuentran numerosas sentencias que absuelven de estafa porque la víctima no tomó las medidas de autoprotección que le incumbían –la comprobación de la identidad de un sujeto antes de entregarle dinero de una cuenta (STS de 29 de octubre de 1998, ponente Jiménez Villarejo), la de la firma de los talones (STS de 20 de diciembre de 2000, ponente Delgado García), acudir al Registro de la Propiedad para averiguar la veracidad de la informa-

ción recibida sobre los gravámenes de un inmueble presentado por un cliente como garantía de un crédito (STS de 22 de febrero de 1991, ponente García Miguel (27); STS de 19 de noviembre de 1983, ponente Castro Pérez) (28)–, la jurisprudencia no es unánime y existen resoluciones en sentido contrario. Así, por ejemplo, la STS de 4 de diciembre de 2000, ponente Prego de Oliver y Tolivar, condena por estafa a quien pagó con una tarjeta ajena aunque el engañado no le exigió que se identificara, con el argumento de que «la posibilidad de exigir la identificación documental de su poseedor no convierte necesariamente en inidóneo el acto engañoso de su posesión y exhibición en el interior de un comercio».

Además, dentro de la corriente jurisprudencial que admite la existencia de deberes de autoprotección de la víctima, hay diferentes opiniones en cuanto al alcance de estos últimos en ámbitos en los que, a diferencia del bancario o el del tráfico mercantil con tarjetas de crédito (29), no existen usos mercantiles tan consolidados sobre las normas profesionales de diligencia. Así, en las relaciones entre particulares, algunas sentencias del Tribunal Supremo parten de que los usos que operan en estos casos no son los mismos que en el ámbito bancario, pues al particular no se le puede exigir la misma diligencia que a una entidad bancaria. En este sentido, la STS de 21 de octubre de 1998, ponente Delgado García, condena por estafa al particular que presentó inmuebles como garantía de un crédito ocultando la existencia de gravámenes (30). En cambio, hay otras sentencias que han absuelto en casos semejantes, como la STS de 19 de septiembre de 2002, ponente Móner Muñoz, con el argumento de que también un particular tenía el deber de comprobar la situación registral de un inmueble, pues, según la sentencia, el Registro de la Propiedad «por su carácter público se encuentra al alcance de todos los ciudadanos, de

---

(27) Así se expresa en los fundamentos de Derecho de esta sentencia: «esta Sala tiene declarado que la declaración mendaz realizada respecto a la propiedad de los bienes comprendidos en una declaración de bienes presentada a un banco a requerimiento de éste a los efectos de concesión de un crédito, cuando de inmuebles se trata, es penalmente irrelevante, dada la facilidad que el banco tiene para comprobar el contenido de la declaración a su absoluta falta de diligencia para detectar la mendacidad del dato se debe el perjuicio que de ello pudiera derivarse».

(28) Cfr., sobre ello, SILVA SÁNCHEZ, *AP*, 1994, pp. 910 y ss.

(29) STS de 3 de mayo de 2000, ponente Giménez García, absuelve de estafa porque el vendedor no comprobó la identidad del que pagó con la tarjeta.

(30) En cambio, en los casos de presentación de inmuebles como garantía de un crédito bancario ocultando la existencia de gravámenes, el Tribunal Supremo ha negado últimamente la estafa con el argumento de que la entidad de crédito podía comprobar la veracidad de la información acudiendo al Registro de la Propiedad (STS de 22 de junio de 1999, ponente Bacigalupo Zapater).

forma que la atribución mediante meras palabras de una titularidad registral no parece que de suyo y aisladamente pueda considerarse “el engaño suficiente” del que habla el artículo 248 del Código penal».

En definitiva, también en la jurisprudencia se detecta una tendencia a reconocer un ámbito de responsabilidad de la víctima, pero tal reconocimiento no es unánime y, además, sus límites son todavía objeto de discusión (31).

### III

En síntesis, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se detecta una tendencia a reconocer que la víctima de la estafa puede ser responsable de su acto de disposición bajo determinadas circunstancias. La respuesta a la pregunta de si esto debe ser así y, en su caso, con qué límites, depende esencialmente de a quién se haga responsable del estado de conocimientos de la víctima: si se considera que esta última es responsable de su déficit de conocimientos, será ella la que deberá cargar con las consecuencias de su acto de disposición; si, en cambio, se encuentra una razón para hacer responsable a otro (al autor) del déficit de conocimientos de la víctima, entonces estaremos ante un engaño típicamente relevante.

El *patrimonio* es para su titular una fuente de libertad y su protección jurídica es reconocimiento de un ámbito de libertad (32). Para que el patrimonio sea verdadera fuente de libertad, el titular debe gozar, entre otros presupuestos, de un suficiente grado de información veraz, pues solamente de este modo su acto de disposición será un proceso de decisión libre (33). En efecto, la información es orientación para la toma de decisiones sobre el patrimonio (34) y, sin orien-

---

(31) Por ejemplo, en la STS de 21 de abril de 2003, ponente Martín Canivell, el autor presentó un DNI ajeno y el empleado de la entidad de crédito no percibió la diferencia de rasgos. El Tribunal Supremo entendió que la diligencia del empleado no llegaba hasta el punto de hacer un examen detenido del documento y condenó por estafa.

(32) KINDHÄUSER, *ZStW*, 103 (1991), p. 407; OTTO, *Struktur*, pp. 80 y ss.

(33) En este sentido, ya PÉREZ DEL VALLE, *CPC*, 59 (1996), p. 377, pone de relieve, a propósito del tratamiento de los casos de estafa por omisión, que «la posición de garante de la que se trata en el engaño omisivo de la estafa no es la de evitación de un resultado típico (perjuicio patrimonial), sino una más concreta de la que ha de derivar el deber de impedir representaciones equivocadas a la víctima que constituyen un paso intermedio en el desarrollo de la tipicidad de la estafa». Este pensamiento se encuentra también en KINDHÄUSER, *ZStW*, 103 (1991), pp. 399 y ss., y PAWLIK, *Betrug*, p. 83.

(34) Sobre la orientación como condición de la libertad, JAKOBS, *Urkundenfälschung*, pp. 11 y ss.; KINDHÄUSER, *NK-StGB*, § 263, núm. marg. 83.

tación, la titularidad del patrimonio se convierte en algo puramente formal que ya no es fuente de poder para la interacción económica, al igual que ocurre cuando el sujeto que está en posesión de un valioso aparato carece del manual de instrucciones. El tipo de estafa tiene la función de garantizar un cierto grado de información veraz al disponente, de manera que su patrimonio sea fuente de libertad en la interacción. Sin embargo, todavía está por determinar qué grado de veracidad debe garantizar este tipo.

Para precisar el significado que tiene la información en el proceso de decisión de la víctima de la estafa, es necesario averiguar cuáles son las *informaciones relevantes para llevar a cabo un acto de disposición*. Para ello, se debe definir cómo funciona el proceso de decisión de la víctima de la estafa. Ante esta pregunta cabe optar por dos alternativas: o bien atender al proceso de decisión de la víctima del caso concreto, o bien fijar un *modelo de decisión*, al margen de la víctima del caso. El primer camino no es satisfactorio, porque no permite determinar *ex ante* qué informaciones son relevantes para el proceso de decisión de la víctima, ya que las informaciones importantes para el proceso de decisión del sujeto metódico resultarán irrelevantes para el perezoso y las informaciones que el supersticioso considere esenciales le parecerán superfluas a quien no lo sea. Por ello, me parece más adecuado seguir el segundo camino y establecer *ex ante* qué informaciones son relevantes en una toma de decisión de disposición, con independencia de las peculiaridades psicológicas de la víctima concreta. Y ese modelo debe ser, en mi opinión, el modelo de víctima generalmente vigente en el mercado. La razón de la elección de este modelo —que deja fuera de protección otros modelos alternativos— es que el delito de estafa protege el patrimonio como poder jurídicamente reconocido de interacción precisamente en el mercado. El precio de mantener el propio poder de interacción es la adaptación al modelo de decisión vigente en ese mercado, así que quien opte por tomar sus decisiones de disposición con base en un modelo alternativo lo hace por su cuenta y riesgo. Y, ¿cómo es ese modelo de víctima vigente en el mercado? En primer lugar, es un modelo de decisión racional, que basa sus decisiones en informaciones referidas al objeto de la relación económica y no en datos inconexos (35); esto significa que determinados modelos de decisión, como el del individuo supersticioso, no se han de tomar en consideración. *En segundo lugar*, para este modelo de decisión solamente son relevantes las informaciones emocionales que forman parte del objeto de la relación económica;

---

(35) Este pensamiento parece estar presente en KINDHÄUSER, *Bemmann-FS*, p. 357; el mismo, *NK-StGB*, § 263, núm. marg. 89.

así, la información sobre el valor afectivo vinculado a la guitarra que perteneció a un famoso intérprete es relevante, porque ese valor afectivo es objeto de la relación económica –existe un mercado de objetos de valor afectivo (36)–; en cambio, no son informaciones relevantes las referidas a factores emocionales que, sin formar parte del objeto de la relación, están presentes en el entorno de la decisión económica. *En tercer lugar*, para este modelo son irrelevantes los juicios de valor en sentido estricto, porque son posiciones subjetivas ante el mundo y, por ello, no pueden ser ni verdaderos ni falsos, así que carece de sentido plantearse la posibilidad de una inveracidad sobre los mismos (37).

Hasta aquí se ha puesto de relieve que el titular del patrimonio necesita información para tomar una decisión de disposición libre y que, según el modelo de decisión vigente en el mercado, hay determinadas informaciones que son necesarias para tal proceso de decisión. Ahora bien, el titular del patrimonio no dispone de toda la información necesaria para tomar sus decisiones económicas según el modelo al que se ha hecho referencia. Esto es así porque la información está repartida entre los diversos operadores de un mercado caracterizado por la especialización y división de la actividad económica y también, en especial, por la especialización y división de la información (38). En efecto, si el mercado fuera pequeño y sencillo, los sujetos podrían acceder por sí mismos a las informaciones necesarias para sus decisiones económicas; sin embargo, si en un mercado complejo como el nuestro se le exigiera al disponente que adquiriera y comprobara por sí mismo la información que necesita para disponer libremente, la interacción se haría tan costosa que los sujetos preferirían renunciar a ella (39). Por ello, si se pretende mantener la interacción económica,

---

(36) En este punto queda especialmente claro que el titular del patrimonio, en sus actos de disposición, puede introducir toda clase de fines personales en una relación económica, aun cuando se trate de fines que el mercado calificaría de absurdos, siempre y cuando, en primer lugar, tal «personalización» se produzca dentro del ámbito de lo permitido por el Derecho –no es posible «personalizar» introduciendo fines ilícitos según el Derecho– y, en segundo lugar, los fines personales se expresen intersubjetivamente como vinculantes para las partes de la relación económica.

(37) Cuestión distinta es que haya afirmaciones que se presenten como juicios de valor y que, sin embargo, tengan además de la dimensión subjetiva que les es propia, una dimensión objetiva o informativa. En tal caso, no estamos ante juicios de valor en sentido estricto, sino ante juicios de valor que, al tiempo, son afirmaciones de hecho en lo que se refiere a su parte informativa (cfr., sobre esta cuestión, HILGENDORF, *Tatsachenaussagen*, pp. 172 y ss., p. 183). Obviamente, para averiguar si un juicio de valor tiene o no una dimensión objetiva, la afirmación ha de interpretarse en el contexto, teniendo también en cuenta quién es el sujeto que la realiza.

(38) KÜHNE, *Geschäftstüchtigkeit*, p. 12.

(39) JAKOBS, *Urkundenfälschung*, p. 12; PAWLIK, *Betrug*, p. 71; TISCHLER, *Jura*, 1988, p. 123.

al operador económico solamente se le puede exigir un esfuerzo razonable y proporcionado a la clase de relación económica y a la agilidad propia de la relación en cuestión (40). Ahora bien, dado que ese esfuerzo razonable no le permite acceder por sí mismo a toda la información que necesita, el sujeto que desea celebrar la relación económica se ve en la necesidad de confiar en otros sujetos que sí tienen acceso a esa información (41).

Ahora bien, la constatación de que los operadores económicos presentan déficit de conocimientos a la hora de tomar sus decisiones económicas todavía no es razón para imponer a los demás operadores deberes de veracidad, sino que solamente sirve para entender que esos desniveles de conocimientos sientan las condiciones para que unos puedan manipular las decisiones de otros (42). En efecto, la constatación de déficit de información no es base de la imposición de deberes de información a quienes la poseen (43). Piénsese, además, que la información es poder para la interacción y que quien la posee puede, en principio, emplearla para su propio provecho (44), salvo que se le imponga un deber jurídico-penal de informar. ¿Cuál es entonces la razón normativa para imponer a alguien deberes jurídico-penales de veracidad, de manera que si los infringe se le deba atribuir *materialmente* el acto de disposición llevado a cabo *formalmente* por la víctima? Con otras palabras, ¿qué legitima la redistribución del riesgo de error al que se ve sujeta la decisión de la víctima, de manera que parte del riesgo presente en la esfera de la víctima pase a ser «asunto» del autor debido a la infracción del deber de veracidad? La razón normativa de la existencia de deberes de veracidad es la *conservación de la estructura normativa del mercado* (45); en

(40) HASSEMER, R., *Schutzbedürftigkeit*, pp. 143 y ss.

(41) AMELUNG, GA, 1977, p. 7; HASSEMER, R., *Schutzbedürftigkeit*, p. 32; KINDHÄUSER, *NK-StGB*, § 263, núm. marg. 118.

(42) BAURMANN, *Zweckrationalität*, p. 117.

(43) BOCKELMANN, *Schmidt-FS*, pp. 445 y ss.; JAKOBS, *Estudios*, p. 225; el mismo, GA, 1997, pp. 564 y ss.; KINDHÄUSER, *ZStW*, 103 (1991), p. 402; el mismo, *NK-StGB*, § 263, núm. marg. 118 s.; KÜHNE, *Geschäftstüchtigkeit*, p. 13; SEELMANN, *NJW*, 1980, p. 2548.

(44) Como, con razón, ponía de relieve HÄLSCHNER, *Das preußische Strafrecht*, p. 369: «Jeder Contrahent muß aber wissen, daß der andere ebenso seinen Vorteil sucht, daß dessen Meinung und Urtheil ebenso vom individuellen Interesse gefärbt ist wie sein eigenes, und daß er in Verurtheilung der Frage, was unter den gegebenen Umständen seinem Interesse zu dienen vermag, von der andern Seite keine Förderung und Unterstützung, sondern eher eine Gegenwirkung zu erwarten hat». Cfr., también, KÜHNE, *Geschäftstüchtigkeit*, p. 35; MAAB, *Betrug*, pp. 27 y ss.

(45) De lo dicho no debe deducirse que el tipo de estafa sea un medio para conservar la facticidad del mercado, porque, si se admitiera que los deberes de ver-

efecto, la veracidad jurídico-penalmente garantizada a través del tipo de estafa debe ser la necesaria para que la estructura normativa del mercado se conserve y, por consiguiente, los concretos deberes de veracidad deben extraerse de esta última. Esta solución encuentra su explicación en que el tipo de estafa tiene la función de garantizar al titular que su patrimonio constituya verdadera fuente de poder para interaccionar en ese mercado (46), de manera que la conservación de la estructura normativa del mercado es el modo de asegurar *la funcionalidad que el patrimonio tiene para su titular*, es decir, que continúe siendo poder para la interacción en ese mercado. Y el fundamento de la existencia de deberes de veracidad explica, al tiempo, los límites de los mismos, es decir, la garantía normativa de veracidad debe llegar hasta el punto en que sea necesario para que se mantenga el mercado (en sentido normativo) con sus características actuales.

En concreto, esto significa que, para averiguar los deberes de veracidad de un sujeto, debe acudirse a la posición ocupada por el mismo en la relación económica y no a los conocimientos que ese sujeto tenga. Por tanto, para la definición de los deberes de veracidad no son relevantes ni los conocimientos especiales, ni los conocimientos que el sujeto posea en virtud de la posición ocupada en otra relación económica, los cuales, en realidad, deben considerarse conocimientos especiales a efectos de la relación económica objeto de examen. Los deberes de veracidad pesan sobre el sujeto no con fundamento en sus conocimientos, sino como «precio» de su posibilidad de interaccionar en esa relación económica, porque *quien decide intervenir en una relación económica asume los deberes de veracidad propios de esa posición*. Obviamente, esto implica que los límites de los deberes de

---

cidad deben buscarse en la facticidad del mercado, se convertiría al tipo de estafa en un instrumento de protección de un patrimonio entendido en sentido puramente fáctico y ello es, a mi entender, inadmisibles. A mi entender, lo correcto es partir de un concepto jurídico de patrimonio, no en el sentido de que deba retomarse la concepción clásica de BINDING –esto es, renunciar a la construcción de un concepto penal de patrimonio y remitirse simplemente a los derechos subjetivos patrimoniales del Derecho civil–, sino en el sentido de que el concepto penal de patrimonio se inserta en un mundo jurídicamente configurado y, por tanto, debe respetar las valoraciones del Derecho privado sobre las relaciones entre sujetos y bienes. Creo que la disponibilidad jurídica respecto a los bienes es un presupuesto de la protección penal del patrimonio a través del tipo de estafa.

(46) Evidentemente, existen muchos otros presupuestos para que el patrimonio conserve su funcionalidad que no son garantizados por el tipo de estafa (por ejemplo, protección del patrimonio frente a intervenciones violentas) o, incluso, que no son garantizados por el Derecho (la pérdida de poder que significa para el agricultor la granizada que destroza su campo, el incendio fortuito de los propios bienes, etcétera).

veracidad no pueden definirse en abstracto, sino solamente en cada relación económica concreta. En la definición de los deberes de veracidad pueden diferenciarse dos niveles: en un *primer nivel*, se pueden determinar los deberes de veracidad vinculados a la posición ocupada por el autor en una relación económica estándar y, en un *segundo nivel*, es posible que los sujetos no se limiten a ocupar posiciones económicas estándar, sino que lleven a cabo comportamientos que tengan como consecuencia la redefinición de los deberes de veracidad inicialmente propios de esa relación, así que habrá que atender a los deberes de veracidad definidos con base en estos comportamientos. Estos actos de redefinición pueden ser: 1) actos de renuncia por parte de la víctima al cumplimiento por parte del autor de sus deberes de veracidad; 2) actos de asunción por parte del autor de mayores deberes de veracidad; y 3) actos de bloqueo del autor que impidan a la víctima el cumplimiento de sus incumbencias iniciales en cuanto a la adquisición de información. Ahora bien, pese a esta diferenciación de niveles, se puede llegar a la conclusión de que tanto el hecho de ocupar una posición en una relación económica estándar (primer nivel) como el hecho de redefinir los deberes de veracidad a través de determinados comportamientos (segundo nivel) son actos de asunción en sentido amplio (47).

En el primer nivel, los deberes de veracidad van vinculados a la posición económica ocupada por el sujeto en una relación económica estándar. Los deberes de veracidad recaen legítimamente sobre el sujeto porque éste inicia la interacción con la víctima en esa posición concreta y, con ello, asume los deberes de veracidad propios de tal posición. Ahora bien, ¿qué criterio orienta el reparto de incumbencias respecto a la averiguación de la información entre víctima y autor? A mi entender, se trata del *criterio de accesibilidad normativa*, que paso a exponer a continuación (48). Entre el disponente y la información

---

(47) Con independencia de que se trate de los deberes de veracidad que Kindhäuser ha denominado *heterónomos*, esto es, deberes con origen en la ley o en una institución, fuera del contacto económico, o de los deberes de veracidad *autónomos*, esto es, deberes que nacen en la relación económica, que dependen de la voluntad del destinatario y que son la otra cara de la confianza depositada por la víctima en el autor, puede recurrirse al fundamento de la asunción en ambos casos. Ello es así porque, en último término, también los deberes heterónomos nacen *para el sujeto* en el momento en que ocupa la posición económica a la que la ley o una institución vincula determinados deberes de veracidad (cfr. KINDHÄUSER, *ZStW*, 103 (1991), pp. 403 y ss.).

(48) Ya KÜHNE, *Geschäftstüchtigkeit*, pp. 63 y ss., recurre a la accesibilidad de la información como criterio para diferenciar cuándo el aprovechamiento de un desnivel de conocimientos es engaño típico y cuándo solamente habilidad negocial. A su entender, hay un desnivel de desconocimientos institucional cuando un operador

que necesita para tomar su decisión de disposición pueden darse diversas clases de relaciones. En primer lugar, puede existir una relación de *inaccesibilidad normativa* de la información, lo cual significa que no es propio de la posición ocupada por el disponente en la relación económica el tener acceso a esa información. Así, cuando el vendedor ofrece un producto que el comprador no puede ver (la prestación hotelera ofrecida por una agencia de viajes) salvo que realice un esfuerzo desproporcionado (ir a la ciudad de destino a comprobar si el hotel tiene las características que la agencia afirma), hay *inaccesibilidad* de la información. También hay *inaccesibilidad* a la información sobre un fondo de inversión para un particular que quiere invertir en él, pues por la posición que el gestor de fondos de inversión ocupa en la relación económica, le corresponde a él tener acceso a la información, mientras que ello no le corresponde al particular. En segundo lugar, hay casos en los que entre disponente e información existe una relación de *accesibilidad formal*, es decir, es propio de la posición ocupada por el disponente en la relación económica el tener acceso a la información pero, al tiempo, no es propio de tal posición el gozar de los conocimientos necesarios para descifrar la información a la que puede acceder formalmente. Estos supuestos son casos de *inaccesibilidad normativa*, puesto que en ese caso la información no es orientación. Así, puede que el comprador tenga acceso a la ficha técnica de una compleja instalación informática, pero no pertenece a la posición que ocupa en la relación económica el tener los conocimientos para estar en condiciones de descifrar esa información técnica. En tercer y último lugar, hay *accesibilidad normativa* cuando el disponente tiene, por una parte, acceso a la información que necesita para tomar su decisión de disposición y goza, por otra, de los conocimientos necesarios para descifrarla. En caso de que haya *accesibilidad normativa* de la información para el disponente, incumbe a este último averiguarla. Así, por ejemplo, en principio, la información sobre la situación económica y jurídica de la propia esfera patrimonial, sobre el funciona-

---

económico, por ejemplo el vendedor, está en posesión de informaciones de las que difícilmente puede disponer el otro, por ejemplo, el comprador. En tal caso, en vistas de la facilidad con la que el vendedor puede aprovechar su ventaja de conocimientos, debe protegerse al comprador. En cambio, cuando el comprador puede acceder fácilmente a la información, no necesita protección, lo cual significa que el desnivel de conocimientos no es institucional y, por tanto, su aprovechamiento debe considerarse habilidad negocial. Sin embargo, en el planteamiento de Kühne se echa en falta un esfuerzo de concreción de los criterios a los que hay que recurrir para establecer que una información es accesible para un sujeto; en efecto, ¿debe entenderse la accesibilidad en sentido fáctico?, ¿debe llevarse a cabo un cálculo de los costes de acceder a una información?, ¿o la accesibilidad depende de otros criterios?

miento del mercado o sobre las conductas de otros oferentes de un producto son informaciones normativamente accesibles para el disponente (49).

Ahora bien, la accesibilidad no debe afirmarse o negarse con base en criterios de costes económicos, pues ello supondría formular la accesibilidad en términos fácticos, sino que debe determinarse con base en el mercado en sentido jurídico, lo cual implica que las reglas económicas del mercado solamente pueden tener relevancia en la determinación de la accesibilidad normativa en la medida en que estén incorporadas al sistema jurídico. Evidentemente, la concreción de lo que se debe considerar normativamente accesible e inaccesible es más sencilla en los sectores en los que existe una regulación o unos usos consolidados sobre las medidas de averiguación que incumbe tomar a los operadores económicos. Ello ocurre, por ejemplo, en el ámbito bancario, en el que existen usos claros que obligan a las entidades de crédito a averiguar el estado registral de los inmuebles ofrecidos por el cliente como garantía de un crédito o a tomar medidas dirigidas a comprobar la identidad de quien se dispone a retirar fondos de una cuenta (50). Por otra parte, los deberes de información civiles solamente son penalmente relevantes si se trata de deberes que se puedan

---

(49) De modo que las inveracidades del «autor» en ese ámbito son irrelevantes, salvo que pueda fundamentarse que este último ha llevado a cabo un acto de asunción de mayores deberes de veracidad frente a la víctima o un acto de bloqueo fáctico del acceso de la víctima a la información normativamente accesible.

(50) En los últimos años, la jurisprudencia española ha reconocido abiertamente la existencia de estas «incumbencias» de autoprotección. Así, la STS de 22 de octubre de 2000, ponente Delgado García, absuelve del delito de estafa al sujeto que entregó en una entidad bancaria quince cheques por un valor de casi 30 millones de pesetas sin que la cuenta contra la que se libraron tuviera fondos suficientes para cubrir las cuantías respectivas, con el argumento de que los usos mercantiles del ámbito bancario establecen que «cuando alguien quiere cobrar el importe de un cheque no conformado en una oficina bancaria diferente de aquella en la que tiene la cuenta corriente contra la que se libra, si ese cheque no aparece en su propio texto conformado por la entidad depositaria de los fondos, es habitual que la entidad que recibe el efecto sólo lo abone al presentador, bien en el momento en que ya haya sido cobrado en la oficina destinataria, bien cuando, si hay urgencia para el interesado o si éste lo interesa (*sic.*), se haya obtenido la conformidad de esta última oficina, que al prestarla anota la cuantía que queda así reservada en beneficio del cheque correspondiente, conformidad que [...] puede obtenerse incluso por teléfono»; la STS de 29 de octubre de 1998, ponente Jiménez Villarejo, y la STS de 12 de diciembre de 2000, ponente Martín Pallín, absuelven de estafa, la primera, a quien se presentó para retirar fondos sin acreditar su identidad y no fue requerido a ello por la empleada de la entidad bancaria y la segunda, a quien presentó al pago un cheque con claras irregularidades, con el argumento de que el empleado de la entidad infringió las normas profesionales de diligencia. Cfr., sobre la evolución jurisprudencia en España, SILVA SÁNCHEZ, *Las inveracidades*, pp. 10 y ss.

poner en relación con la protección del patrimonio pretendida por el tipo de estafa (51).

En un segundo nivel, deben analizarse los comportamientos del autor y de la víctima que determinan la redefinición de los límites iniciales de los deberes de veracidad. *En primer lugar*, existe un *acto de asunción por parte de la víctima de mayores riesgos de desorientación o error*, cuando aquella renuncia a un derecho a la verdad y, con ello, libera al autor del correspondiente deber de veracidad. Ahora bien, para que se produzca ese cambio normativo, es necesario que la víctima exprese la renuncia de modo inequívoco, la cual no debe confundirse con el incumplimiento por parte de la víctima de sus incumbencias de autoprotección. Ciertamente, esto último consiste en la omisión por la víctima del esfuerzo de averiguación y comprobación de informaciones que le correspondía según su posición en la relación económica, sin que ello afecte a los límites de los deberes de veracidad del autor, mientras que la asunción por la víctima de mayores riesgos de error implica una reducción de los deberes de veracidad del autor. Así, por ejemplo, el vendedor de un producto para proteger las plantas frente a determinados insectos debe, en principio, informar al comprador del uso que puede darse al producto; ahora bien, si el comprador toma un paquete del producto y se dispone a pagar sin atender a las explicaciones del vendedor, renuncia a su derecho a la verdad y asume un mayor riesgo de error.

*En segundo lugar*, puede producirse una redefinición de los deberes de veracidad mediante un *acto de asunción del autor* (52). Para que este último exista, no es suficiente ni que el autor decida proporcionar a la víctima más información de la que debía según sus deberes de veracidad iniciales, ni que manifieste expresamente su decisión, ni tampoco basta que la víctima solicite más información que aquélla a la que, en principio, tenía derecho. Para que exista un acto de asunción es necesario un comportamiento mediante el cual el autor *se autovincule inequívocamente* a informar más allá de los deberes de veracidad iniciales de su posición, respondiendo de la veracidad de sus informaciones. Para ello es necesario, *por una parte*, que el autor se presente intersubjetivamente como capacitado para llevar a cabo la mayor prestación de información –estar en posesión de la

---

(51) De acuerdo, MAAB, *Betrug*, p. 19 y ss.; PAWLIK, *Betrug*, p. 162, quien entiende que el Derecho civil constituye únicamente un límite negativo (allí donde no hay deber civil de informar, no puede haber deber penal), pero no vincula positivamente al Derecho penal.

(52) Últimamente, muy convincente el tratamiento de la asunción de PAWLIK, *Betrug*, pp. 143 y ss.

información, tener la calificación profesional para poder informar, etcétera—. *Por otra parte*, es necesario que el autor exprese inequívocamente que se hace responsable de suministrar información veraz sobre esos aspectos de la relación económica que inicialmente no estaban dentro del ámbito de sus deberes de veracidad (53). Esto último exige que el acto de asunción presente cierta formalidad, lo cual no requiere que se realice por escrito, pero sí que autor y víctima construyan su interacción sobre la base de que el primero se ha hecho responsable de orientar a la última más allá de sus deberes de veracidad iniciales (54). Así, el comentario sobre la calidad de un automóvil realizado por un ingeniero en un café carece del contexto de formalidad suficiente para ser un acto de asunción, pues las informaciones proporcionadas en ese contexto por el ingeniero son, claramente, conocimientos especiales, al no ocupar el ingeniero en ese momento una posición de especialista.

*En tercer lugar*, los deberes de veracidad iniciales pueden verse modificados por un acto de bloqueo por parte del autor del acceso de la víctima a informaciones normativamente accesibles. Esto ocurre cuando el autor obstaculiza a la víctima el acceso a informaciones que estaban normativamente accesibles para esta última con tal intensidad que la víctima no puede acceder a la información veraz realizando el esfuerzo que es razonable según su posición económica. El bloqueo da lugar al nacimiento de un deber de veracidad cuyo contenido es la neutralización del riesgo de error introducido en la esfera de la víctima. Así, compete a la entidad bancaria comprobar la identidad de quien se presenta a retirar fondos, exigiéndole que muestre su DNI; pero si un cliente muestra un DNI falsificado y se hace pasar por otra persona, bloquea el acceso de la víctima, la entidad bancaria, a información que estaba normativamente accesible para ella (55).

---

(53) KINDHÄUSER, *NK-StGB*, § 263, núm. marg. 121 y ss.

(54) PAWLIK, *Betrug*, pp. 150 y ss., introduce una serie de límites a la asunción. Según este autor, hay informaciones cuya averiguación es competencia prioritaria de la víctima. A mi entender, ese límite es el que se corresponde con la determinación inicial de los deberes de veracidad en una relación económica y puede ser desplazado a través de actos de asunción. Así, por ejemplo, aun cuando se afirme que compete primariamente a la víctima averiguar cuál es el funcionamiento del mercado, el autor puede hacerse responsable de la veracidad de esa información mediante un acto de asunción, de modo que lo que era incumbencia de la víctima pasa a ser asunto suyo.

(55) En todo caso, lo clave para que exista engaño típico es que, en el momento del acto de disposición, la víctima no disponga del estado de información al que tenía derecho porque el autor no conjuró el riesgo de desorientación introducido con el acto de bloqueo.

Lo que aquí se ha planteado en términos generales puede ser objeto de concreción respecto a cada una de las informaciones que son relevantes en la toma de una decisión de disposición. *En primer lugar*, incumbe a la víctima conocer *el estado jurídico y económico de su patrimonio*, así que el autor no tiene deber de informarle sobre esos aspectos. Si el autor transmite información falsa sobre los mismos, debe entenderse que se trata de una actuación que cae dentro del ámbito del riesgo permitido, salvo que se pueda fundamentar que la transmisión de información inveraz constituye un acto de bloqueo a la víctima del acceso a información normativamente accesible. Ahora bien, pueden existir actos de asunción del autor por medio de los cuales nazca un deber de veracidad respecto a esas informaciones (por ejemplo, la asunción de deberes de asesoramiento). *En segundo lugar*, incumbe a la víctima averiguar los *aspectos jurídicos y económicos de la esfera del autor* a los que pueda acceder realizando un esfuerzo razonable según la clase de relación económica de que se trate (por ejemplo, acudir al Registro de la Propiedad para comprobar la titularidad de un inmueble). En cambio, el autor tiene deber de informar a la víctima sobre las informaciones sobre su situación económica y jurídica que sean normativamente inaccesibles para la víctima, a saber, su disposición al cumplimiento y su capacidad jurídica y económica de cumplimiento. Aun cuando la víctima no debe (normativamente) confiar en afirmaciones del autor sobre aspectos que le compete a ella averiguar, pueden existir comportamientos de bloqueo del autor que le impidan el acceso a información normativamente accesible y determinen el nacimiento de un deber de veracidad para el autor. *En tercer lugar*, compete a la víctima la averiguación de todas las informaciones que tienen que ver con el *funcionamiento del mercado* (56), a saber, la corrección del precio, el comportamiento de otros oferentes, datos como el de si hay otros compradores interesados en el producto, etc. Esto tiene como consecuencia que las llamadas «mentiras de recomendación» o afirmaciones del vendedor como la de que los que ofrece son los últimos ejemplares o la de que tiene muchos clientes interesados en comprar ese producto, etc. son irrelevantes desde la perspectiva del tipo de estafa (57). No obstante,

---

(56) BOCKELMANN, *ZStW*, 69 (1957), p. 272; KINDHÄUSER, *Bemmann-FS*, p. 354; KÜHNE, *Geschäftstüchtigkeit*, pp. 63 y ss.; PAWLIK, *Betrug*, pp. 153 y ss.; SCHMOLLER, *JZ*, 1991, p. 127; SEELMANN, *NJW*, 1980, p. 2548.

(57) Se trata de mentiras que no se refieren a la cosa objeto de la relación económica sino a la vinculación de la misma con el proceso económico (KÜHNE, *Geschäftstüchtigkeit*, p. 63); no obstante, debe precisarse que, en determinados casos, la información sobre la relación entre la cosa y el proceso económico puede ser objeto de una relación económica y, en tal caso, el engaño sobre la misma puede ser relevante (p. 65).

existen informaciones que solamente son accesibles para el autor (para un médico, las tarifas de precios correspondientes a la clase de prestación); en esos casos, el autor tiene deber de veracidad respecto a esas informaciones. Lo mismo ocurre en el caso de mercados muy complejos, en los que la posición económica del oferente incluye ya deberes de asesoramiento sobre el funcionamiento de ese mercado. Además, pueden producirse actos de asunción que amplíen los deberes de veracidad del autor. *En cuarto lugar*, compete a la víctima la averiguación de la *información sobre los aspectos jurídicos y económicos de la relación*. Ahora bien, si el autor ocupa la posición de especialista y la relación económica es compleja, el autor tiene deber de veracidad respecto a esa información. Lo mismo ocurre cuando el autor asume frente a la víctima una función de asesoramiento. También puede ocurrir que el autor bloquee el acceso de la víctima a información normativamente accesible, con lo cual, si no cumple el deber de veracidad que ha nacido del acto de bloqueo, se erige en responsable del acto de disposición perjudicial. En cuanto a las *características de la prestación*, incumbe a la víctima informarse sobre las que estén normativamente accesibles siempre y cuando pertenezca también a la posición económica de la víctima el tener los conocimientos necesarios para descifrar esa información. Por ejemplo, cuando se trate de un producto complejo (por ejemplo, una máquina), el vendedor ocupa normalmente una posición de especialista, así que le incumbe a él informar sobre las características del producto; así, aunque la víctima pueda acceder formalmente a esa información, a ella no le corresponde tener los conocimientos necesarios para convertir esa información en orientación.

#### IV

En esta propuesta de sistema de deberes de veracidad se ha omitido un aspecto importante que se debe tratar brevemente a continuación, a saber, el de los casos de *estafa de víctima estructuralmente débil*. En efecto, en el análisis realizado hasta aquí se ha partido del presupuesto –más bien, de la ficción– de que la víctima de la estafa es un sujeto normalmente constituido. Sin embargo, el engaño puede estar dirigido a un sujeto de poca capacidad intelectual, a un niño, a un enfermo mental, a una persona socializada de modo anormal, etc. La primera pregunta que estos casos plantean es la de qué debe entenderse por debilidad y, la segunda, la de qué tratamiento normativo debe dársele a la misma, es decir, si la debilidad de la víctima es relevante en la delimitación de los deberes de veracidad y, en su caso, en qué medida y bajo qué presupuestos.

En efecto, la primera cuestión a la que se debe responder es la de qué debe entenderse por debilidad. *En sentido amplio*, puede decirse que es débil toda víctima que, en el momento del acto de disposición, carece de la información suficiente para llevarlo a cabo libremente, es decir, toda víctima que está desorientada. Ahora bien, las razones que explican el «estado de debilidad» de la víctima pueden ser muy diversas y, según las mismas, deben diferenciarse tres grupos de casos: en primer lugar, los casos de víctima normal «debilitada» por la infracción de deberes de veracidad por el autor; en segundo lugar, los de víctima normal que «se debilita a sí misma» mediante el incumplimiento de sus incumbencias de auto-orientación; y, en tercer lugar, los casos en que la víctima es débil debido a su constitución. Los dos primeros supuestos encuentran respuesta en el sistema de deberes de veracidad que se ha propuesto antes (III). En efecto, en el primer grupo de casos, el autor es responsable del estado de desorientación o debilidad de la víctima y, en el segundo, la debilidad es asunto de esta última. En cambio, el tercer grupo de casos debe ser ahora objeto de análisis, pues presenta la peculiaridad de que las inveracidades que frente a una víctima normal se considerarían permitidas (por ejemplo, un engaño burdo) pueden ser eficaces para conducir a la víctima estructuralmente débil a un acto de disposición perjudicial.

La víctima débil *en sentido estricto* o víctima estructuralmente débil es la que, aun cuando el autor cumpla los deberes de veracidad que tendría frente a una víctima normal, carece de la información suficiente para llevar a cabo libremente su acto de disposición. Con otras palabras, la víctima débil no es libre en su acto de disposición si solamente se le garantiza normativamente la misma información veraz que se le garantiza normativamente a una víctima normal. Ahora bien, a mi entender, hay que aclarar que la estafa a una víctima que realiza actos de disposición con base en modelos de decisión alternativos y, en concreto, a una víctima que basa su decisión en motivos emocionales no pertenecientes a la relación económica o en motivos supersticiosos, no es un caso de estafa a víctima débil en sentido estricto, salvo que el hecho de que tal víctima tome sus decisiones económicas según modelos alternativos pueda explicarse como fruto de una enfermedad. La razón de esta restricción del concepto de debilidad es que de la víctima se espera que tome sus decisiones de disposición con base en informaciones que tienen que ver con el contenido de la relación económica, así que, en el caso de que decida basar sus decisiones en otras informaciones inconexas (emocionales o supersticiosas), se entiende que lo hace por su cuenta y riesgo. Así, por una parte, si el autor realiza afirmaciones falsas sobre los comportamientos de otros compradores, se trata de una inveracidad que afecta a in-

formaciones irrelevantes para la toma de decisión de disposición, de manera que, aunque fácticamente conduzca a un error a la víctima que decide por motivos emocionales, tal error es imputable a la víctima (58). Por otra parte, tampoco los motivos supersticiosos forman parte del modelo de racionalidad vigente, así que no existe deber de veracidad del autor respecto a los mismos. En cambio, sí son víctimas débiles en sentido estricto los niños, los enfermos mentales, los sujetos de reducida capacidad intelectual o con alguna alteración de la percepción importante y los sujetos con serios déficit de socialización, porque, debido a su constitución, requieren una mayor orientación para poder tomar libremente sus decisiones económicas.

La constatación de que determinados sujetos son víctimas estructuralmente débiles, es decir, que por su constitución están sometidos a un mayor riesgo de desorientación o de error plantea la cuestión de cuál es el tratamiento normativo correcto de estos casos. *Una primera solución* es la de considerar que la debilidad carece de toda relevancia normativa, lo cual significa que el autor que se encuentra frente a una víctima débil no tiene mayores deberes de veracidad que si la víctima fuera normal. Que esta solución no reconozca la debilidad estructural como fundamento de deberes de veracidad desde la perspectiva del tipo de estafa no significa que cierre el paso a la posibilidad de construir deberes de veracidad desde la perspectiva de la solidaridad, que en Alemania quizá podrían ubicarse en el § 323c StGB (59, 60), pero que, en cambio, en España no podrían considerarse deberes de solidaridad cuya infracción vaya acompañada de una sanción penal. Esta

---

(58) Sobre los casos de *Mitläufereffekt*, cfr. SCHMOLLER, *JZ*, 1991, pp. 125 y ss.; el mismo, *ZStW*, 103 (1991), p. 127. Puede pensarse en otros ejemplos: alguien decide comprar un producto porque el vendedor afirma que un famoso actor también lo consume, siendo esto último falso; alguien decide realizar una donación porque ve en la lista de donantes que personas importantes han sido muy generosas, siendo el contenido de la lista inveraz.

(59) Este precepto es el equivalente a la omisión del deber de socorro del artículo 195 CP español. El § 323c StGB castiga con pena de prisión de hasta un año o con pena de multa a quien no preste ayuda en caso de accidente, peligro común o necesidad, cuando esto era necesario y se le podía exigir según las circunstancias, en especial, porque le era posible sin ponerse a sí mismo en un peligro relevante y sin infringir otros deberes importantes.

§ 323c StGB *Unterlassene Hilfeleistung*. «Wer bei Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Not nicht Hilfe leistet, obwohl dies erforderlich und ihm den Umständen nach zuzumuten, insbesondere ohne erhebliche eigene Gefahr und ohne Verletzung anderer wichtiger Pflichten möglich ist, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft».

(60) Una cuestión que excede el estudio de este trabajo es si la protección del patrimonio debe entenderse incluida en el § 323c StGB (cfr. SPENDEL, *LK-StGB*, 11.<sup>a</sup> ed., § 323c, núm. marg. 28).

solución se podría apoyar en el argumento de que el anonimato del mercado exige una estandarización de las relaciones económicas hasta el punto de negar relevancia a todas las peculiaridades de los sujetos que ocupan una determinada posición en una relación económica. Sin embargo, se le puede formular la objeción de que, permitir el empleo de engaños burdos frente a víctimas débiles implica que el tipo de estafa no garantiza que el patrimonio de la víctima débil sea verdadera fuente de poder para esta última, pues, para gozar de orientación, tal víctima necesita más información que la víctima normal, esto es, necesita que se supla su déficit cognitivo.

Una segunda solución es la defendida por Pawlik, quien propone diferenciar dos grupos de casos (61). En el caso de estafa de niños y enfermos mentales, este autor entiende que el tratamiento normativo adecuado es el de la asunción: dado que tales víctimas no tienen competencia de organización, no puede hacerseles responsables de las consecuencias, así que quien desee conducirlos a realizar un acto de disposición debe adaptarse a su nivel de conocimientos o, si no, renunciar a la relación económica con ellas (62). En cambio, en el caso de las personas que han experimentado un proceso de socialización anómalo (evacuados, asilados), este autor entiende que los deberes en virtud de organización no bastan para garantizar la verdadera libertad de estos sujetos y que existen deberes de carácter institucional dirigidos a suplir los déficits de estas personas. En realidad, la cobertura de esas lagunas a través del proceso de socialización es misión del Estado, pero este último no alcanza a desarrollar esa tarea con todos los sujetos, así que delega un deber en los ciudadanos, los cuales actúan como cuasi-funcionarios frente a la persona socializada de modo anormal. Ese deber es de la misma naturaleza que el del § 323c StGB (63). El planteamiento de este autor suscita, a mi entender, dudas, por una parte, porque no explica por qué en el primer grupo de casos el mero hecho de interactuar con un niño o enfermo mental es un acto de asunción del autor y, por otra, porque la solución del segundo grupo de casos no es satisfactoria. En lo que se refiere a esto último, en primer lugar, este autor no respeta la lógica interna del legislador, porque al tiempo que considera que la estafa de víctima socializada de modo anormal es infracción de un deber institucional de la misma naturaleza que el del § 323c StGB, no respeta las diferencias (también

---

(61) PAWLIK, *Betrug*, pp. 179 y ss.

(62) Ya JAKOBS, *GA*, 1997, p. 568, trata estos casos como un problema de responsabilidad por organización.

(63) Obviamente, podría discutirse sobre la interpretación del § 323c StGB que este autor sostiene (*GA*, 1995, pp. 363 y ss.). Esta cuestión se deja aquí de lado.

de pena) que el legislador ha previsto, por ejemplo, entre la infracción del deber de socorro en situaciones de peligro para la vida (infracción de un deber institucional delegado del Estado, en la concepción de Pawlik) y la responsabilidad por organización de lesiones de la vida ajena. En segundo lugar, desde un punto de vista sistemático, esta solución conduce a la sorprendente conclusión de que una infracción de deberes institucionales delegados por el Estado frente al patrimonio ajeno (§ 263 StGB) se castiga más que la infracción de deberes institucionales de la misma naturaleza frente a la vida ajena en peligro (§ 323c StGB). Pawlik intenta responder a la última objeción diciendo que la mayor pena de la estafa se explica porque en estos casos el autor tiene una «competencia institucional especial» frente a la víctima que no nace de la mera interacción neutral con ella, sino de una puesta en escena por parte del autor que determina que, según el criterio de un observador objetivo, la víctima deba sucumbir al engaño. Sin embargo, el argumento no es convincente sino que pone de manifiesto que, para Pawlik, el fundamento de la responsabilidad en estos casos no es, en realidad, un deber institucional independiente de la interacción, sino un acto de organización del autor. En definitiva, Pawlik debería reconocer que, en su planteamiento, el fundamento de la responsabilidad en estos casos es la asunción.

*Una tercera solución* consiste en entender que en los casos en que el autor interactúa con una víctima estructuralmente débil, hay un acto de asunción de mayores deberes de veracidad, en concreto, de un deber de veracidad cuyo contenido es suplir el déficit cognitivo de la víctima. Por una parte, esta solución se basa en la idea de que el tipo de estafa tiene la función de garantizar que el patrimonio sea verdadera fuente de libertad para su titular y, por otra, entiende que la interacción con la víctima estructuralmente débil tiene un significado inequívoco de asunción. En efecto, por una parte, en el caso de las víctimas débiles, el cumplimiento por el autor de los deberes de veracidad que tendría frente a una víctima normal resulta insuficiente para garantizar la verdadera libertad de la víctima estructuralmente débil, de modo que no puede hacerse a esta última responsable de las consecuencias de su acto de disposición. Por otra parte, la interacción con la víctima estructuralmente débil tiene un sentido inequívoco de asunción del deber de suplir su déficit. Ahora bien, parece que, en el marco de este planteamiento, un requisito para afirmar que hay asunción debería ser la cognoscibilidad del déficit de la víctima para el autor, pues la debilidad de la víctima que no haya entrado a formar parte del proceso de comunicación no pasaría de ser una peculiaridad individual que no ha sido incorporada a su posición económica. Cier-

tamente, esta solución podría considerarse satisfactoria, en la medida en que garantiza a las víctimas débiles una interacción en las mismas condiciones de libertad que las víctimas normales. Sin embargo, resulta complejo explicar por qué la mera interacción del autor con la víctima débil, cuando el déficit de esta última sea cognoscible, trae consigo el nacimiento de mayores deberes de veracidad. En efecto, así como la fundamentación de la responsabilidad del autor por el acto de disposición perjudicial es más sencilla cuando se constata que el autor ha adaptado su comportamiento a la debilidad de la víctima para sacar provecho de la situación, la afirmación de que hay responsabilidad por organización es más compleja cuando el autor se comporta de un modo neutral, sin desviarse de los estándares propios de la posición económica que ocupa.

En las soluciones expuestas para los casos de estafa de víctima estructuralmente débil se ha puesto de relieve que, por una parte, no parece muy satisfactoria la propuesta de entender que frente a la víctima débil el autor no tiene mayores deberes de veracidad y que, por tanto, la víctima débil debe cargar con las consecuencias de su déficit. Sin embargo, por otra parte se han visto las dificultades de fundamentar la existencia de asunción en los casos en que el autor se comporta de un modo neutral, según lo que le corresponde a su posición en la relación económica, sin adaptar su comportamiento a la debilidad de la víctima. A mi entender, los casos de estafa de víctima estructuralmente débil deben solucionarse como expongo a continuación. En primer lugar, en los casos en que el Derecho penal otorga relevancia a la debilidad de la víctima, el autor tiene mayores deberes de veracidad; puesto que el Derecho penal tiene en cuenta esa debilidad, porque no trata a esos sujetos como personas responsables, la posición jurídica del autor frente a la víctima no es la misma posición que ocuparía en el caso de interaccionar económicamente con una víctima normal y, por ello, puede afirmarse que el mero interaccionar con la víctima estructuralmente débil cuya debilidad tiene relevancia jurídica expresa la asunción de suplir el déficit de la misma (64). Ahora bien, hay que preguntarse si esos mayores deberes de veracidad del autor son deberes de veracidad propios del tipo de estafa. En mi opinión, la respuesta debe ser negativa, porque, en tales casos, no puede decirse que la decisión de la víctima, en caso de no mediar engaño, habría podido constituir una nueva situación jurídica —lo cual es, a mi entender, un requisito esencial para poder hablar de acto de disposición—; así que, en estos casos, el engaño del autor no debería considerarse un comportamiento típico desde la perspectiva del tipo de estafa

---

(64) JAKOBS, GA, 1997, p. 568.

sino, más bien, una sustracción (65). En segundo lugar, en los casos en que el Derecho no otorga relevancia a la debilidad de la víctima, solamente aumentan los deberes de veracidad del autor si este último *adapta* su comportamiento a la debilidad de la víctima para sacar provecho de la situación, el acto de adaptación debe interpretarse como un acto de asunción de la gestión de un tramo de la libertad de la víctima. Por esta razón, en los casos en que el autor se comporta de un modo neutral, de modo que no hay elementos de su comportamiento que den cuenta de que ha habido un acto de adaptación, el autor solamente tiene los deberes de veracidad que tendría frente a una víctima normal.

## V

En el caso de la STS de 18 de julio de 2003, se puede llegar a la conclusión de que la información sobre si las letras de cambio obedecían o no a una operación real era una información esencial para el acto de disposición patrimonial, según un modelo de decisión racional. Ahora bien, esta información estaba normativamente accesible a la víctima, en la medida en que si esta última se hubiera comportado según los usos vigentes en el ámbito bancario, habría accedido a la información de que esas letras no obedecían a una operación real y hubiera podido neutralizar el engaño. Por ello, teniendo en cuenta que el autor no ha realizado ningún acto de bloqueo dirigido a evitar que el disponente acceda a la información normativamente accesible, puede llegarse a la conclusión de que el engaño no es típico. Ésta es la conclusión de la sentencia del Tribunal Supremo, en cuyos fundamentos jurídicos se afirma que la posibilidad de protegerse frente al engaño «es una posibilidad que estuvo totalmente al alcance de la entidad bancaria afectada, para la que habría sido la mar de sencillo verificar la calidad real de las letras de cambio y su correspondencia o no a operaciones ciertamente existentes. No obstante, no lo hizo y, puesto que no puede decirse que hubiera concurrido ignorancia del riesgo ni imposibilidad de evitarlo, lo cierto es que mediante la opción de asumirlo el banco se situó voluntariamente en la situación del que decide conceder un crédito fiado en la solvencia final del único obligado en las letras, que era el librador haciéndose cargo de aquél. Es por lo que el engaño, en efecto, no puede considerarse bastante, lo que determina la ausencia de un elemento esencial de la estafa y, con ello, la atipicidad de la conducta».

---

(65) En este sentido ya gran parte de la doctrina. Cfr., por ejemplo, CHOCLÁN MONTALVO, *Estafa*, p. 134; QUINTANO RIPOLLÉS, *PE*, II, p. 593; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *PE*, p. 455; ROMERO, *Estafa*, pp. 175 y ss.

## BIBLIOGRAFÍA

- AMELUNG, Knut, «Irrtum und Zweifel des Getäuschten beim Betrug», *GA*, 1977, pp. 1 y ss.
- ARZT, Gunther, Recensión de «Hassemer, Reimund, *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik*, Berlin, 1981», *GA*, 1982, pp. 522 y ss.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel/PÉREZ MANZANO, Mercedes/SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, *Manual de Derecho penal. Parte especial. Delitos patrimoniales y económicos*, 2.<sup>a</sup> ed., 1993.
- BAURMANN, Michael, *Zweckrationalität und Strafrecht. Argumente für ein tatbezogenes Maßnahmerecht*, Opladen, 1987.
- BERGMANN, Matthias/FREUND, Georg, «Zur Rechtweite des Betrugstatbestandes bei rechts- oder sittenwidrigen Geschäften», *JR*, 1988, pp. 189 y ss.
- BIRNBAUM, J. M. F., «Beitrag zur Lehre von Fälschung und Betrug, insbesondere über die sogenannte Verletzung des Rechts auf Wahrheit als Hauptmerkmal der Fälschung», *ACR*, NF, 1834, pp. 527 y ss.
- BOCKELMANN, Paul, Recensión a «Reihart MAURACH, *Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil. Ein Lehrbuch*. 2., erweiterte und verbesserte Auflage. Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1956», *ZStW*, 69 (1957), pp. 270 y ss.
- «Betrug verübt durch Schweigen», BOCKELMANN, Paul/GALLAS, Wilhelm (Hrsg.), *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1961, pp. 437 y ss.
- CANCIO MELIÀ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, Barcelona, 1998.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, «Engaño bastante y deberes de autoprotección. Una visión de la estafa orientada al fin de protección de la norma», *AJA*, de 8 de julio de 1999, pp. 1 y ss.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido, *Estafas*, Valencia, 1997.
- CRAMER, Peter, *Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht*, Berlin, Zürich, 1968.
- «Kausalität und Funktionalität der Täuschungshandlung im Rahmen des Betrugstatbestandes», *JZ*, 1971, pp. 415 y ss.
- CUCUMUS, Conrad, *Ueber das Verbrechen des Betrugs als Beytrag für Criminalgesetzgebung*, Würzburg, 1820.
- «Bemerkungen über das Verbrechen des Betrugs außer Vertragsverhältnissen», *ACR*, NF, 1835, pp. 563 y ss.
- DERKSEN, Roland, *Handeln auf eigene Gefahr*, Berlin, 1992.
- ELLMER, Manfred, *Betrug und Opfermitverantwortung*, Berlin, 1986.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 13.<sup>a</sup> ed., —editada y anotada por MITTERMAIER— Giessen, 1840.
- FREIDREICH, «Betrachtungen über das Verbrechen des Betrugs vom legislativen Standpuncte aus», *Demme's Annalen*, 16 (1841), pp. 305 y ss.
- FRIEDSAM, Ludwig, *Der Begriff der Thatsache im § 263 des Reichsstrafgesetzbuches*, Dissertation, Erlangen, München, 1893.

- FRISCH, Wolfgang, «Funktion und Inhalt des “Irrtums” im Betrugstatbestand», en KAUFMANN, Arthur/BEMMANN, Günther/KRAUSS, Detlef/VOLK, Klaus (Hrsg.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, München, 1979, pp. 647 y ss.
- GEIB, Gustav, «Ueber die Gränze zwischen civilrechtlichem und criminellem Betrug», *ACR*, NF, 21 (1840), pp. 97 y ss., pp. 195 y ss.
- GIEHRING, Heinz, «Prozeßbetrug im Versäumnis- und Mahnverfahren –Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsbegriffs in § 263 StGB», *GA*, 1973, pp. 1 y ss.
- GOLTDAMMER, Theodor, *Die Materialien zum Strafgesetzbuche für die Preussischen Staaten, aus den amtlichen Quellen nach den Paragraphen des Gesetzbuches zusammengestellt und in einem Kommentar erläutert*, Theil II (Besonderer Theil), Berlin, 1852.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, «Función y contenido del error de tipo en la estafa», *ADPCP*, 1985, pp. 333 y ss.
- GONZÁLEZ RUS, Juan José, *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, Madrid, 1986.
- GRAUL, Eva, «Wider die Zweckverfehlungslehre beim Vermögensschaden. Zur theologischen Reduktion des § 263 StGB bei bewußter Selbstschädigung», en PFEIFFER, Gerd/KUMMER, Joachim/SCHEUCH, Silke (Hrsg.), *Festschrift für Hans Erich Bradner zum 70. Geburtstag*, Köln, 1996, pp. 801 y ss.
- GROLMAN, Karl von, *Grundsätze der Criminalwissenschaft*, 4.<sup>a</sup> ed., Gießen, 1825.
- HÄLSCHNER, Hugo, *Das preußische Strafrecht*, 3, *System des deutschen Strafrechts*, 1. (einziger) Abschnitt, *Besonderer Teil, Verbrechen gegen das Recht der Privatperson*, Bonn, 1868.
- HASSEMER, Raimund, *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsgematik*, Berlin, 1981.
- HASSEMER, Winfried, «Rücksichten auf das Verbrechensopfer», KOHLMANN, Günther (Hrsg.), *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag*, II, Köln, 1983, pp. 217 y ss.
- HEFENDEHL, Roland, *Vermögensgefährdung und Exspektanzen. Das vom Zivilrecht konstituierte und vom Bilanzrecht konkretisierte Herrschaftsprinzip als Grundlage des strafrechtlichen Vermögensbegriff*, Berlin, 1994.
- HEGLER, August, «Betrug», en K. BIRKMEYER y otros (Hrsg.), *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil*, VII, Berlin, 1907, pp. 405 y ss.
- HENKE, Eduard, *Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik*, III, Berlin, Stettin, 1830.
- HERZBERG, Rolf Dietrich, «Bewußte Selbstschädigung beim Betrug», *MDR*, 1972, pp. 93 y ss.  
— «Funktion und Bedeutung des Merkmals »Irrtum« in § 263 StGB», *GA*, 1977, pp. 289 y ss.
- HILGENDORF, Eric, «Zweckverfehlung und Vermögensschaden beim Betrug», *JuS*, 1994, pp. 466 y ss.  
— *Tatsachenaussagen und Werturteile im Strafrecht*, Berlin, 1998.

- HILLENKAMP, Thomas, *Vorsatztat und Opferverhalten*, Göttingen, 1981.
- HIRSCH, Hans Joachim, «Soziale Adäquanz und Unrechtslehre», *ZStW*, 74 (1962), pp. 79 y ss.
- JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2.<sup>a</sup> ed., Berlin, New York, 1991.
- «Objektive Zurechnung bei mittelbarer Täterschaft durch ein vorsatzloses Werkzeug», *GA*, 1997, pp. 553 y ss.
- «Representación del autor e imputación objetiva», en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, pp. 223 y ss. [Título original: «Tätervorstellung und objektive Zurechnung», en DORNSEIFER, Gehard/HORN, Eckhard/SCHILLING, Georg/SCHÖNE, Wolfgang/STRUENSEE, Eberhard/ZIELINSKI, Diethart (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1989, pp. 271 y ss.] Traducción de Carlos J. Suárez González.
- *Acción y omisión en Derecho penal*, Bogotá, 2000 –traducción a cargo de Luis Carlos Rey Sanfíz y Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles.
- *Urkundenfälschung*, Köln, Bonn, Berlin, München, 2000.
- KINDHÄUSER, Urs, «Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug», *ZStW*, 103 (1991), pp. 399 y ss.
- «Betrug als vertypte mittelbare Täterschaft», en SCHULZ, Joachim/VORMBAUM, Thomas (Hrsg.), *Festschrift für Günther Bemann*, Baden-Baden, 1997, pp. 339 y ss.
- § 263 en NEUMANN, Ulfried/PUPPE, Ingeborg/SCHILD, Wolfgang (Hrsg.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Baden-Baden; Band. 4.
- KLEINSCHROD, Gallus Alois, «Ueber den Begriff und die Erfordernisse des Verbrechens der Verfälschung», *ACR*, 2 (1800), pp. 113 y ss., pp. 135 y ss.
- KLIEN, Carl, «Beiträge zur richtigen Bestimmung und naturgemäßen Entwicklung der Theorie über das Verbrechen des Betrugs und der Fälschung in seinen verschiedenen Arten», *NACR*, 1 (1817), pp. 124 y ss.
- KOHLER, Josef, *Treue und Glauben im Verkehr. Ein Beitrag zur Lehre vom strafbaren Betrug*, Berlin, 1893.
- KÖSTLIN, Christian Reinhold, «Ueber die Grenzen zwischen dem strafbaren und dem bloß civilrechtlich zu verfolgenden Betrüge», *ZCP*, NF, 14 (1857), pp. 295 y ss./ 15 (1958), pp. 46 y ss.
- KÜHNE, Hans Heiner, *Geschäftstüchtigkeit oder Betrug? Wettbewerbspraktiken im Lichte des § 263 StGB; zugleich ein Beitrag zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*, Kehl am Rhein, 1978.
- KURTH, Frowin Jörg, *Das Mitverschulden des Opfers beim Betrug*, Frankfurt am Main, Bern, New York, 1984.
- LACKNER, Karl, § 263 en JESCHECK, Hans-Heinrich/RUB, Wolfgang/WILLMS, Günther (Hrsg.), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, 10 ed., Berlin, New York, 1988.
- MAAB, Wolfgang, *Betrug verübt durch Schweigen*, Gießen, 1982.
- MERKEL, Adolf, «Die Lehre vom Strafbaeren Betrug», en *Kriminalistische Abhandlungen*, Leipzig, 1867.
- MITTERMAIER, C. J. A. , «Über die richtige Begriffsbestimmung der Verbrechen des Betrugs, der Fälschung, unterschlagung und Erpressung durch

- die Wissenschaft und die Gesetzgebung – erläutert durch einen merkwürdigen Criminalfall», *Demme's Annalen*, 6 (1838), pp. 1 y ss.
- «Das Wesen des strafbaren Betruges, erläutert durch die Rechtsprüche der obersten Gerichte verschiedener Staaten mit Nachweisung der Notwendigkeit umfassender, bestimmter und strenger Strafgesetze», *GS*, 10 (1858), pp. 122 y ss.
- NAUCKE, Wolfgang, «Der Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Irrtum beim Betrug. Zum Verhältnis zwischen Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik», en BAUMANN, Jürgen/TIEDEMANN, Klaus (Hrsg.), *Einheit und Vielfalt des Strafrechts. Festschrift für Peters zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 1974, pp. 109 y ss.
- OTTO, Harro, *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*, Berlin, 1970.
- PAWLIK, Michael, «Unterlassene Hilfeleistung: Zuständigkeitsbegründung und systematische Struktur», *GA*, 1995, pp. 360 y ss.
- Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1999.
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos, «El engaño omisivo en la estafa», *CPC*, 1996, pp. 373 y ss.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la parte especial del Derecho penal. II*, 2.ª ed., Madrid, 1977.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María/SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español. Parte Especial*, 18.ª ed., revisada y puesta al día, Madrid, 1995.
- ROMERO, Gladys, *Los elementos del tipo de estafa*, Buenos Aires, 1985.
- ROMMEL, Otto, *Der Betrug. Strafrechtliche Studien*, Leipzig, 1894.
- SCHMOLLER, Kurt, «Betrug bei bewußt unentgeltlichen Leistungen», *JZ*, 1991, pp. 117 y ss.
- «Ermittlung des Betrugsschadens bei Bezahlung eines marktüblichen Preises», *ZStW*, 103 (1991), pp. 92 y ss.
- SCHÜNEMANN, Bernd, «Die Zukunft der Viktimo-Dogmatik: die viktimologische Maxime als umfassendes regulatives Prinzip zur Tatbestandseingrenzung im Strafrecht», ZEIDLER, Wolfgang/ROELLECKE, Gerd (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Joachim Faller*, München, 1984, pp. 357 y ss.
- «Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege», *NStZ*, 1986, pp. 193 y ss., pp. 439 y ss.
- SEELMANN, Kurt, «Betrug beim Handel mit Rohstoffoptionen», *NJW*, 1980, pp. 2545.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la "víctimo-dogmática"», *CGPJ*, 1993, pp. 13 y ss.
- «Las inveracidades de los particulares ante el Derecho penal», en SALVADOR CODERCH/SILVA SÁNCHEZ, *Simulación y deberes de veracidad. Derecho civil y Derecho penal: dos estudios de dogmática jurídica*, Madrid, 1999.
- TISCHLER, Werner Georg, «Freiheit und soziale Bindung im Wirtschaftsrecht "Betrug und Opferverantwortung"», *Jura*, 1988, pp. 122 y ss.
- WALTER, Tonio, *Betrugsstrafrecht in Frankreich und Deutschland*, Hamburg, 1999.
- WEIDEMANN, Jürgen, *Das Kompensationsproblem beim Betrug*, Bonn, 1972.

# Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

GEMA MARTÍNEZ GALINDO

Doctora en Derecho. Abogada

## CONSTITUCIÓN

### ARTÍCULO 9.3

#### *Principio de seguridad jurídica*

«[...] principio de confianza legítima, derivación del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) en un Estado de Derecho (art. 1.1 CE). La idea material contenida en ese principio impide, en este caso, quebrantar en perjuicio de los derechos del ciudadano la confianza que había sido generada por un acto del poder público conforme al cual aquéllos podían haber configurado la decisión relativa a su actuación procesal».

(STC 222/2003, de 15 de diciembre. Recurso de amparo 1169/2001. Ponente: D. Javier Delgado Barrio, «BOE» de 20 de enero de 2004).

Ver comentario de jurisprudencia del artículo 25.1

### ARTÍCULO 14

#### *Derecho a la igualdad en la aplicación de la ley*

«Para que pueda entenderse vulnerado el artículo 14 CE, en su vertiente de derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley, es necesario la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) La acreditación de un *terminus comparationis* que evidencie la desigualdad de trato recibida por el órgano judicial al resolver supuestos sustancialmente iguales, mediante la comparación entre la decisión de la Sentencia o resolución impugnada y la adoptada en precedentes resoluciones (SSTC 55/1988, de 24 de marzo, FJ 2; 200/1990, de 10 de diciembre, FJ 2; 266/1994, de 3 de octubre, FJ 3; 285/1994, de 27 de octubre, FJ 2; 25/1999, de 8 de marzo, FJ 5; 62/1999, de 26 de abril, FJ 4; entre otras).

b) La identidad del órgano judicial, puesto que la desigualdad en la aplicación de la Ley sólo puede predicarse respecto del mismo Tribunal, entendiéndose a estos

efectos que las distintas Secciones de una misma Audiencia o Tribunal, aunque estén integradas en el mismo órgano, actúan como juzgadores independientes entre sí, por lo que han de ser consideradas órganos judiciales diferentes (SSTC 134/1991, de 17 de junio, FJ 2; 183/1991, de 30 de septiembre, FJ 4; 86/1992, de 8 de junio, FJ 1; 245/1994, de 15 de septiembre, FJ 3; 285/1994, de 27 de octubre, FJ 3; 104/1996, de 11 de junio, FJ 2; 102/2000, de 10 de abril, FJ 2; 122/2001, de 4 de junio, FJ 4).

c) La ausencia de un fundamento suficiente y razonable que justifique el abandono o cambio de criterio mantenido en resoluciones anteriores, que no es preciso que resulte de modo expreso de la propia resolución, bastando con que existan elementos externos que revelen que el cambio de criterio no es fruto de la inadvertencia o de la mera arbitrariedad o una simple respuesta individualizada diferente de las seguidas anteriormente, sino manifestación del acogimiento de una nueva solución o criterio jurisprudencial general y aplicable a los casos futuros por el órgano judicial, evidenciable, por ejemplo, por la existencia de posteriores pronunciamientos coincidentes con la doctrina abierta por la Sentencia o resolución impugnada (SSTC 63/1984, de 21 de mayo, FJ 4; 49/1985, de 28 de marzo, FJ 2; 181/1987, de 13 de noviembre, FJ 1; 55/1988, de 24 de marzo, FJ 3; 115/1989, de 22 de junio, FJ 4; 200/1990, de 10 de diciembre, FFJJ 3 y 4; 25/1999, de 8 de marzo, FJ 5; 193/2001, de 1 de octubre, FJ 3; 111/2002, de 6 de mayo, FJ 4). Lo que prohíbe el principio de igualdad en la aplicación de la Ley es el cambio irreflexivo o arbitrario, lo que equivale a sostener que el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución *ad personam* o *ad casum*.

d) Este Tribunal exige también la concurrencia del requisito de la alteridad puesto que la vulneración del derecho a la igualdad, en su vertiente de igualdad en la aplicación de la Ley, supone que el órgano judicial haya dispensado al demandante del amparo un trato desigual en relación con el recibido por otra u otras personas (SSTC 1/1997, de 13 de enero, FJ 2; 150/1997, de 29 de septiembre, FJ 2; 64/2000, de 13 de marzo, FJ 5; 111/2001, de 7 de mayo, FJ 4; y 162/2001, de 5 de julio, FJ 2)).

(STC 46/2003, de 3 de marzo. Recurso de amparo 2610/2000. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo, «BOE» de 14 de marzo de 2003)

### *Vulneración del derecho a no ser discriminado por razón de sexo*

«La discriminación por razón de sexo no comprende sólo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada. También engloba estos mismos tratamientos cuando se funden en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca (SSTC 166/1988, de 26 de septiembre; 173/1994, de 7 de junio; 136/1996, de 23 de julio, o 20/2001, de 29 de enero). Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres (SSTC 173/1994, de 7 de junio; 240/1999, de 20 de diciembre; 20/2001, de 29 de enero, o 41/2002, de 25 de febrero). De otro modo quedarían al margen de tutela algunas de las más notorias consecuencias de la discriminación como mal social a erradicar por mandato constitucional (las especiales dificultades en el acceso al empleo del colectivo femenino y particularmente, en lo que esta vez importa, la continuidad en el empleo por la maternidad) y, de la misma manera, quedarían virtualmente vacíos de contenido compromisos internacionales adquiridos por España, de cuyo valor interpretativo de lo dispuesto en el artículo 14 CE no cabe dudar (art. 10.2 CE). Por

ello, partiendo de que los tratos desfavorables en el trabajo basados en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen una discriminación por razón de sexo proscrita por el artículo 14 CE, hemos estimado diversos recursos de amparo relativos a la materia aquí enjuiciada, incluso respecto de decisiones empresariales *ad nutum*, como la resolución de la relación laboral en período de prueba (SSTC 94/1984, de 16 de octubre, y 166/1988, de 26 de septiembre) o la no renovación de un contrato temporal (STC 173/1994, de 7 de junio), y hemos afirmado igualmente que la misma conclusión debe prevalecer ante decisiones causales, como el despido (STC 136/1996, de 23 de julio), pues la paridad que impone el segundo inciso del artículo 14 CE en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, comprendido el supuesto extintivo, implica que se garanticen a hombres y mujeres las mismas condiciones en el empleo, sin discriminación por razón de sexo.

En consecuencia, la protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino que también, en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empresario evitando las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzando, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado.

El examen de la normativa que, ex artículo 10.2 CE, sirve de fuente interpretativa del artículo 14 CE corrobora la amplitud de esa protección, como recordábamos en nuestra reciente STC 41/2002, de 25 de febrero. En efecto, el artículo 5 *d*) del Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre la terminación de la relación de trabajo, de 1982, señala que el embarazo no constituirá causa justificada para la resolución de la relación de trabajo. El Ordenamiento comunitario recoge soluciones análogas. De la Directiva 76/207/CEE se desprende que el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo (STJCE de 8 de noviembre de 1990, asunto Hertz, y STJCE de 14 de julio de 1994, asunto Webb), aunque no se haya producido la comunicación expresa al empresario del estado de gestación (STJCE de 4 de octubre de 2001, asunto Tele Danmark). La protección de esa Directiva frente a perjuicios causados por razón de embarazo incluye, como es sabido, otras muchas situaciones aunque tengan menor conexión con el caso que ahora analizamos. Por ejemplo, protege frente a extinciones por ausencias debidas a una incapacidad laboral motivada por los trastornos relacionados con su embarazo (STJCE de 30 de junio de 1998, asunto Brown); ampara a la empleada, siempre que aquél sea el fundamento extintivo, ya sea temporal o indefinido el contrato (STJCE de 4 de octubre de 2001, asunto Tele Danmark); prohíbe la no contratación debida al embarazo (STJCE de 8 de noviembre de 1990, asunto Dekker) o la no renovación por esa causa (STJCE de 4 de octubre de 2001, asunto Jiménez Melgar), incluso cuando el estado de gestación impida ocupar desde el primer momento el puesto de trabajo (STJCE de 3 de febrero de 2000, asunto Mahlburg), y determina que será igualmente discriminatoria la ruptura del contrato fundada en el hecho de que una prohibición legal, impuesta por causa del embarazo, impida temporalmente a la trabajadora desempeñar un trabajo (respecto del trabajo nocturno, STJCE de 5 de mayo de 1994, asunto Habermann-Beltermann).

Por su parte, el artículo 10.1 de la Directiva 92/85/CEE –de efecto directo cuando un Estado miembro no ha adoptado medidas de adaptación de su Derecho interno en el plazo señalado (STJCE de 4 de octubre de 2001, asunto Jiménez Melgar), lo que no se tuvo en consideración en el caso de autos–, establece la prohibición de despedir a la trabajadora embarazada, que haya comunicado su estado al empresario,

durante el período comprendido entre el comienzo del embarazo y el final del permiso de maternidad (espacio temporal sobre el que en su totalidad se extiende la protección, STJCE de 30 de junio de 1998, asunto Brown), salvo en los casos excepcionales no inherentes al estado de la interesada. Recientemente nuestra normativa interna, a través de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, ha incorporado esas disposiciones, sin requerir expresamente que se haya producido la comunicación formal al empresario.

La protección frente a la extinción del contrato de trabajo por razón de embarazo tiene, así pues, fundamento constitucional, reflejo en las normas legales y sustento, ex artículo 10.2 CE, en las fuentes interpretativas del artículo 14 CE».

(STC 17/2003, de 30 de enero. Recurso de amparo 1150/99. Ponente: D. Roberto García-Calvo y Montiel, «BOE» de 5 de marzo de 2003)

## ARTÍCULO 17.1

### *Prisión provisional*

«En un Estado social y democrático de Derecho, como el que configura nuestra Constitución, la libertad personal no es sólo un valor superior del Ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), sino además un derecho fundamental (art. 17 CE), cuya trascendencia estriba precisamente en ser presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales. En un régimen democrático, donde rigen derechos fundamentales, la libertad de los ciudadanos es la regla general y no la excepción, de modo que aquéllos gozan de autonomía para elegir entre las diversas opciones vitales que se les presentan. De acuerdo con este significado prevalente de la libertad, la Constitución contempla las excepciones a la misma en los términos previstos en el artículo 17.1 CE: “nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley”. En palabras de las SSTC 140/1986, de 11 de noviembre (FJ 5), y 160/1986, de 16 de diciembre (FJ 4), “el derecho a la libertad del artículo 17.1, es el derecho de todos a no ser privados de la misma, salvo “en los casos y en la forma previstos por la Ley”: En una Ley que, por el hecho de fijar las condiciones de tal privación, es desarrollo del derecho que así limita”. De modo que la Ley, dentro de los límites que le marcan la Constitución y los tratados internacionales, desarrolla un papel decisivo en relación con este derecho, pues es en ella donde se conforman los presupuestos de la privación de libertad por imperativo constitucional, y donde –aunque no sólo– se determina el tiempo razonable en que puede ser admisible el mantenimiento de dicha situación (STC 241/1994, de 20 de julio, FJ 4). Pero a pesar de este carácter decisivo de la Ley respecto a la posibilidad de prever restricciones a la libertad, no cabe duda de que tal Ley ha de estar sometida a la Constitución, por lo que hemos afirmado que el derecho a la libertad no es un derecho de pura configuración legal [SSTC 2/1992, de 13 de enero, FJ 5; 241/1994, de 20 de julio, FJ 4; 128/1995, de 26 de julio, FJ 3; 157/1997, de 29 de septiembre, FJ 2; 47/2000, de 17 de febrero, FJ 2; 147/2000, de 29 de mayo, FFJJ 3 y 4 a)].

En tal sentido este Tribunal ha tenido asimismo ocasión de declarar que la regla *nulla custodia sine lege* obliga a que la decisión judicial de decretar, mantener o prorrogar la prisión provisional esté prevista en uno de los supuestos legales (uno de los “casos” a que se refiere el art. 17.1 CE), y se adopte mediante el procedimiento legalmente regulado (en la “forma” mencionada en el mismo precepto constitucional). De ahí que hayamos dicho reiteradamente que el derecho a la libertad pueda verse conculcado, tanto cuando se actúa bajo la cobertura improcedente de la Ley, como cuan-

do se opera contra lo que la Ley dispone (SSTC 127/1984, de 12 de diciembre, FJ 2; 34/1987, de 12 de marzo, FJ 1; 13/1994, de 17 de enero, FJ 6; 241/1994, de 20 de julio, FJ 4; 128/1995, de 26 de julio, FJ 3), así como también hemos afirmado que los plazos han de cumplirse por los órganos judiciales, por lo que en caso de incumplimiento resulta afectada la garantía constitucional de la libertad contenida en el artículo 17 CE (SSTC 127/1984, de 26 de diciembre, FJ 3; 40/1987, de 3 de abril, FJ 2; 103/1992, de 25 de junio, FJ; 37/1996, de 11 de marzo, FJ 3; 147/2000, de 29 de mayo, FJ 4.b).

Por último, de conformidad con la doctrina constitucional expuesta, ha de recordarse, a los efectos que a este recurso de amparo interesan, que el artículo 497 LECrim. dispone que, si el Juez o Tribunal a quien se hiciese entrega del detenido fuere el propio de la causa, y la detención se hubiese practicado en alguno de los supuestos mencionados en el propio precepto, “elevantá la detención a prisión, o la dejará sin efecto, en el término de setenta y dos horas, a contar desde que el detenido le hubiese sido entregado”. Por su parte el artículo 504 bis 2 LECrim. prevé que “desde que el detenido es puesto a disposición del Juez de Instrucción o Tribunal que deba conocer de la causa, éste, salvo que decrete su libertad provisional sin fianza, convocará a audiencia, dentro de las setenta y dos horas siguientes, al Ministerio Fiscal, demás partes personadas y al imputado, que deberá estar asistido de letrado por él elegido o designado de oficio”, y “si en tal audiencia alguna parte lo interesase, oídas las alegaciones de todas las partes que concurrieren, el Juez resolverá sobre la procedencia o no de la prisión o libertad provisionales”, debiendo acordar necesariamente la cesación de la detención e inmediata puesta en libertad del imputado si ninguna de las partes lo instase. Finalmente, el penúltimo apartado del mencionado artículo 504 bis 2 LECrim. establece que, “si por cualquier razón la comparecencia no pudiera celebrarse, el Juez acordará la prisión o libertad provisional, si concurrieren los presupuestos y estimase riesgo de fuga; pero deberá convocarla nuevamente dentro de las siguientes setenta y dos horas”».

(STC 82/2003, de 5 de mayo. Recurso de amparo 1620/2002. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas, «BOE» de 17 de mayo de 2003. En el mismo sentido, STC 121/2003, de 16 de junio. Recursos de amparo 4569/2002 y 4756/2002. Ponente: D.ª Elisa Pérez Vera, «BOE» de 17 de julio de 2003)

## ARTICULO 17.4

### *Habeas corpus*

«a) En relación con la naturaleza y función del *habeas corpus*, baste recordar que este Tribunal ha señalado en reiteradas ocasiones que se trata de un procedimiento especial a través del cual se ha de juzgar únicamente sobre la situación de privación de libertad, situación a la que se trata de poner fin o modificar, pero sin extraer más consecuencias que su necesaria finalización o modificación (SSTC 98/1986, de 10 de julio, FJ 1; 104/1990, de 4 de junio, FJ 1; y 12/1994, de 17 de enero, FJ 5). Por ello mismo se ha dicho que es un procedimiento “de cognición limitada” (SSTC 98/1986, FJ 1, y 287/2000, de 27 de noviembre, FJ 3), lo que “nada tiene que ver con la cualidad o intensidad del mismo, de tal manera que ha de tratarse de un control plenamente efectivo pues, en otro caso, se vería reducido a un mero expediente rituario o de carácter simbólico, no apto para afirmar la garantía de la libertad que ex artículo 17.4 CE se ha establecido” (STC 287/2000, FJ 3, y las resoluciones allí citadas). En resumen, “mediante el procedimiento de *habeas corpus* la Constitución ha abierto

un medio de defensa de los derechos establecidos en el artículo 17 CE, que permite hacer cesar de modo inmediato las situaciones irregulares de privación de libertad, a través del cual se busca la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente” (STC 26/1995, de 6 de febrero, FJ 5) o, en palabras de la STC 21/1997, de 10 de febrero, FJ 6, la finalidad esencial de este procedimiento “es la de controlar la legalidad de la detención practicada y hacer cesar de inmediato las situaciones irregulares de privación de libertad (SSTC 194/1989 y 104/1990, entre otras), frente a detenciones ilegales o que transcurran en condiciones ilegales (STC 153/1988)”.

Por lo que hace a su objeto, este Tribunal ha venido afirmando, de manera pacífica y constante que comprende potencialmente todos los supuestos en los que se produce una privación de libertad no acordada por el Juez (STC 232/1999, de 13 de diciembre, FJ 3). Precizando algo más a este respecto, en la STC 224/1998, de 24 de noviembre, FJ 3, se señala que “el artículo 17 de la Constitución ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 6/1984, con pretensión de “universalidad” como proclama la exposición de motivos de esta norma instauradora del *habeas corpus*, es decir, que la protección de este instituto alcanza no sólo a los supuestos de detención ilegal, por ausencia o insuficiencia del presupuesto material habilitante sino también “a las detenciones que, ajustándose originariamente a la legalidad, se mantienen o prolongan ilegalmente o tienen lugar en condiciones ilegales”, y en concordancia con ello, el artículo 1 c) de la mencionada Ley incluye entre los supuestos de detención ilegal a la producida por plazo superior al señalado en las Leyes, sin poner al detenido, transcurrido el mismo, en libertad o a disposición del Juez”.

b) Justamente porque el “procedimiento de *habeas corpus* es una garantía procesal específica prevista por la Constitución para la protección del derecho fundamental a la libertad personal” (STC 154/1995, de 24 de octubre, FJ 4), el órgano judicial al que se impetire dicha protección sólo podrá inadmitir la solicitud poniendo en conocimiento del peticionario la “precisa razón legal de dicha denegación” [STC 154/1995, de 24 de octubre, FJ 4, y asimismo las SSTC 66/1996, de 16 de abril, FJ 5 b), y 86/1996, de 21 de mayo, FJ 9].

Por otra parte, hemos rechazado que la inadmisión liminar pueda fundarse en motivos que remiten al juicio de fondo de la pretensión (entre otras, SSTC 232/1999, de 13 de diciembre, FJ 4; 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 6; y 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 5), puesto que, junto con la puesta de manifiesto ante el Juez de la persona privada de libertad, integran también el contenido esencial de este proceso las alegaciones y pruebas que aquélla pueda formular [STC 66/1996, de 16 de abril, FJ 3 b)].

c) Finalmente, las dudas que el texto del artículo 3 de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de *habeas corpus*, pudiera suscitar acerca de la legitimación del Abogado de la persona privada de libertad para instar su iniciación, han sido disipadas por este Tribunal.

Así, el ATC 55/1996, de 6 de marzo, FJ 2, no obstante haber procedido a inadmitir un recurso de amparo formulado contra un Auto denegatorio de la incoación del procedimiento [al estimar que concurría el óbice establecido en el artículo 50.1 c) LOTC], indicó que “no cabe... sostener falta de legitimación alguna del Letrado a cuyo favor se otorgó la representación, ya que dicho Letrado no solicitó por él mismo la incoación del procedimiento, sino en su calidad de representante de los verdaderos interesados cuya legitimación para solicitar la incoación del meritado procedimiento queda fuera de toda duda”, de tal suerte que “quienes instaron el *habeas corpus* fueron los propios interesados, plenamente legitimados, y no su Abogado, que limitó su papel a asumir la representación de aquellos”. Afirmó dicha resolución, en relación con todo ello, que “resulta irrelevante que el artículo 3 de la Ley Orgáni-

ca 6/1984 no prevea expresamente que un Abogado inste el procedimiento, y que solamente se refiera a la representación 'legal' de menores e incapacitados", y que "también es irrelevante que el artículo 4 de la Ley disponga que no es preceptiva la intervención de profesionales forenses".

Esta doctrina tuvo posteriormente continuidad en la STC 224/1998, de 24 de noviembre, FJ 2, que rechazó la inadmisión del procedimiento de *habeas corpus* instado por un Abogado subrayando lo siguiente: "Pues bien, hemos de considerar que la legitimación originaria para instar el procedimiento de *habeas corpus*, en cuanto acción específica dirigida a proteger la libertad personal de quien ha sido ilegalmente privado de ella reside, como prescribe el mencionado artículo 3, en su apartado a), en la persona física privada de libertad, y si bien es cierto que en el caso enjuiciado el privado de libertad, promovente del amparo, no instó por sí mismo el mentado procedimiento, no es menos cierto que actuó en su nombre, tácitamente apoderado al efecto, el Letrado del turno de oficio, que le asistía en su calidad de detenido, como así lo puso de manifiesto en la comparecencia ante los funcionarios policiales mediante la que instó el *habeas corpus*. Esta circunstancia conduce a entender que se ha solicitado el procedimiento por quien, como el privado de libertad, tiene legitimación para ello, si bien, instrumentalmente y dada su situación, lo efectuase en su nombre el Letrado designado por el turno de oficio para asistirle como detenido. Ha de añadirse que si el Juez competente albergase alguna duda sobre la existencia del oportuno mandato conferido a su Letrado por el detenido debió, para disiparla, realizar las comprobaciones oportunas y, como esencial, acordar la comparecencia de la persona privada de libertad para oír la, entre otras, acerca de tal circunstancia. Al no hacerlo así, la denegación a *limine litis* de la sustanciación del procedimiento de *habeas corpus*, no se acomoda a la función que al órgano judicial incumbe de guardián de la libertad personal, por lo que hemos de entender que el recurrente ha observado el presupuesto procesal de agotar la vía judicial previa, lo que determina la procedencia del examen del fondo de su pretensión"».

(STC 61/2003, de 24 de marzo. Recurso de amparo 3114/2002. Ponente: D. Pablo Cachón Villar, «BOE» de 6 de abril de 2003)

«Aun cuando este Tribunal haya señalado en alguna resolución que el artículo 17.4 CE no contiene propiamente un derecho fundamental, sino una garantía institucional que resulta de la tutela judicial efectiva en todas sus vertientes, y que, por tanto, la corrección de la resolución judicial en esta materia debía ser analizada conforme a dicho canon (STC 44/1991, de 25 de febrero, FJ 2), sin embargo, más recientemente, ha reiterado que, en supuestos como el presente, la perspectiva de examen que debe adoptarse es única y exclusivamente la de la libertad, puesto que, estando en juego este derecho fundamental, la eventual ausencia de una motivación suficiente y razonable de la decisión no supondrá sólo un problema de falta de tutela judicial, propio del ámbito del artículo 24.1 CE, sino prioritariamente una cuestión que afecta al derecho a la libertad personal, en cuanto que la suficiencia o razonabilidad de una resolución judicial relativa a la garantía constitucional del procedimiento de *habeas corpus*, prevista en el artículo 17.4 CE, forma parte de la propia garantía (STC 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 1). Conclusión que, por otra parte, ya había sido mantenida en la STC 98/1986, de 10 de julio, FJ 3, al afirmarse que la invocación de la lesión de la tutela judicial efectiva en el marco de la resolución de un procedimiento de *habeas corpus* resulta redundante con la de los artículos 17, apartados 1 y 4 CE, pues aquélla supondría el incumplimiento por el órgano judicial de lo previsto en el artículo 17.4 CE y, por tanto, la lesión del derecho a la libertad del artículo 17.1 CE.

Este Tribunal ha tenido la ocasión de pronunciarse en reiteradas ocasiones sobre el reconocimiento constitucional del procedimiento de *habeas corpus* en el artículo 17.4 CE, como garantía fundamental del derecho a libertad, y en qué medida puede verse vulnerado por las resoluciones judiciales de inadmisión a trámite de la solicitud de *habeas corpus*, generando una consolidada doctrina que puede resumirse en los siguientes extremos:

a) El procedimiento de *habeas corpus*, previsto en el inciso primero del artículo 17.4 CE, y desarrollado por la Ley Orgánica 6/1984, de 6 de mayo (en adelante LOHC), supone una garantía reforzada del derecho a la libertad para la defensa de los demás derechos sustantivos establecidos en el resto de los apartados del artículo 17 de la Constitución Española, cuyo fin es posibilitar el control judicial *a posteriori* de la legalidad y de las condiciones en las cuales se desarrollan las situaciones de privación de libertad no acordadas judicialmente mediante la puesta a disposición judicial de toda persona que se considere está privada de libertad ilegalmente (por todas, SSTC 263/2000, de 30 de octubre, F 3, y 232/1999, de 13 de diciembre, FJ 4).

b) El procedimiento de *habeas corpus*, aun siendo un proceso ágil y sencillo, de cognición limitada, no puede verse reducido en su calidad o intensidad, por lo que es necesario que el control judicial de las privaciones de libertad que se realicen a su amparo sea plenamente efectivo. De lo contrario la actividad judicial no sería un verdadero control, sino un mero expediente ritual o de carácter simbólico, lo cual, a su vez, implicaría un menoscabo en la eficacia de los derechos fundamentales y, en concreto, de la libertad (por todas, SSTC 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 5; 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 6, y 287/2000, de 27 de noviembre, FJ 3).

c) De acuerdo con la específica naturaleza y finalidad constitucional de este procedimiento, y teniendo en cuenta su configuración legal, adquiere especial relevancia la distinción, explícitamente prevista en los artículos 6 y 8 LOHC, entre el juicio de admisibilidad y el juicio de fondo sobre la licitud de la detención objeto de denuncia. Y ello porque, en el trámite de admisión, no se produce la puesta a disposición judicial de la persona cuya privación de libertad se reputa ilegal, tal y como pretende el artículo 17.4 CE, ya que la comparecencia ante el Juez de dicha persona sólo se produce, de acuerdo con el párrafo 1 del artículo 7 LOHC, una vez que el Juez ha decidido la admisión a trámite mediante el Auto de incoación (por todas, SSTC 287/2000, de 27 de noviembre, FJ 4; 233/2000, de 2 de octubre, FJ 5; 209/2000, de 24 de julio, FJ 5; 208/2000, de 24 de julio, FJ 5, y 179/2000, de 26 de junio, FJ 5).

d) De ese modo, aun cuando la Ley Orgánica reguladora del procedimiento de *habeas corpus* permita realizar un juicio de admisibilidad previo sobre la concurrencia de los requisitos para su tramitación, posibilitando denegar la incoación del procedimiento, previo dictamen del Ministerio Fiscal, la legitimidad constitucional de tal resolución liminar debe reducirse a los supuestos en los cuales se incumplan los requisitos formales (tanto los presupuestos procesales como los elementos formales de la solicitud) a los que se refiere el artículo 4 LOHC (por todas SSTC 287/2000, de 27 de noviembre, FJ 4, y 263/2000, de 30 de octubre, FJ 3). Por ello, si se da el presupuesto de la privación de libertad y se cumplen los requisitos formales para la admisión a trámite, no es lícito denegar la incoación del *habeas corpus* (por todas, SSTC 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 5; 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 6, y 209/2000, de 24 de julio, FJ 5). Así, como ha recordado, entre otras, la STC 233/2000, de 2 de octubre, FJ 5, este Tribunal ha admitido el rechazo liminar en supuestos en los cuales no se daba el presupuesto de privación de libertad (SSTC 62/1995, de 29 de marzo, FJ 4 6 26/1995, de 6 de febrero, FJ 5) o de falta de competencia del

órgano judicial (SSTC 25/1995, de 6 de febrero, FJ 2; 1/1995, de 10 de enero, FJ 6; 106/1992, de 1 de julio, FJ 3, y 194/1989, de 16 de noviembre, FJ 6).

e) Por ello, en los casos en los cuales la situación de privación de libertad exista (requisito, que junto con los exigidos en el art. 4 de la Ley Orgánica 6/1984, es preciso cumplir para poder solicitar la incoación de este procedimiento –por todas, STC 179/2000, de 26 de junio, FJ 5–), si hay alguna duda en cuanto a la legalidad de las circunstancias de ésta, no procede acordar la inadmisión, sino examinar dichas circunstancias, ya que el enjuiciamiento de la legalidad de la privación de libertad, en aplicación de lo previsto en el artículo 1 LOHC, debe llevarse a cabo en el juicio de fondo, previa comparecencia y audiencia del solicitante y demás partes, con la facultad de proponer y, en su caso, practicar pruebas, según dispone el artículo 7 LOHC, pues, en otro caso, quedaría desvirtuado el procedimiento de *habeas corpus*. De ese modo no es posible fundamentar la improcedencia de la inadmisión de este procedimiento cuando ésta se funda en la afirmación de que el recurrente no se encontraba ilícitamente privado de libertad, precisamente porque el contenido propio de la pretensión formulada en el *habeas corpus* es el de determinar la licitud o ilicitud de dicha privación (por todas, SSTC 224/ 2002, de 25 de noviembre, FJ 5; 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 6; 233/2000, de 2 de octubre, FJ 5; 209/2000, de 24 de julio, FJ 5, y 208/2000, de 24 de julio, FJ 5).

f) Por lo que respecta a la existencia de una situación de privación de libertad, como presupuesto para la admisibilidad del *habeas corpus*, se ha reiterado que debe cumplirse una doble exigencia. Por un lado, que la situación de privación de libertad sea real y efectiva, ya que, si no ha llegado a existir tal situación, las reparaciones que pudieran proceder han de buscarse por las vías jurisdiccionales adecuadas (SSTC 62/1995, de 29 de marzo, FJ 4, y 26/1995, de 6 de febrero, FJ 5), de tal modo que “cuando el recurrente no se encuentra privado de libertad, la misma podía ser denegada de modo preliminar, en virtud de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley Orgánica 6/1984, puesto que en tales condiciones no procedía incoar el procedimiento” (STC 62/1995, de 29 de marzo, FJ 4). Y, por otra parte, que la situación de privación de libertad no haya sido acordada judicialmente, ya que sólo en estos supuestos tendría sentido la garantía que instaura el artículo 17.4 CE de control judicial de la privación de libertad, de modo que es plenamente admisible el rechazo liminar de la solicitud de *habeas corpus* contra situaciones de privación de libertad acordadas judicialmente (AATC 115/1997, de 21 de abril, FJ 1; 316/1996, de 29 de octubre, F. 2; 447/1989, de 18 de septiembre, FJ 1, o 443/1987, de 8 de abril, FJ 2). En tal sentido este Tribunal ya ha afirmado que tienen el carácter de situaciones de privación de libertad no acordadas judicialmente y, por tanto, que con independencia de su legalidad no pueden ser objeto de rechazo liminar las solicitudes de *habeas corpus* dirigidas contra ellas, además de las detenciones policiales, que resultan los supuestos más normales, las detenciones impuestas en materia de extranjería (SSTC 179/2000, de 26 de junio, FJ 2, 174/1999, de 27 de septiembre, FJ 4; 86/1996, de 21 de mayo, FJ 12, 21/1996, de 12 de febrero, FJ 5, y 115/1987, de 7 de julio, FJ 1) o las sanciones de arresto domiciliario impuestas en expedientes disciplinarios por las autoridades militares (SSTC 233/2000, de 2 de octubre, FJ 6; 209/2000, de 24 de julio, FJ 6; 208/2000, de 24 de julio, FJ 6 o 61/1995, de 19 de marzo, FJ 4), incluso cuando se impongan “sin perjuicio del servicio” (STC 31/1985, de 5 de marzo, FJ 3).

En conclusión, la inadmisión liminar de un procedimiento de *habeas corpus* basada en la legalidad de la situación de privación de libertad supone, en sí misma, una vulneración del artículo 17.4 CE, al implicar una resolución sobre el fondo que sólo puede realizarse una vez sustanciado el procedimiento. Los únicos motivos legítimos para inadmitir un procedimiento de *habeas corpus* serán los basados, bien

en la falta del presupuesto mismo de la situación de privación de libertad, bien en la no concurrencia de sus requisitos formales».

(STC 94/2003, de 19 de mayo. Recurso de amparo 3386/2001. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez, «BOE» 10 de junio de 2003)

## ARTÍCULO 18.1

### *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Concepto. Conflicto entre derecho a comunicar información veraz y a la propia imagen*

«Conforme a la doctrina elaborada por este Tribunal, los derechos al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, reconocidos en el artículo 18.1 CE, a pesar de su estrecha relación en tanto que derechos de la personalidad, derivados de la dignidad humana y dirigidos a la protección del patrimonio moral de las personas son, no obstante, derechos autónomos, que tienen un contenido propio y específico (SSTC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 156/2001, de 2 de julio, FJ 3; 46/2002, de 25 de febrero, FJ 4; y 14/2003, de 30 de enero, FJ 4). Concretamente, el derecho a la propia imagen “en su dimensión constitucional, se configura como un derecho de la personalidad, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos que le hagan reconocible que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado” (STC 156/2001, FJ 6; en parecidos términos, STC 83/2002, de 22 de abril, FJ 4). Por consiguiente, es obvio que no ha podido quedar afectado el meritado derecho, toda vez que en ninguna de las dos fotografías con las que se ilustraron los reportajes periodísticos originadores del conflicto aparece retratada la ahora demandante de amparo.

De igual modo debemos excluir la hipótesis de que las informaciones periodísticas hayan quebrantado el derecho al honor de la recurrente. Ciertamente este Tribunal ha admitido que el contenido de este derecho “es lábil y fluido, cambiante” (STC 170/1994, de 7 de junio, FJ 4), de tal suerte que una de sus características principales consiste en ser “un concepto jurídico normativo cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento” (STC 180/1999, de 11 de octubre, FJ 4; en similares términos, SSTC 112/2000, de 5 de mayo, FJ 6; 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 7; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 5; y 46/2002, de 25 de febrero, FJ 6). Ahora bien, el grado de indeterminación del objeto de este derecho no llega a tal extremo que impida identificar como “su contenido constitucional abstracto” la preservación de “la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que le hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas” (STC 180/1999, de 11 de octubre, FJ 4). Dicho de otro modo, el honor “no sólo es un límite a las libertades del artículo 20.1, a) y d) de la Constitución, expresamente citado como tal en el núm. 4 del mismo artículo, sino que también es, en sí mismo considerado, un derecho fundamental protegido por el artículo 18.1 de la Constitución, que, derivado de la dignidad de la persona, confiere a su titular el derecho a no ser escarnecido o humillado ante uno mismo o ante los demás” (SSTC 85/1992, de 8 de junio, FJ 4; 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 7; y 204/2001, de 15 de octubre, FJ 7). En consecuencia, el mencionado derecho fundamental protege frente al “desmereci-

miento en la consideración ajena” (STC 52/2002, de 25 de febrero, FJ 4), pues lo perseguido por el artículo 18.1 CE “es la indemnidad de la imagen que de una persona puedan tener los demás” (STC 180/1999, FJ 5).

[.../...]

Hallándonos en el presente caso ante un conflicto entre los derechos a comunicar libremente información veraz (art. 20.1 *d*) CE) y a la intimidad personal (art. 18.1 CE), interesa comenzar recordando que este último derecho fundamental tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, excluido tanto del conocimiento ajeno como de las intromisiones de terceros, sean éstos poderes públicos o simples particulares, en contra de su voluntad (entre otras, SSTC 144/1999, de 22 de julio, FJ 8; 115/2000, de 10 de mayo, FJ 4; 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5; 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6; y 83/2002, de 22 de abril; FJ 5). Este derecho fundamental se halla, por otra parte, estrechamente vinculado a la propia personalidad y deriva, sin ningún género de dudas, de la dignidad de la persona que el artículo 10.1 CE reconoce (SSTC 202/1999, de 8 de noviembre, FJ 2; 156/2001, de 2 de julio, FJ 4; y 99/2002, de 6 de mayo, FJ 6), de tal suerte que atribuye a su titular el poder de resguardar dicho ámbito frente a la divulgación del mismo por terceros y frente a una publicidad no querida (SSTC 83/2002, de 22 de abril, FJ 5, y 121/2002, de 20 de mayo, FJ 2).

A este respecto, dijimos en la STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 5 (ciertamente en un contexto que presenta algunas diferencias con el del caso ahora sometido a nuestro enjuiciamiento), lo siguiente: “Lo que el artículo 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio. Del precepto constitucional se deduce que el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o a la de su familia, pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida lo que ha de encontrar sus límites, como es obvio, en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. A nadie se le puede exigir que soporte pasivamente la revelación de datos, reales o supuestos, de su vida privada personal o familiar (SSTC 73/1982, 110/1984, 170/1987, 231/1988, 20/1992, 143/1994, 151/1997, y Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *X e Y*, de 26 de marzo de 1985; caso *Leander*, de 26 de marzo de 1987; caso *Gaskin*, de 7 de julio de 1989; caso *Costello-Roberts*, de 25 de marzo de 1993; caso *Z*, de 25 de febrero de 1997)”.

Asimismo, este Tribunal ha afirmado que el derecho fundamental a la intimidad garantiza “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana (STC 186/2000, de 10 de julio, FJ 5)” (STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5). Pues bien, abstracción hecha de lo opinable que, en algunas ocasiones, pueda resultar la delimitación de ese ámbito propio y reservado, resulta incuestionable que forma parte del mismo el legítimo interés de los menores a que no se divulguen datos relativos a su vida personal o familiar, que viene a erigirse, por mor de lo dispuesto en el artículo 20.4 CE, en límite infranqueable al ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz (STC 134/1999, de 24 de mayo, FJ 6)».

(STC 127/2003, de 30 de junio. Recurso de amparo 1074/2000. Ponente: D. Pablo Cachón Villar, «BOE» 30 de julio de 2003)

## ARTÍCULO 18.2

*Contenido de la resolución judicial que autoriza la entrada y registro domiciliario*

«Nuestra doctrina ha ido perfilando cuál ha de ser el contenido de una resolución judicial que autoriza la entrada y registro en un domicilio, cuando ésta se adopta en un procedimiento penal para la investigación de hechos de naturaleza delictiva. En las SSTC 239/1999, de 20 de diciembre, FJ 4; 136/2000, de 29 de mayo, FJ 4; y 14/2001, de 29 de enero, FJ 8, hemos señalado los requisitos esenciales: esa motivación para ser suficiente debe expresar con detalle el juicio de proporcionalidad entre la limitación que se impone al derecho fundamental restringido y su límite, argumentando la idoneidad de la medida, su necesidad y el debido equilibrio entre el sacrificio sufrido por el derecho fundamental limitado y la ventaja que se obtendrá del mismo (SSTC 62/1982, de 15 de octubre; 13/1985, de 31 de enero; 151/1997, de 29 de septiembre; 175/1997, de 27 de octubre; 200/1997, de 24 de noviembre; 177/1998, de 14 de septiembre; 18/1999, de 22 de febrero). El órgano judicial deberá precisar con detalle las circunstancias espaciales (ubicación del domicilio) y temporales (momento y plazo) de la entrada y registro, y de ser posible también las personales (titular u ocupantes del domicilio en cuestión; SSTC 181/1995, de 11 de diciembre, FJ 5; 290/1994, FJ 3; ATC 30/1998, de 28 de enero, FJ 4).

A esta primera información, indispensable para concretar el objeto de la orden de entrada y registro domiciliarios, deberá acompañarse la motivación de la decisión judicial en sentido propio y sustancial, con la indicación de las razones por las que se acuerda semejante medida y el juicio sobre la gravedad de los hechos supuestamente investigados, e, igualmente, habrá de tenerse en cuenta si se está ante una diligencia de investigación encuadrada en una instrucción judicial iniciada con antelación, o ante una mera actividad policial origen, justamente, de la instrucción penal. No es necesario cimentar la resolución judicial en un indicio racional de comisión de un delito, bastando una *notitia criminis* alentada por la sospecha fundada en circunstancias objetivas de que se pudo haber cometido, o se está cometiendo o se cometerá el delito o delitos en cuestión. Lo que resulta exigible es la idoneidad de la medida respecto del fin perseguido, así cuando exista la sospecha fundada de que pudieran encontrarse pruebas o que éstas pudieran ser destruidas, junto a la inexistencia o la dificultad de obtener dichas pruebas acudiendo a otros medios alternativos menos onerosos; por último, se requiere también que haya un riesgo cierto y real de que se dañen bienes jurídicos de rango constitucional de no proceder a dicha entrada y registro. En suma, a falta de otra indicación en el precepto constitucional, los únicos límites que pueden imponerse al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio son los que puedan derivar de su coexistencia con los restantes derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos, lo que obliga a realizar un juicio de proporcionalidad en sentido estricto (SSTC 239/1999, de 20 de diciembre, FJ 5; 136/2000, de 29 de mayo, FJ 4 y 14/2001, de 29 de enero, FJ 8). Asimismo, y dado que la apreciación de conexión entre la causa justificativa de la medida –la investigación del delito– con las personas que pueden verse afectadas por la restricción del derecho fundamental constituye el presupuesto lógico de la proporcionalidad de la misma, resulta imprescindible que la resolución judicial haya dejado constancia también de las circunstancias que pueden sustentar la existencia de dicha conexión (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 10; y 8/2000, de 17 de enero, FJ 4).

Por último, hemos admitido, asimismo, la posibilidad de que, en ciertos casos, y según las circunstancias, en particular si ya hay una instrucción judicial en marcha, sea posible complementar algunos de los extremos del mandamiento de entrada y registro con los detalles que se hagan constar en el oficio policial solicitando la medida, incluso asumiendo las razones expuestas en éste (SSTC 49/1999, de 5 de abril, 139/1999, de 22 de julio). Cuando el órgano judicial no obra por propio impulso, estas últimas razones o motivos han de exteriorizarse en la solicitud, de tal modo que proporcionen una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito, a la que hemos añadido la nota de “ser accesibles a terceros”, en el sentido de expresar que el conocimiento de los hechos, el sustento de la sospecha en sí procede y tiene existencia ajena a los propios policíacos que solicitan la medida (SSTC 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 136/2000, de 29 de mayo, FJ 4)».

(STC 56/2003, de 24 de marzo. Recurso de amparo 3987/2000. Ponente: D.<sup>a</sup> Elisa Pérez Vera, «BOE» de 16 de abril de 2003)

### *Derecho a la inviolabilidad del domicilio*

«Desde la STC 22/1984, de 17 de febrero, F. 2, hemos afirmado que la protección constitucional del domicilio es “una protección de carácter instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona”.

Por ello, aunque el objeto de protección de la inviolabilidad domiciliaria no es sólo un espacio físico, en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de una persona y de su esfera privada (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5; 69/1999, de 26 de abril, FJ 2; 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6; 10/2002, de 17 de enero, FFJJ 5 y 6) hemos reconocido también su titularidad a las personas jurídicas (STC 137/1985, de 17 de octubre), de las que no cabe afirmar que posean intimidad personal y familiar (ATC 257/1985, de 17 de abril, FJ 2).

3. Por otra parte hemos afirmado que la protección constitucional del domicilio en el artículo 18.2 CE se concreta en dos reglas distintas. La primera define su “inviolabilidad”, que constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido como garantía de que el ámbito de privacidad, dentro del espacio limitado que la propia persona elige, resulte “exento de” o “inmune a” cualquier tipo de invasión o agresión exterior de otras personas o de la autoridad pública, incluidas las que puedan realizarse sin penetración física en el mismo, sino por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos. La segunda, que supone una aplicación concreta de la primera, establece la interdicción de la entrada y el registro domiciliar (constituyendo esta última la interdicción fundamental, de la que la entrada no es más que un trámite de carácter instrumental), disponiéndose que, fuera de los casos de flagrante delito, sólo son constitucionalmente legítimos la entrada o el registro efectuados con consentimiento de su titular o al amparo de una resolución judicial (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FFJJ 3 y 5; 10/2002, de 17 de enero, FJ 5).

De modo que el contenido del derecho es fundamentalmente negativo: lo que se garantiza, ante todo, es la facultad del titular de excluir a otros de ese ámbito espacial reservado, de impedir o prohibir la entrada o la permanencia en él de cualquier persona y, específicamente, de la autoridad pública para la práctica de un registro.

4. También hemos afirmado que los límites que la Constitución española establece al ámbito de la inviolabilidad domiciliaria tienen un carácter rigurosamente taxativo (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 3; 160/1991, de 18 de julio, FJ 8; 126/1995, de 25 de julio, FJ 2; 136/2000, de 29 de mayo, FJ 3), a diferencia de otras regulaciones constitucionales que, aun reconociéndola, se remiten, para las excepciones al respecto, a los casos y a las formas establecidas por la Ley (así, el art. 14 de la

Constitución italiana), o aceptan la posibilidad de que órganos no judiciales acuerden la entrada forzosa en un domicilio en supuestos de urgencia (así, el art. 13.2 de la Ley Fundamental de Bonn).

“Por el contrario, en el caso de la Constitución española, y como expresión de la estrecha relación entre la protección del domicilio y la acordada a la intimidad personal y familiar en el apartado 1 del mismo artículo 18, fuera de los supuestos de consentimiento del titular, y de flagrancia delictiva... se posibilita la entrada o registro domiciliario únicamente sobre la base de una resolución judicial. La garantía judicial aparece así como un mecanismo de orden preventivo, destinado a proteger el derecho, y no –como en otras intervenciones judiciales previstas en la Constitución– a reparar su violación cuando se produzca. La resolución judicial, pues, aparece como el método para decidir, en casos de colisión de valores e intereses constitucionales, si debe prevalecer el derecho del artículo 18.2 CE u otros valores e intereses constitucionalmente protegidos” (STC 160/1991, de 18 de julio, FJ 8).

En estrecha conexión con lo anterior hemos declarado que la resolución judicial sólo puede cumplir su función en la medida en que esté motivada, constituyendo la motivación, entonces, parte esencial de la resolución judicial misma (SSTC 126/1995, de 25 de julio, FJ 2; 139/1999, de 22 de julio, FJ 2; en idéntico sentido, SSTC 290/1994, de 27 de octubre, FJ 31; 50/1995, de 23 de febrero, FJ 5; 41/1998, de 24 de febrero, FJ 34; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 10; 8/2000, de 17 de enero, FJ 4). Esa exigencia de motivación constituye la vía de verificación de que la actuación judicial ha operado como “garantía de la excepcionalidad de la injerencia permitida por el artículo 18.2 CE y, en todo caso, como garantía de la proporcionalidad de la restricción de todo derecho fundamental” (STC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 10, y citándola STC 8/2000, de 17 de enero, FJ 4).

Nuestra jurisprudencia establece, por tanto, como regla general, que, a falta de consentimiento del titular el acceso al domicilio inviolable se posibilite únicamente sobre la base de una resolución judicial debidamente motivada, en atención al principio de proporcionalidad, y cuyo objeto es preservar y proteger el derecho rodeándolo de una serie de garantías. La exigencia de la garantía judicial decae únicamente en caso de flagrante delito.

[.../...]

Nuestro análisis se centrará en la determinación de quién puede consentir una entrada y registro policial, a los efectos del citado artículo 18.2, en los supuestos de cotitulares del domicilio de igual derecho y, en concreto, en los casos de convivencia conyugal o análoga, cuestión que no ha sido abordada expresamente en nuestra jurisprudencia.

7. Para solventar ese problema ha de partirse de que la convivencia presupone una relación de confianza recíproca, que implica la aceptación de que aquel con quien se convive pueda llevar a cabo actuaciones respecto del domicilio común, del que es cotitular, que deben asumir todos cuantos habitan en él y que en modo alguno determinan la lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio. En definitiva, esa convivencia determinará de suyo ciertas modulaciones o limitaciones respecto de las posibilidades de actuación frente a terceros en el domicilio que se comparte, derivadas precisamente de la existencia de una pluralidad de derechos sobre él. Tales limitaciones son recíprocas y podrán dar lugar a situaciones de conflicto entre los derechos de los cónyuges, cuyos criterios de resolución no es necesario identificar en el presente proceso de amparo.

Como regla general puede afirmarse, pues, que en una situación de convivencia normal, en la cual se actúa conforme a las premisas en que se basa la relación, y en ausencia de conflicto, cada uno de los cónyuges o miembros de una pareja de hecho está legitimado para prestar el consentimiento respecto de la entrada de un tercero en

el domicilio, sin que sea necesario recabar el del otro, pues la convivencia implica la aceptación de entradas consentidas por otros convivientes.

A esa situación normal parece responder el texto expreso de la Constitución española. En efecto, el artículo 18.2 CE, tras proclamar que el domicilio es inviolable, declara que “ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin el consentimiento del titular o autorización judicial”, excepto en los casos de flagrante delito.

De modo que, aunque la inviolabilidad domiciliaria, como derecho, corresponde individualmente a cada uno de los que moran en el domicilio, la titularidad para autorizar la entrada o registro se atribuye, en principio, a cualquiera de los titulares del domicilio, por lo que pueden producirse situaciones paradójicas, en las que la titularidad para autorizar la entrada y registro pueda enervar la funcionalidad del derecho a la inviolabilidad domiciliaria para tutelar la vida privada del titular del derecho.

8. Sin embargo, el consentimiento del titular del domicilio, al que la Constitución se refiere, no puede prestarse válidamente por quien se halla, respecto al titular de la inviolabilidad domiciliaria, en determinadas situaciones de contraposición de intereses que enerven la garantía que dicha inviolabilidad representa.

Del sentido de garantía del artículo 18.2 CE se infiere inmediatamente que la autorización de entrada y registro respecto del domicilio de un imputado no puede quedar librada a la voluntad o a los intereses de quienes se hallan del lado de las partes acusadoras, pues, si así fuese, no habría, en realidad, garantía alguna, máxime en casos como el presente, en que hallándose separados los cónyuges, el registro tuvo lugar en la habitación del marido».

(STS 22/2003, de 10 de febrero. Recurso de amparo 4400/99. Ponente: D. Tomás S. Vives Antón, «BOE» de 5 de marzo de 2003)

## ARTÍCULO 18.3

### *Derecho al secreto de las comunicaciones. Comunicaciones telefónicas*

«Como se recuerda en la STC 123/2002, de 20 de mayo, FJ 4, este Tribunal en la STC 114/1984, de 29 de noviembre, haciéndose eco de la STEDH de 2 de agosto de 1984, caso *Malone*, ha afirmado que el concepto de secreto de la comunicación cubre, no sólo el contenido de la comunicación, sino también la identidad subjetiva de los interlocutores. Así, hemos declarado en aquella ocasión que “rectamente entendido”, el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 CE “consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas. El bien constitucionalmente protegido es así –a través de la imposición a todos del “secreto”– la libertad de las comunicaciones, siendo cierto que el derecho puede conculcarse tanto por la interceptación en sentido estricto (que suponga aprehensión física del soporte del mensaje –con conocimiento o no del mismo– o captación, de otra forma, del proceso de comunicación) como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado (apertura de la correspondencia ajena guardada por su destinatario, por ejemplo)... Y puede también decirse que el concepto de “secreto”, que aparece en el artículo 18.3, no cubre sólo el contenido de la comunicación, sino también, en su caso, otros aspectos de la misma, como, por ejemplo, la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales”. En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “reconoce expresamente la posibilidad de que el artículo 8 de la Conven-

ción pueda resultar violado por el empleo de un artificio técnico que, como el llamado *comptage*, permite registrar cuáles hayan sido los números telefónicos marcados sobre un determinado aparato, aunque no el contenido de la comunicación misma”. “Sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de ‘comunicación’”, añadíamos, “la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia *erga omnes*) ajenos a la comunicación misma. La presencia de un elemento ajeno a aquellos entre los que media el proceso de comunicación, es indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado”. Y concluimos: “el concepto de ‘secreto’ en el artículo 18.3 tiene un carácter ‘formal’, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado” (F. 7). Esta doctrina ha sido reiterada también en la STC 70/2002, de 3 de abril, en cuyo fundamento jurídico 9 se precisa que “el artículo 18.3 CE contiene una especial protección de las comunicaciones, cualquiera que sea el sistema empleado para realizarlas, que se declara indemne frente a cualquier interferencia no autorizada judicialmente” y que “la protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza en su caso a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos”, de modo que la protección de este derecho alcanza a las interferencias habidas o producidas en un proceso de comunicación.

La separación del ámbito de protección de los derechos fundamentales a la intimidad personal (art. 18.1 CE) y al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) efectuada en esta Sentencia se proyecta sobre el régimen de protección constitucional de ambos derechos. Pues si *ex* artículo 18.3 CE la intervención de las comunicaciones requiere siempre resolución judicial, “no existe en la Constitución reserva absoluta de previa resolución judicial” respecto del derecho a la intimidad personal. Ahora bien, también respecto del derecho a la intimidad personal hemos dicho que rige como regla general la exigencia constitucional de monopolio jurisdiccional en la limitación de derechos fundamentales, si bien hemos admitido de forma excepcional que en determinados casos y con la suficiente y precisa habilitación legal sea posible que la Policía Judicial realice determinadas prácticas que constituyan una injerencia leve en la intimidad de las personas (SSTC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3; y 70/2002, de 3 de abril, FJ 10). La legitimidad constitucional de dichas prácticas, aceptada excepcionalmente, requiere también el respeto de las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad, de modo que mediante la medida adoptada sea posible alcanzar el objetivo pretendido –idoneidad–; que no exista una medida menos gravosa o lesiva para la consecución del objeto propuesto –necesidad–; y que el sacrificio del derecho reporte más beneficios al interés general que desventajas o perjuicios a otros bienes o derechos atendidos la gravedad de la injerencia y las circunstancias personales de quien la sufre –proporcionalidad estricta (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3; y 70/2002, de 3 de abril, FJ 10).

[.../...]

No obstante el diferente ámbito de protección del artículo 8.1 CEDH y de los artículos 18.1 y 18.3 CE separadamente considerados, señalado ya en nuestras SSTC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6, y 10/2002, de 17 de enero, FJ 5, la injerencia de la autoridad pública en el ejercicio del derecho a la vida privada y familiar, domicilio y correspondencia reconocido en el artículo 8.1 CEDH sólo es posible, conforme al artículo 8.2 CEDH, cuando esa injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida necesaria en una sociedad democrática para alcanzar un fin legítimo. Tampoco podemos olvidar que nuestra Constitución exige que toda limitación de un derecho fundamental esté prevista en la Ley (art. 53.1 CE) y que dicha limitación sea

adecuada a las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad, esto es, necesaria para alcanzar un fin legítimo, proporcionada al efecto y, en todo caso, respetuosa del contenido esencial del derecho (por todas, SSTC 181/1995, de 11 de diciembre, FJ 5; 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 9; y 169/2001, de 16 de julio, FJ 4). Y, finalmente, se ha de tener en cuenta que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Malone* (§ 84), como ya se ha dicho, reconoció que el sistema del “recuento” es por naturaleza distinto a la interceptación de las comunicaciones, pues puede tener una finalidad lícita como es la comprobación de la exactitud de los cargos que se exigen a los abonados, examinar sus reclamaciones o descubrir posibles abusos, mientras que la interceptación de las comunicaciones no es deseable ni lícita en una sociedad democrática. En una sociedad tecnológicamente avanzada como la actual, el secreto de las comunicaciones constituye, no sólo garantía de libertad individual, sino instrumento de desarrollo cultural, científico y tecnológico colectivo.

Por ello la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas requiere la interferencia directa en el proceso de comunicación (*mutatis mutandi* respecto de las comunicaciones postales: STC 70/2002, de 3 de abril) mediante el empleo de cualquier artificio técnico de captación, sintonización o desvío y recepción de la señal telefónica como forma de acceso a los datos confidenciales de la comunicación, es decir, a su existencia, contenido y a las circunstancias externas del proceso de comunicación. De este modo la difusión sin consentimiento de los titulares del teléfono o sin autorización judicial de los datos captados supone la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (STC 123/2002, de 20 de mayo, FJ 5). Decíamos también en la citada STC 123/2002, que la aplicación de la doctrina expuesta conducía a concluir que la entrega de los listados por las compañías telefónicas a la policía, sin consentimiento del titular del teléfono, requiere resolución judicial, pues la forma de obtención de los datos que figuran en los citados listados supone una interferencia en el proceso de comunicación que está comprendida en el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas del artículo 18.3 CE. Ahora bien, aunque el acceso y registro de los datos que figuran en los listados constituya una forma de afectación del objeto de protección del derecho al secreto de las comunicaciones, no puede desconocerse la menor intensidad de la injerencia en el citado derecho fundamental que esta forma de afectación representa en relación con la que materializan las “escuchas telefónicas”, siendo este dato especialmente significativo en orden a la ponderación de su proporcionalidad.

Por otra parte, en la citada STC 114/1984, de 29 de noviembre, ya señalábamos que “no hay secreto para aquel a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el artículo 18.3 CE la retención, por cualquier medio, del contenido del mensaje. Dicha retención (la grabación, en el presente caso) podrá ser, en muchos casos, el presupuesto fáctico para la comunicación a terceros, pero ni aun considerando el problema desde este punto de vista puede apreciarse la conducta del interlocutor como preparatoria del ilícito constitucional, que es el quebrantamiento del secreto de las comunicaciones” (FJ 7). Más adelante también se indicaba que “Quien entrega a otro la carta recibida o quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que estas mismas conductas, en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera ‘íntima’ del interlocutor, pudiesen constituir atentados al derecho garantizado en el artículo 18.1 CE. Otro tanto cabe decir, en el presente caso, respecto de la grabación por uno de los interlocutores de la conversación telefónica. Este acto no conculca secreto alguno impuesto por el artículo 18.3 y tan sólo, acaso, podría concebirse como conducta preparatoria para la ulterior difusión de lo grabado. Por lo que a esta última dimensión del comportamiento considerado se refiere, es

también claro que la contravención constitucional sólo podría entenderse materializada por el hecho mismo de la difusión (art. 18.1 CE). Quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el artículo 18.3 CE; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado. Si se impusiera un genérico deber de secreto a cada uno de los interlocutores o de los corresponsables *ex* artículo 18.3, se terminaría vaciando de sentido, en buena parte de su alcance normativo, a la protección de la esfera íntima personal *ex* artículo 18.1, garantía ésta que, ‘a contrario’, no universaliza el deber de secreto, permitiendo reconocerlo sólo al objeto de preservar dicha intimidad (dimensión material del secreto, según se dijo). Los resultados prácticos a que podría llevar tal imposición indiscriminada de una obligación de silencio al interlocutor son, como se comprende, del todo irrazonables y contradictorios, en definitiva, con la misma posibilidad de los procesos de libre comunicación humana”.

[.../...]

No existe prohibición para conocer, por parte de uno de los interlocutores, el número de teléfono desde el que se establece comunicación con él; en otro caso todos los teléfonos que muestran el número desde el que están siendo llamados infringirían el secreto de las comunicaciones amparado por el artículo 18.3 CE. A ello cabe agregar que, tal y como se señala en la STEDH de 25 de septiembre de 2001 (caso *P. G. y J. H. contra Reino Unido*), “la divulgación a la policía está permitida conforme a un marco legal cuando sea necesaria para la detección y prevención del delito y el material se utilizó en el proceso contra los demandantes por cargos penales para corroborar otras pruebas referidas al período de tiempo de las llamadas telefónicas” (§ 47).

(STC 56/2003, de 24 de marzo. Recurso de amparo 3087/2000. Ponente: D.<sup>a</sup> Elisa Pérez Vera, «BOE» de 16 de abril de 2003)

### *Derecho al secreto de las comunicaciones. Intervención de las comunicaciones telefónicas*

«El Tribunal de Derechos Humanos, en su reciente Sentencia de 18 de febrero de 2003, *Prado Bugallo c. España*, ha vuelto a declarar la vulneración del artículo 8 CEDH porque el actual artículo 579 LECrim. no cumple con las exigencias requeridas por dicho precepto relativas a la previsión legal de la injerencia. En efecto, después de constatar los avances habidos en el Ordenamiento español como consecuencia de la reforma del citado artículo 579 LECrim. por la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, señala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que “las garantías introducidas por la Ley de 1988 no responden a todas las condiciones exigidas por la jurisprudencia del Tribunal, especialmente en las Sentencias *Kruslin c. Francia* y *Huvig c. Francia*, para evitar los abusos. Se trata de la naturaleza de las infracciones susceptibles de dar lugar a las escuchas, de la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida, y de las condiciones de establecimiento del procedimiento de transcripción de las conversaciones interceptadas. Estas insuficiencias afectan igualmente a las precauciones a observar, para comunicar intactas y completas las grabaciones realizadas, a los fines del eventual control por el juez y la defensa. La Ley no contiene ninguna disposición en relación con ello” (§ 30). En virtud de dicha constatación, así como a partir del reconocimiento de que la jurisprudencia española, que ha intentado suplir dichas insuficiencias legales, es posterior al momento en que en el caso tuvieron lugar las intervenciones telefónicas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declara la lesión del artículo 8 CEDH (§§ 32 y 33).

Esta Sentencia continúa la jurisprudencia constante del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que exige la previsión legal de las medidas limitativas de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y no sólo en lo que atañe a las injerencias en el derecho a la intimidad y vida privada, específicamente respecto de medidas consistentes en la interceptación de las comunicaciones a la que a continuación nos referiremos, sino también en relación con otros derechos fundamentales reconocidos en dicho Convenio (entre otras muchas, SSTEDH de 26 de abril de 1979, caso *Sunday Times c. Reino Unido*; de 27 de abril de 1995, caso *Piermont c. Francia*, § 63 y siguientes; de 20 de mayo de 1999, caso *Rekveny c. Hungría*, § 34; de 25 de noviembre de 1999, caso *Hashman y Harrup c. Reino Unido*, § 31 y ss., § 41; 21 de diciembre de 1999, caso *Demirtepe c. Francia*, § 27; 21 de diciembre de 2000, caso *Rinzivillo c. Italia*, § 28; 26 de julio de 2001, caso *Di Giovine c. Italia*, § 36; de 24 de octubre de 2002, caso *Messina c. Italia*, § 28).

En lo que se refiere específicamente a las comunicaciones telefónicas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado la vulneración del artículo 8 CEDH por ausencia de previsión legal de la injerencia consistente en la intervención de las comunicaciones telefónicas en las Sentencias de 2 de agosto de 1984, caso *Malone c. Reino Unido*, § 66 y ss., § 79; de 24 de abril de 1990, casos *Kruslin c. Francia*, § 34 y ss., y *Huvig c. Francia*, § 34 y ss.; de 23 de noviembre 1993, caso *A. c. Francia*, § 38 y ss.; de 25 de marzo de 1998, caso *Kopp c. Suiza*, § 74 y ss.; de 16 de febrero de 2000, caso *Amann c. Suiza*, §§ 50, 55 y ss.; de 4 de mayo de 2000, caso *Rotaru c. Rumanía*, § 52 y ss.; 25 de septiembre de 2001, caso *P. G. y J. H. c. Reino Unido*, § 38. A ellas ha de añadirse las dos citadas Sentencias *Valenzuela c. España* y *Prado Bugallo c. España*.

Sobre ello hemos de señalar, por ser especialmente significativo para el examen del caso que nos ocupa, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado la existencia de vulneración del artículo 8 CEDH cuando quien reclama la protección no es el titular o usuario de la línea telefónica intervenida sino el destinatario de la comunicación (SSTEDH de 24 de agosto de 1998, caso *Lambert c. Francia*, § 38 y ss.; de 16 de febrero de 2000, caso *Amann c. Suiza*, § 61 y ss.). Y, en particular, poniendo en conexión la protección que el artículo 8 CEDH brinda a los comunicantes con el requisito relativo a la necesaria previsión legal de la injerencia, ha declarado la vulneración de este derecho por ausencia de previsión legal si la legislación “no regula de forma detallada el caso de los interlocutores escuchados ‘por azar’, en calidad de ‘partícipes necesarios’ de una conversación telefónica registrada por las autoridades en aplicación de sus disposiciones” (STEDH de 16 de febrero de 2000, caso *Amann c. Suiza*, § 61).

Por último, se ha de recordar también que la Ley que habilite la intervención telefónica ha de ser previa al momento en que se autorice (STEDH de 18 de febrero de 2003, *Prado Bugallo c. España*, § 32).

Pues bien, nuestro pronunciamiento, acogiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de nuestros órganos judiciales, debe poner de manifiesto que el artículo 579 LECrim. adolece de vaguedad e indeterminación en aspectos esenciales, por lo que no satisface los requisitos necesarios exigidos por el artículo 18.3 CE para la protección del derecho al secreto de las comunicaciones, interpretado, como establece el artículo 10.2 CE, de acuerdo con el artículo 8.1 y 2 CEDH. En la STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 5, en la que proyectamos a partir de nuestra Constitución dichas exigencias, dijimos que se concretan en: “la definición de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a escucha judicial; la naturaleza de las infracciones susceptibles de poder dar lugar a ella; la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida; el procedimiento de transcripción de las conversaciones interceptadas; las precauciones a observar, para comunicar, intactas y comple-

tas, las grabaciones realizadas a los fines de control eventual por el Juez y por la defensa; las circunstancias en las cuales puede o debe procederse a borrar o destruir las cintas, especialmente en caso de sobreseimiento o puesta en libertad”.

El artículo 579 LECrim., en la redacción dada por la Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, establece:

“1. Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

2. Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

3. De igual forma, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, por un plazo de hasta tres meses, prorrogable por iguales períodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de las que se sirvan para la realización de sus fines delictivos”.

De la lectura del trascrito precepto legal resulta la insuficiencia de su regulación sobre el plazo máximo de duración de las intervenciones, puesto que no existe un límite de las prórrogas que se pueden acordar; la delimitación de la naturaleza y gravedad de los hechos en virtud de cuya investigación pueden acordarse; el control del resultado de las intervenciones telefónicas y de los soportes en los que conste dicho resultado, es decir, las condiciones de grabación, y custodia, utilización y borrado de las grabaciones, y las condiciones de incorporación a los atestados y al proceso de las conversaciones intervenidas. Por ello, hemos de convenir en que el artículo 579 LECrim. no es por sí mismo norma de cobertura adecuada, atendiendo a las garantías de certeza y seguridad jurídica, para la restricción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas (art. 18.3 CE).

Pero, además, tampoco regula expresamente y, por tanto, con la precisión requerida por las exigencias de previsibilidad de la injerencia en un derecho fundamental las condiciones de grabación, custodia y utilización frente a ellos en el proceso penal como prueba de las conversaciones grabadas de los destinatarios de la comunicación intervenida, pues el artículo 579 LECrim. sólo habilita específicamente para afectar el derecho al secreto de las comunicaciones de las personas sobre las que existan indicios de responsabilidad criminal en el momento de acordar la intervención de las comunicaciones telefónicas de las que sean titulares o de las que se sirvan para realizar sus fines delictivos, pero no habilita expresamente la afectación del derecho al secreto de las comunicaciones de los terceros con quienes aquéllos se comunican. A estos efectos resulta conveniente señalar que al legislador corresponde ponderar la proporcionalidad de la exclusión, o inclusión, y en su caso bajo qué requisitos, de círculos determinados de personas en atención a la eventual afección de otros derechos fundamentales o bienes constitucionales concurrentes al intervenir sus comunicaciones, o las de otros con quienes se comunican, como en el caso de Abogados o profesionales de la información el derecho al secreto profesional (arts. 24.2, párrafo 2, y 20.1.d CE), o en el caso de Diputados o Senadores el derecho al ejercicio de su cargo de representación política (art. 23.2 CE), su inmunidad parlamentaria y la prohibición de ser inculcados o procesados sin previa autorización de la Cámara respectiva (art. 71.2 CE).

Pues bien, en el caso que nos ocupa no existía norma de cobertura específica no sólo por las insuficiencias de regulación ya expuestas, sino porque los recurrentes de amparo no son ni los titulares ni los usuarios habituales de ninguna de las líneas de teléfono intervenidas sino personas con quienes se pusieron en contacto telefónico aque-

llos cuyas líneas telefónicas estaban intervenidas, siendo dichas conversaciones utilizadas como prueba en el proceso al ser introducidas en el mismo mediante la escucha directa de las cintas en las que se grabaron. Es decir, se afectó su derecho al secreto de sus comunicaciones telefónicas sin que el artículo 579 LECrim. habilite expresamente dicha injerencia en el derecho de terceros, inicialmente ajenos al proceso penal.

Esta declaración, sin embargo, no es suficiente para resolver la cuestión controvertida de si las deficiencias del artículo 579 LECrim. implican la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones. Varias precisiones son aún necesarias:

a) Como este Tribunal recordó en la STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4, “por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, ora incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal”. Y proseguimos: “[e]sa reserva de Ley a que, con carácter general, somete la Constitución española la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en su Título I, desempeña una doble función, a saber: de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, de otra, en un ordenamiento jurídico como el nuestro en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos ‘únicamente al imperio de la Ley’ y no existe, en puridad, la vinculación al precedente (SSTC 8/1981, 34/1995, 47/1995 y 96/1996) constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas”.

Por consiguiente, la injerencia en los derechos fundamentales sólo puede ser habilitada por la “Ley” en sentido estricto, lo que implica condicionamientos en el rango de la fuente creadora de la norma y en el contenido de toda previsión normativa de limitación de los derechos fundamentales (STC 169/2001, de 16 de julio, FJ 6).

La necesidad de esa previsión legal ha sido afirmada expresamente por este Tribunal respecto de un amplio elenco de derechos fundamentales y libertades públicas. Así, por ejemplo, en relación con el derecho a la intimidad (SSTC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7; 207/1996, de 16 de febrero, FJ 4; 70/2002, de 3 de abril, FJ 10), el derecho a la integridad física (SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8; 7/1994, de 17 de enero, FJ 3; 35/1996, de 11 de marzo, FJ 2), el derecho a la libertad de expresión (STC 52/1995, de 23 de febrero, FJ 4), el derecho a la libertad de circulación (STC 85/1989, de 10 de mayo, FJ 3), el derecho a la libertad personal (SSTC 32/1987, de 12 de marzo, F. 3; 86/1996, de 21 de mayo, FJ 2; 47/2000, de 17 de febrero; 169/2001, de 16 de julio), y específicamente también, como acabamos de recordar, el derecho al secreto de las comunicaciones (STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4 y Sentencias en ella citadas).

b) Sentado lo anterior, y afirmada la exigencia de Ley en sentido estricto por nuestra Constitución, sobre el presente caso hemos de añadir, en relación con la argumentación de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que, al igual que en el caso resuelto en la STEDH de 18 de febrero de 2003, caso *Prado Bugallo c. España*, las intervenciones telefónicas tuvieron lugar del 28 de enero 1992 al 15 de julio 1992, esto es, antes del inicio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los requisitos de adecuación de las intervenciones telefónicas al derecho al secreto de las comunicaciones –Auto de 18 de junio de 1992, caso *Naseiro*– y, especialmente, antes de la unificación y consolidación de la jurisprudencia constitucional a partir de 1998 y, señaladamente, a partir de la STC 49/1999, de 5 de abril.

c) En definitiva, si en el tiempo en que se llevaron a cabo las intervenciones telefónicas denunciadas la cobertura legal era insuficiente desde la perspectiva del artículo 18.3 CE, hemos de reconocer, al igual que hicimos en la STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 5, que “la situación del Ordenamiento jurídico español, puesta de manifiesto

en la concreta actuación que aquí se examina, y sufrida por los recurrentes, ha de estimarse contraria a lo dispuesto en el artículo 18.3 CE". Pero, ahora como entonces, debemos aclarar "el alcance de la estimación de tal vulneración", pues, si bien "estamos en presencia de una vulneración del artículo 18.3 CE, autónoma e independiente de cualquier otra: la insuficiencia de la Ley, que sólo el legislador puede remediar y que constituye, por sí sola, una vulneración del derecho fundamental", para que dicha vulneración pueda tener efectos sobre las resoluciones judiciales impugnadas en amparo es preciso, en primer lugar, que la actuación de los órganos judiciales, que autorizaron las intervenciones, haya sido constitucionalmente ilegítima; esto es, que a ellas sea imputable de forma directa e inmediata la vulneración del derecho fundamental (art. 44.1.b LOTC). Y a estos efectos, "si, pese a la inexistencia de una Ley que satisficiera las genéricas exigencias constitucionales de seguridad jurídica, los órganos judiciales, a los que el artículo 18.3 de la Constitución se remite, hubieran actuado en el marco de la investigación de una infracción grave, para la que de modo patente hubiera sido necesaria, adecuada y proporcionada la intervención telefónica y la hubiesen acordado respecto de personas presuntamente implicadas en el mismo, respetando, además, las exigencias constitucionales dimanantes del principio de proporcionalidad, no cabría entender que el Juez hubiese vulnerado, por la sola ausencia de dicha Ley, el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas" (STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 5; *mutatis mutandis* STC 47/2000, de 17 de febrero, FJ 5)...

Hemos reconocido las insuficiencias de que adolece la regulación contenida en el artículo 579 LECrim a la luz de las exigencias del artículo 18.3 CE, interpretado conforme al artículo 8 CEDH y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos siguiendo el mandato del artículo 10.2 de nuestra Constitución. Otras insuficiencias aparte, que ya han quedado señaladas desde nuestra STC 49/1999, FFJJ 5 y ss., es obvio, como también ha quedado expuesto, que las previsiones del citado precepto legal no alcanzan a contemplar "el caso de los interlocutores escuchados 'por azar' en calidad de 'partícipes necesarios' de una conversación telefónica registrada por las autoridades en aplicación de sus disposiciones" (STEDH de 16 de febrero de 2000, caso *Amann c. Suiza*, § 61).

Los anteriores razonamientos ponen de manifiesto la existencia de una situación que no se ajusta a las exigencias de previsibilidad y certeza en el ámbito del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones que reconoce el artículo 18.3 CE, que, sin embargo, no se resolvería adecuadamente a través del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 579 LECrim. El mecanismo de control de constitucionalidad de la Ley que el artículo 55.2 LOTC ordena con carácter consecuente a la estimación del recurso de amparo está previsto para actuar sobre disposiciones legales que en su contenido contradicen la Constitución, pero no respecto de las que se avienen con aquélla y cuya inconstitucionalidad deriva no de su enunciado, sino de lo que en éste se silencia, deficiencias que pueden predicarse del artículo 579 LECrim. sin otro precepto que lo complementa, que no existe en nuestro ordenamiento jurídico. En estos casos, así como en el que resolvimos en la STC 67/1998, de 18 de marzo (FJ 7), el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad resulta inútil, en la medida en que la reparación de la eventual inconstitucionalidad sólo podría alcanzarse supliendo las insuficiencias de las que trae causa y no mediante la declaración de inconstitucionalidad y, en su caso, nulidad de un precepto que no es contrario a la Constitución por lo que dice, sino por lo que deja de decir. Ni siquiera hipotéticamente a través de una Sentencia interpretativa podría este Tribunal colmar todos los vacíos con la necesaria precisión por cuanto por medio de una interpretación no podría resolver en abstracto más de lo que de manera concreta haya ido estableciendo. Precisamente por ello, la intervención del legislador es necesaria para producir una regulación ajustada a las exigencias de la Constitución.

Esta es cabalmente la singularidad del presente caso en que el control de constitucionalidad que habría de ejercerse a través del artículo 55.2 LOTC versa sobre un precepto con un núcleo o contenido constitucionalmente válido, pero insuficiente, esto es, sobre un defecto de Ley. El ejercicio por este Tribunal de su tarea depuradora de normas contrarias a la Constitución culminaría, en su caso, con una declaración de inconstitucionalidad por defecto de la disposición legal –artículo 579 LECrim.– que agravaría el defecto mismo –la falta de certeza y seguridad jurídicas– al producir un vacío mayor. Los intereses constitucionalmente relevantes que con el artículo 579.3 LECrim. se tutelan se verían absolutamente desprotegidos por cuanto aquella declaración podría comportar, cuando menos, la obligación de los poderes públicos de inaplicar la norma viciada de inconstitucionalidad. De esta suerte, y en el contexto de un proceso de amparo en el que ya se ha satisfecho la pretensión principal de los recurrentes, no podemos dejar de advertir que el resultado de inconstitucionalidad al que se llegase entraría en conflicto con las exigencias mismas del artículo 18.3 CE, pues dejaríamos el ordenamiento desprovisto de cualquier habilitación legal de injerencia en las comunicaciones telefónicas, agravando la falta de certeza y seguridad jurídicas de las situaciones ordenadas por el artículo 579 LECrim. hasta tanto el legislador no completase el precepto reparando sus deficiencias a través de una norma expresa y cierta. Es al legislador a quien corresponde, en uso de su libertad de configuración normativa propia de su potestad legislativa, remediar la situación completando el precepto legal. Como hemos dicho en otras ocasiones, aunque ciertamente a efectos diferentes a los aquí contemplados, esa situación debe acabar cuanto antes, siendo función de la tarea legislativa de las Cortes ponerle término en el plazo más breve posible (SSTC 96/1996, de 30 de mayo, FJ 23; 235/1999, de 20 de diciembre, FJ 13).

Y aunque hemos declarado en numerosas ocasiones que no es tarea de este Tribunal definir positivamente cuáles sean los posibles modos de ajuste constitucional, siquiera sea provisionalmente, hasta que la necesaria intervención del legislador se produzca, sí le corresponderá suplir las insuficiencias indicadas, lo que viene haciendo en materia de intervenciones telefónicas, como ya hemos dicho, desde la unificación y consolidación de su doctrina por la STC 49/1999, en los términos que señalaremos en el fundamento jurídico 9, doctrina que es aplicable a los terceros y vincula a todos los órganos de la jurisdicción ordinaria. Conforme señala el artículo 5.1 LOPJ, las resoluciones de este Tribunal en todo tipo de procesos vinculan a todos los Jueces y Tribunales, quienes han de interpretar y aplicar las Leyes y reglamentos según los preceptos y principios constitucionales interpretados por este Tribunal.

La intervención de las comunicaciones telefónicas sólo puede considerarse constitucionalmente legítima cuando, además de estar legalmente prevista con suficiente precisión, se autoriza por la autoridad judicial en el curso de un proceso mediante una decisión suficientemente motivada y se ejecuta con observancia del principio de proporcionalidad; es decir, cuando su autorización se dirige a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como acontece en los casos en que se adopta para la investigación de la comisión de delitos calificables de graves y es idónea e imprescindible para la determinación de hechos relevantes para la misma (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 2). La comprobación de la proporcionalidad de la medida ha de efectuarse analizando las circunstancias concurrentes en el momento de su adopción (SSTC 126/2000, de 16 de mayo, FJ 8; y 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 2).

En la legitimidad de la medida limitativa del derecho al secreto de las comunicaciones incide la falta de expresión o exteriorización, por parte del órgano judicial, tanto de la existencia de los presupuestos materiales de la intervención –datos objetivos sobre la posible comisión de un hecho delictivo grave y sobre la conexión de los usuarios de los teléfonos con los hechos investigados–, como de la necesidad y ade-

cuación de la medida, razones y finalidad perseguida. Asimismo, debe determinarse con precisión el número o números de teléfono que deben ser intervenidos, el tiempo de duración de la intervención, quién ha de llevarla a cabo y los períodos en los que deba darse cuenta al Juez de sus resultados a los efectos de que éste controle su ejecución (por todas SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 7 y siguientes; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2). La resolución judicial que acuerde la intervención telefónica o su prórroga debe expresar entonces, preferentemente por sí misma o con complemento de la solicitud policial a la que se remite, dichos elementos (por todas SSTC 200/1997, de 24 de noviembre, F. 4; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 6; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2)...

El juicio de constitucionalidad sobre la medida de intervención telefónica precisa examinar si la resolución judicial se adoptó teniendo en cuenta la existencia de indicios, y no meras suposiciones o conjeturas, “de que el delito pudiera estarse cometiendo o llegar a cometerse y de que las conversaciones que se mantuvieran a través de la línea telefónica indicada eran medio útil de averiguación del delito”, esto es, la existencia de “datos objetivos que permitieran pensar que dicha línea era utilizada por las personas sospechosas de su comisión o por quienes con ellas se relacionaban, y que, por lo tanto, no se trataba de una investigación meramente prospectiva. En otras palabras, el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos (caso *Klass*, § 51), o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan en la mente de los encargados de la investigación penal, por más legítima que sea esta aspiración, pues de otro modo se desvanecería la garantía constitucional” (STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8).

Pues bien, debemos comprobar si la decisión judicial apreció razonadamente la conexión entre el sujeto o sujetos que iban a verse afectados por la medida y el delito investigado (existencia del presupuesto habilitante), para analizar después si el Juez tuvo en cuenta tanto la gravedad de la intromisión como su idoneidad e imprescindibilidad para asegurar la defensa del interés público, pues “la conexión entre la causa justificativa de la limitación pretendida –la averiguación de un delito– y el sujeto afectado por ésta –aquel de quien se presume que pueda resultar autor o partícipe del delito investigado o pueda hallarse relacionado con él– es un *prius* lógico del juicio de proporcionalidad” (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8, doctrina que reiteran las SSTC 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 3; 138/2001, de 17 de julio, FJ 3; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2).

De conformidad con la reiterada doctrina de este Tribunal, la relación entre la persona y el delito investigado se expresa en la sospecha, pero las sospechas precisan, “para que puedan entenderse fundadas, hallarse apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido. En primer lugar, en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control. Y, en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer el delito sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona”. Se trata, por consiguiente, de cualquier tipo de dato fáctico o “buenas razones o fuertes presunciones de que las infracciones están a punto de cometerse (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de septiembre de 1978, caso *Klass*, y de 5 de junio de 1992, caso *Liidi*)”; en otros términos, algo más que meras sospechas, pero algo menos que los indicios racionales que se exigen por el artículo 384 LECrim. para el procesamiento (SSTC 49/1999, de 4 de abril, FJ 8; 166/1999, FJ 8; 171/1999, FJ 8; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 138/2001, de 17 de julio, FJ 3; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 2)».

(STC 184/2003, de 23 de octubre. Recurso de amparo 4857/2001. Ponente: D.<sup>a</sup> María Emilia Casas Baamonde, «BOE» de 13 de noviembre de 2003)

### *Intervención de las comunicaciones en el ámbito penitenciario*

«Este Tribunal se ha ocupado en varias ocasiones de la vigencia del derecho al secreto de las comunicaciones en el ámbito carcelario (vid. SSTC 183/1994, de 20 de junio; 127/1996, de 9 de julio; 170/1996, de 29 de octubre; 128/1997, de 14 de julio; 175/1997, de 27 de octubre; 200/1997, de 24 de noviembre; 58/1998, de 16 de marzo; 141/1999, de 22 de julio; 188/1999, de 25 de octubre; 175/2000, de 26 de junio; 106/2001, de 23 de abril; y 192/2002, 193/2002 y 194/2002, todas ellas de 28 de octubre). De la consolidada doctrina sentada respecto de esta materia es oportuno recordar ahora, en primer lugar, que hemos distinguido (STC 175/2000, de 26 de junio, FJ 3, por todas) entre la intervención de las comunicaciones general (art. 51, apartado 1, de la Ley Orgánica general penitenciaria: LOGP) y la específica (art. 51, apartados 2 y 3, LOGP). En segundo término, que hemos afirmado también que la intervención opera tanto sobre las comunicaciones enviadas como sobre las recibidas (SSTC 106/2001, de 23 de abril, FJ 7, y 194/2002, de 28 de octubre, FJ 7). “Y en cuanto a los requisitos que deben de cumplir los Acuerdos o medidas de intervención de las comunicaciones genéricas, junto a la exigencia de motivación y de dar cuenta a la autoridad judicial competente que impone el artículo 51.5 LOGP, así como la de notificación al interno afectado que establecen los artículos 43.1 y 46.5 RP de 1996, este Tribunal Constitucional ha añadido la necesidad de preestablecer un límite temporal a la medida de intervención (SSTC 128/1997, de 14 de julio, FJ 4; 175/1997, de 27 de octubre, FFJJ 3 y 4; 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 3; 188/1999, de 25 de octubre, FJ 5; 175/2000, de 26 de junio, FJ 3)” (STC 106/2001, de 23 de abril, FJ 6). [.../...]

Si bien es cierto que las autoridades penitenciarias pueden restringir, en ocasiones, derechos de los internos, al verse sometidos éstos a un régimen de especial sujeción, no puede admitirse que resulte constitucionalmente legítimo establecer una suerte de suspensión individual del derecho al secreto de las comunicaciones adoptada al margen del artículo 55.2 CE, porque tal expediente, además de poder ser fácilmente burlado (podría superarse la traba impuesta enviando por un interno sus cartas a una persona del exterior para que ésta las remitiera, a su vez, a otro interno del mismo centro con el cual quisiera comunicarse) no cumple las exigencias proclamadas por la doctrina de este Tribunal (especialmente, en lo referido a la preceptiva individualización casuística y personal de la medida -vid., por todas, SSTC 193/2002 y 194/2002, ambas de 28 de octubre, FFJJ 3 y 6.e respectivamente, que se remiten en este punto a la STC 106/2001, de 23 de abril, FJ 6) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia (SSTEDH, de 30 de julio de 1998, caso *Valenzuela Contreras*, § 46.4; de 24 de abril de 1990, casos *Kruslin* y *Huvig*, § 35 y § 34, respectivamente; y de 18 de febrero de 2003, caso *Prado Bugallo*, § 30)».

(STC 169/2003, de 29 de septiembre. Recurso de amparo 280/2001. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez, «BOE» de 23 de octubre de 2003)

## ARTÍCULO 20

### *Conflicto entre libertad de información y derecho al honor. Veracidad de la información. Deber de diligencia del informador*

«Este Tribunal ha elaborado un cuerpo consolidado de doctrina en los casos en que exista un conflicto entre el derecho a la libertad de información y el derecho al honor, coincidente en lo sustancial con la del Tribunal Europeo de Derechos Huma-

nos al interpretar el artículo 10.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (STC 144/1998, de 30 de junio, FJ 2). Dicha doctrina parte de la posición especial que en nuestro ordenamiento ocupa la libertad de información, puesto que a través de este derecho no sólo se protege un interés individual sino que entraña el reconocimiento y garantía de la posibilidad de existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático (STC 21/2000, de 31 de enero, FJ 4 y las allí citadas). El valor preferente o prevalente de este derecho ha sido sin embargo relativizado en nuestra jurisprudencia, negando su jerarquía sobre otros derechos fundamentales (SSTC 42/1995, de 13 de febrero, FJ 2; 11/2000, de 17 de enero, FJ 7). De ahí que hayamos condicionado la protección constitucional de la libertad de información, y su prevalencia sobre el derecho al honor garantizado en el artículo 18.1 CE, a que la información se refiera a hechos con relevancia pública, en el sentido de noticiables, y a que dicha información sea veraz (SSTC 138/1996, de 16 de septiembre, FJ 3; 144/1998, de 30 de junio, FJ 2; 21/2000, de 31 de enero FJ 4; 112/2000, de 5 de mayo, FJ 6; 76/2002, de 8 de abril, FJ 3).

[.../...]

Sobre la veracidad de la información, este Tribunal ha establecido una consolidada doctrina según la cual este requisito constitucional “no va dirigido a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, sino a negar la protección constitucional a los que transmiten como hechos verdaderos, bien simples rumores, carentes de toda constatación, o bien meras invenciones o insinuaciones sin comprobar su realidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente; todo ello sin perjuicio de que su total exactitud puede ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado (SSTC 6/1988, de 21 de enero, 105/1990, de 6 de junio, 171/1990, de 12 de noviembre, 172/1990, de 12 de noviembre, 40/1992, de 30 de marzo, 232/1992, de 14 de diciembre, 240/1992, de 21 de diciembre, 15/1993, de 18 de enero, 178/1993, de 31 de mayo, 320/1994, de 28 de noviembre, 76/1995, de 22 de mayo, 6/1996, de 16 de enero, 28/1996, de 26 de febrero, 3/1997, de 13 de enero, 144/1998, de 30 de junio, 134/1999, de 15 de julio, 192/1999, de 25 de octubre). La razón se encuentra en que, como hemos señalado en muchas ocasiones, cuando la Constitución requiere que la información sea ‘veraz’ no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas, como estableciendo un deber de diligencia sobre el informador a quien se le puede y debe exigir que lo que transmite como ‘hechos’ haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos (SSTC 6/1988, de 21 de enero, 28/1996, de 26 de febrero, 52/1996, de 26 de marzo, 3/1997, de 13 de enero, 144/1998, de 30 de junio). De este modo, el requisito de la veracidad deberá entenderse cumplido en aquellos casos en los que el informador haya realizado, con carácter previo a la difusión de la noticia, una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información y la referida indagación la haya efectuado con la diligencia que es exigible a un profesional de la información” (STC 21/2000, FJ 5).

Hemos, asimismo, señalado que la diligencia exigible a un profesional de la información no puede precisarse *a priori* y con carácter general, pues depende de las características concretas de la comunicación de que se trate, por lo que su apreciación dependerá de las circunstancias del caso (SSTC 240/1992, de 21 de diciembre, FJ 7; 28/1996, de 26 de febrero, FJ 3, entre otras muchas). En este sentido, hemos establecido algunos criterios que deben tenerse en cuenta para el cumplimiento de este requisito constitucional, y que aparecen recogidos en las citadas Sentencias. Entre otros, hemos señalado que el nivel de diligencia exigible adquirirá su máxima intensidad, “cuando la noticia que se divulga puede suponer por su propio contenido un descrédito en la consideración de la persona a la que la información se refiere”

(SSTC 240/1992, de 21 de diciembre, FJ 7; 178/1993, de 31 de mayo, FJ 5; 28/1996, de 26 de febrero, FJ 3; 192/1999, de 25 de octubre, FJ 4). De igual modo ha de ser un criterio que debe ponderarse el del respeto a la presunción de inocencia (SSTC 219/1992, de 3 de diciembre, FJ 5, 28/1996, de 26 de febrero, FJ 3).

También debe valorarse, a efectos de comprobar si el informador ha actuado con la diligencia que le es constitucionalmente exigible, cuál sea el objeto de la información, pues no es lo mismo “la ordenación y presentación de hechos que el medio asume como propia” o “la transmisión neutra de manifestaciones de otro” (STC 28/1996, de 26 de febrero). Sin descartar además la utilización de otros muchos criterios que pueden ser de utilidad a estos efectos, como son entre otras, los que alude la STC 240/1992 y reitera la STC 28/1996: “el carácter del hecho noticioso, la fuente que proporciona la noticia, las posibilidades efectivas de contrastarla, etc.” (STC 21/2000, de 31 de enero, FJ 6).

Finalmente, hemos afirmado que la intención de quien informa no es un canon de la veracidad, sino la diligencia al efecto desplegada, de manera que la forma de narrar y enfocar la noticia no tiene que ver ya propiamente con el juicio sobre la veracidad de la información, por más que sí deba tenerse en cuenta para examinar si, no obstante ser veraz, su fondo o forma pueden resultar lesivos del honor de una tercera persona (STC 192/1999, de 25 de octubre, FJ 6).

[.../...]

Ciertamente, al hablar del requisito de la veracidad este Tribunal se ha referido en algunas ocasiones a la “información rectamente obtenida y difundida” (SSTC 6/1988, de 21 de enero, FJ 5; 3/1997, de 13 de enero, FJ 2; 178/1993, de 31 de mayo, FJ 5; 4/1996, de 16 de enero, FJ 4), o a la “información rectamente obtenida y razonablemente contrastada” (STC 123/1993, de 19 de abril, FJ 4), como aquella que efectivamente es amparada por el Ordenamiento, por oposición a la que no goza de esta garantía constitucional por ser fruto de una conducta negligente, es decir, de quien actúa con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, o de quien comunica simples rumores o meras invenciones. En estos y en otros pronunciamientos (SSTC 172/1990, FJ 3; 240/1992, de 12 de noviembre, FJ 7), la información “rectamente obtenida” se ha asociado a la diligencia observada en la contrastación o verificación de lo informado, que debe tener en cuenta, entre otros extremos, las circunstancias relativas a la fuente de información. Al respecto hemos declarado que cuando la fuente que proporciona la noticia reúne las características objetivas que la hacen fidedigna, seria o fiable (STC 154/1999, de 14 de septiembre, FJ 7), puede no ser necesaria mayor comprobación que la exactitud de la fuente (STC 178/1993, de 21 de diciembre, FJ 5); por el contrario, la remisión a fuentes indeterminadas resulta insuficiente para dar por cumplida la diligencia exigible al informador (STC 21/2000, de 31 de enero, FJ 8).

Nuestra jurisprudencia ha vinculado, pues, la información “rectamente obtenida” con el requisito de la veracidad, referida ésta al deber de diligencia en la contrastación de la fuente de la información, pero nunca ha relacionado la exigencia de veracidad con la legítima obtención de la información, ni por tanto con el secreto de las diligencias sumariales (art. 301 LECrim.).

[.../...]

Cuando la Constitución requiere que la información sea “veraz” no está privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas, o sencillamente no probadas en juicio, pues las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que de imponerse “la verdad” como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio (STC 6/1988, de 21 de enero, FJ 5). La veracidad de una información en modo alguno puede identificarse con su “realidad incontrovertible”, puesto que ello constreñiría

el cauce comunicativo únicamente a los hechos que hayan sido plena y exactamente demostrados (SSTC 28/1996, de 26 de enero, FJ 3; 2/2001, de 15 de enero, FJ 6)...

La prueba de la veracidad no pueda consistir en la acreditación de que lo narrado es cierto, puesto que ello constituiría una *probatio* diabólica, por imposible en la mayoría de los casos. Dado que el canon de la veracidad se cifra en la diligencia razonablemente exigible, el objeto de su prueba no son los hechos en sí objeto de narración, sino aquellos hechos, datos o fuentes de información empleados, de los que se pueda inferir la verosimilitud de los hechos narrados.

[.../...]

Las libertades del artículo 20.1 *a*) y *d*) CE, ni protegen la divulgación de hechos que, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, no son sino simples rumores, invenciones o insinuaciones carentes de fundamento, ni dan cobertura constitucional a expresiones formalmente injuriosas e innecesarias para el mensaje que se desea difundir, en las que simplemente su emisor exterioriza su personal menosprecio o animosidad respecto del ofendido. Por el contrario, el carácter molesto o hiriente de una opinión o una información no constituye de suyo una ilegítima intromisión en su derecho al honor, siempre, claro está, que lo divulgado no sean expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito de la persona a quien se refieran (SSTC 105/1990, de 6 de junio, FJ 8; 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 5; 172/1990, FJ 2; 190/1992, de 16 de noviembre, FJ 5; 123/1993, de 31 de mayo, FJ 2; 170/1994, de 7 de junio, FJ 2; 3/1997, de 13 de enero, FJ 2; 1/1998, de 12 de enero, FJ. 5; 46/1998, de 2 de marzo, FJ 6; 180/1999, de 11 de octubre, FJ 4; 112/2000, de 5 de mayo, FJ 6; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 5)».

(STC 158/2003, de 15 de septiembre. Recurso de amparo 5357/1998. Ponente: D. Pablo García Manzano, «BOE» de 9 de octubre de 2003)

### *Derecho a la libertad de expresión. Críticas en el ámbito universitario de un Catedrático al Rector*

«Es bien conocida la importancia que este Tribunal ha atribuido al derecho a la libertad de expresión, importancia ligada al dato de que no nos encontramos solamente ante derechos fundamentales de cada ciudadano, sino ante libertades que significan el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, considerado como un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático (por todas STC 12/1982, de 31 de marzo), y al hecho incontestable de que sin comunicación pública libre quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el artículo 1.2 CE, que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política (por todas STC 6/1981, de 16 de marzo; en el mismo sentido SSTC 20/1990, de 15 de febrero, y 336/1993, de 15 de noviembre). La libertad de expresión aparece así como uno de los fundamentos indiscutibles del orden constitucional español, colocada en una posición preferente y objeto de especial protección.

Esta importancia no supone, sin embargo, que nos hallemos ante un derecho fundamental ilimitado, dato éste de clara trascendencia en el caso que nos ocupa, puesto que hemos afirmado repetidas veces que “la libertad de crítica... no cubre el insulto y la descalificación” (STC 241/1999, de 20 de diciembre, FJ 5; en el mismo sentido SSTC 107/1988, de 8 de junio; 105/1990, de 6 de junio; 172/1990 de 12 de noviem-

bre y ATC 20/1993, de 21 de enero). Habrá que examinar, pues, siempre que se alegue lesión de la libertad de expresión, si no nos encontramos ante un ejercicio inadecuado de la misma, ante un supuesto de extralimitación en su uso.

Otro factor igualmente importante, cuando de manifestaciones sobre la actividad de cargos públicos se trata, es el de la carga que éstos tienen de tolerar las críticas que a su conducta se hagan porque, como hemos tenido ocasión de decir, “el Estado democrático de Derecho se realiza también a través de la garantía de un abierto, libre y plural proceso de comunicación pública en el que, entre otras cosas, se someta al escrutinio del conjunto de los ciudadanos lo que dicen y hacen aquéllos que tienen atribuida la administración del poder público, garantía a la que sirve de forma capital el artículo 20.1 CE” (STC 192/1999, de 25 de octubre, FJ 8; en el mismo sentido SSTC 107/1988, de 8 de junio; 105/1990, de 6 de junio; 336/1993, de 15 de noviembre y 136/1994, de 9 de mayo). Consecuentemente, en los conflictos entre la libertad de expresión y otros derechos habrá que tener muy en cuenta la posición institucional del supuestamente ofendido.

Un dato especialmente significativo para resolver este recurso es el de la condición de funcionario del demandante de amparo, porque la sanción que se le impone es precisamente en aplicación del régimen disciplinario de los servidores públicos [art. 8 c) del Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios públicos: Real Decreto 33/1986, de 10 de enero] y, por tanto, no hubiera podido aplicarse a un ciudadano en el que no concurriera esa condición. Por ello, y dado que ésta es la principal defensa del recurrente, ha de recordarse la doctrina de este Tribunal sobre la libertad de expresión de los funcionarios que se inició con la STC 81/1983, de 10 de octubre, en la que se declaraba que si bien “en una primera etapa del constitucionalismo europeo [.../...], solía exigirse a los funcionarios públicos una fidelidad silente y acrítica respecto a instancias políticas superiores y, por consiguiente, una renuncia... al uso de determinadas libertades y derechos”, tras la Constitución española de 1978 hay factores que “contribuyen a esbozar una situación del funcionario en orden a la libertad de opinión y a la de sindicación mucho más próxima a la del simple ciudadano” (FJ 2).

Además de esa proximidad al status del ciudadano, la misma Sentencia advierte que “ni todos los funcionarios cumplen los mismos servicios ni todos los cuerpos poseen un mismo grado de jerarquización ni de disciplina interna” (FJ 2; doctrina reiterada en la STC 141/1985, de 22 de octubre, FJ 3), líneas éstas de argumentación en las que profundiza la STC 69/1989, de 20 de abril, que, tras reproducir las afirmaciones ya referidas, indica que “el ejercicio de los mencionados derechos constitucionales se encuentra sometido a determinados límites, algunos de los cuales son generales y comunes a todos los ciudadanos y otros, además, pueden imponerse a los funcionarios públicos en su condición de tales, ya sea en virtud del grado de jerarquización o disciplina interna a que estén sometidos, que puede ser diferente en cada cuerpo o categoría funcional, ya sea según actúen en calidad de ciudadanos o de funcionarios, ya en razón de otros factores que hayan de apreciarse en cada caso, con el fin de comprobar si la supuesta trasgresión de un límite en el ejercicio de un derecho fundamental pone o no públicamente en entredicho la autoridad de sus superiores jerárquicos, y si tal actuación compromete el buen funcionamiento del servicio” (FJ 2).

De toda esta doctrina jurisprudencial derivan los criterios aplicables a la hora de juzgar las posibles extralimitaciones en la libertad de expresión por parte de un funcionario, como es el hoy demandante de amparo. En primer término, deben considerarse superados los tiempos en que era exigible una lealtad acrítica a los servidores públicos, que gozan del derecho reconocido en el artículo 20.1 a) CE. En segundo lugar, que dadas las peculiaridades de la Administración Pública es posible construir ciertos límites al ejercicio del citado derecho, límites que, sin embargo, dependerán

de manera decisiva del tipo de funcionario de que se trate (SSTC 371/1993, de 13 de diciembre, FJ 4 y 29/2000, de 31 de enero, FJ 5). También tendrá relevancia el que la actuación tenga lugar en calidad de ciudadano o de funcionario y el que la misma ponga o no públicamente en entredicho la autoridad de sus superiores y comprometa el buen funcionamiento del servicio.

Ya en este punto es de señalar:

a) Los vínculos jerárquicos del profesorado funcionario universitario son sensiblemente más débiles que los propios de otros cuerpos funcionariales. La intensidad de la disciplina impuesta a los funcionarios está en relación directa con la necesidad de la sujeción jerárquica como garantía de la eficacia (art. 103.1 CE) de la correspondiente estructura administrativa. No es ajena a esta consideración la peculiar naturaleza de las Universidades en el ámbito de las formas del Derecho de la organización administrativa, en el que aquéllas eran consideradas formalmente, por parte de la doctrina, como integrantes de la Administración institucional, conforme al modelo del establecimiento público, denominado frecuentemente en nuestro Derecho positivo como “organismo autónomo”. En su estructura y organización, sin embargo, la Universidad se acerca más al modelo de las corporaciones pues se gobierna por la voluntad interna de sus miembros y se estructura conforme a modelos de representación democrática, en cuyo seno los vínculos de dependencia jerárquica de los profesores funcionarios, sin dejar de existir, son notoriamente más tenues que en el ámbito de otras formas organizativas de la Administración –artículos 27.10 CE; 2, 4 y 12 Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria–, vigente a la sazón, y hoy artículos 2, 6.2 y 3 Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades. Como indica el Ministerio Fiscal y en relación con el objeto del artículo que dio lugar a la resolución sancionadora –concreción del emplazamiento del Campus del Mar–, la libertad de expresión del Catedrático aquí demandante ha de considerarse prácticamente idéntica a la de cualquier ciudadano.

b) Por otra parte, aunque la infracción disciplinaria litigiosa opera en el campo de la jerarquía administrativa, dado que en el debate procesal se ha introducido la cuestión relativa al derecho al honor del Rector de la Universidad, ha de indicarse que éste ostenta una posición institucional que incide en el ámbito de ese derecho, limitándolo, dado que se trata de un personaje público, que ocupa su puesto por elección –artículos 18 Ley Orgánica 11/1983 y 20 Ley Orgánica 6/2001– y debe responder ante sus electores, y ante la sociedad en general, por los detalles de su gestión en los asuntos que tiene encomendados. No se trata, con toda evidencia, de un simple funcionario sino un auténtico cargo público electivo sometido, por tanto, al escrutinio crítico de sus votantes y de la sociedad la Universidad desarrolla funciones “al servicio de la sociedad” (art. 1.2 de las dos mencionadas Leyes Orgánicas). Las críticas del demandante de amparo, en la medida en que vayan dirigidas al Rector, afectan a una persona que tiene una obligación de soportarlas mayor que la de un ciudadano cualquiera: como declara la STC 110/2000, de 5 de mayo, FFJJ 3 y 8 “las personas que ostentan un cargo de autoridad pública, o las que poseen relieve político, ciertamente se hallan sometidas a la crítica en un Estado democrático. Pero... ello no significa en modo alguno que, en atención a su carácter público, dichas personas queden privadas de ser titulares del derecho al honor que el artículo 18.1 CE garantiza” (SSTC 105/1990, de 6 de junio, FJ 8; 190/1992, de 16 de noviembre, FJ 5; 336/1993, de 15 de noviembre, FJ 5 y 78/1995, de 22 de mayo, FJ 2)”, aunque, desde luego, éste “se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información, en cuanto sus titulares son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad re-

sulten afectados por opiniones o informaciones de interés general, pues así lo requieren el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática”».

(STC 101/2003, de 2 de junio. Recurso de amparo 2880/2000. Ponente: D. Javier Delgado Barrio, «BOE» de 1 de julio de 2003)

### *Distinción entre el derecho a la libertad de expresión y de información. Veracidad de la información*

«Como es sabido, nuestra jurisprudencia viene distinguiendo desde la STC 104/1986, de 17 de julio, entre los derechos que garantizan la libertad de expresión, cuyo objeto son los pensamientos, ideas y opiniones (concepto amplio que incluye las apreciaciones y los juicios de valor), y, por otra parte, el derecho a comunicar información, que se refiere a la difusión de aquellos hechos que merecen ser considerados noticiables. Esta distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, de otro, tiene decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad del ejercicio de esas libertades, pues mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su naturaleza abstracta, no se prestan a una demostración de exactitud, y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, en cambio, la legitimidad del derecho de información por expreso mandato constitucional, que ha añadido al término “información”, en el texto del artículo 20.1 d) CE, el adjetivo “veraz” (STC 4/1996, de 19 de febrero, FJ 3). Sin embargo, hemos admitido que en los casos reales que la vida ofrece, no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la simple narración de unos hechos, pues a menudo el mensaje sujeto a escrutinio consiste en una amalgama de ambos. Por esta razón, procede examinar en primer lugar la veracidad de aquélla y, a continuación, la ausencia de expresiones formalmente injuriosas o innecesarias para la crítica que se formula (SSTC 6/1988, de 21 de enero; 107/1988, de 8 de junio; 59/1989, de 16 de marzo; 105/1990, de 6 de junio; 171/1990, de 12 de noviembre; 172/1990, de 12 de noviembre; 190/1992, de 16 de noviembre; 123/1993, de 19 de abril; 178/1993, de 31 de mayo; 76/1995, de 22 de mayo; 138/1996, de 16 de septiembre; 204/1997, de 25 de noviembre; 1/1998, de 12 de enero), pues, como venimos diciendo, el artículo 20.1 CE ni protege la divulgación de hechos que no son sino simples rumores, invenciones o insinuaciones carentes de fundamento, ni tampoco da amparo a las insidias o insultos (STC 192/1999, de 25 de octubre, FJ 3).

En nuestra STC 20/2002, de 28 de enero, FJ 4, hemos recordado nuestra consolidada doctrina sobre el derecho a la libertad de expresión, señalando que “tiene por objeto la libre expresión de pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del cual deben incluirse las creencias y juicios de valor. Según hemos dicho con reiteración, este derecho comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige (SSTC 6/2000, de 17 de enero, FJ 5; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 4 y 204/2001, de 15 de octubre, FJ 4), pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe “sociedad democrática” (SSTEDH de 23 de abril de 1992, *Castells c. España*, § 42, y de 29 de febrero de 2000, *Fuentes Bobo c. España*, § 43). Fuera del ámbito de protección de dicho derecho se sitúan las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el artículo 20.1 a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás incompatible con la norma fundamental (SSTC 204/1997, de 25 de noviembre; 134/1999, de 15 de julio, FJ 3;

6/2000, de 17 de enero, FJ 5; 11/2000, de 17 de enero, FJ 7; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 8; 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 7; 49/2001, de 26 de febrero, FJ 5 y 148/2001, de 15 de octubre, FJ 4)".

Finalmente, hemos señalado también las circunstancias que deben tenerse en cuenta a la hora de apreciar los límites de la libertad de expresión derivados de su concurrencia con otros derechos fundamentales; entre tales circunstancias se encuentran las relacionadas sintéticamente en la STC 11/2000, de 17 de enero, en su fundamento jurídico 8: así, el juicio sobre la relevancia pública del asunto (SSTC 6/1988, de 21 de enero; 121/1989, de 3 de julio; 171/1990, de 12 de noviembre; 197/1991, de 17 de octubre y 178/1993, de 31 de enero), y el carácter de personaje público del sujeto sobre el que se emite la crítica u opinión (STC 76/1995, de 22 de mayo), especialmente si es o no titular de un cargo público. Igualmente importa para el enjuiciamiento constitucional el contexto en el que se producen las manifestaciones enjuiciables (STC 107/1988, de 8 de junio), como una entrevista o intervención oral (STC 3/1997, de 13 de enero), y, por encima de todo, si en efecto contribuyen o no a la formación de la opinión pública libre (SSTC 107/1988, de 8 de junio; 105/1990, de 6 de junio; 171/1990, de 12 de noviembre y 15/1993, de 18 de enero, entre otras).

[.../...]

La exigencia de "verdad" en lo declarado, como parte del canon aplicable a la libertad de información –y no, ciertamente, del de la libertad de expresión– resulta tan rigurosa que amenazaría con anularla, por lo que una consolidada jurisprudencia de este Tribunal la ha sustituido por la exigencia de "veracidad". Requisito éste que tiende a negar protección constitucional a los que transmiten como hechos ciertos los que no lo son, sin contrastar su realidad mediante las oportunas comprobaciones; dicho de otra manera, cuando la Constitución exige que la información sea veraz no está tanto privando de protección a las informaciones que pudieran resultar erróneas como estableciendo un deber de diligencia sobre el informador. "De este modo el requisito de la veracidad deberá entenderse cumplido en aquellos casos en los que el informador haya realizado con carácter previo a la difusión de la noticia una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información y la referida indagación la haya efectuado con la diligencia que es exigible" (por todas, STC 21/2000, de 31 de enero, FJ 5)».

(STC 160/2003, de 15 de septiembre. Recurso de amparo 6316/2000. Ponente: D.<sup>a</sup> Elisa Pérez Vera, «BOE» de 9 de octubre de 2003)

## ARTÍCULO 21.1

### *Derecho a la libertad de reunión. Relación con el derecho a la libertad de expresión*

«En concreto sobre el ejercicio de la libertad de reunión, el artículo 11.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) es explícito sobre la posibilidad de adoptar las medidas restrictivas que "previstas en la Ley, sean necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos", e, interpretando este precepto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró proporcionada la orden gubernativa de evacuación de una iglesia ante una reunión pacífica y en sí misma no directamente perturbadora del orden público y del derecho de culto, en la que, sin embargo, el es-

tado de salud de los congregados se había degradado y las circunstancias sanitarias eran muy deficientes (STEDH caso *Cisse*, de 9 de abril de 2002, § 51). En la misma línea, este Tribunal Constitucional ha recordado en su STC 42/2000, de 14 de febrero, que el derecho de reunión “no es un derecho absoluto o ilimitado, sino que, al igual que los demás derechos fundamentales, tiene límites (SSTC 2/1982, de 29 de enero, FJ 5; 36/1982, de 16 de junio; 59/1990, de 29 de marzo, FFJJ 5 y 7; 66/1995, FJ 3; y ATC 103/1982, de 3 de marzo, FJ 1), entre los que se encuentra tanto el específicamente previsto en el propio artículo 21.2 CE –alteración del orden público con peligro para personas y bienes–, como aquellos otros que vienen impuestos por la necesidad de evitar que un ejercicio extralimitado de ese derecho pueda entrar en colisión con otros valores constitucionales” (FJ 2), lo que también se deduce del artículo 10.1 CE.

Por tanto, en los casos en los que existan “razones fundadas” que lleven a pensar que los límites antes señalados no van a ser respetados, la autoridad competente puede exigir que la concentración se lleve a cabo de forma respetuosa con dichos límites constitucionales, o incluso, si no existe modo alguno de asegurar que el ejercicio de este derecho los respete, puede prohibirlo. Ahora bien, para que los poderes públicos puedan incidir en el derecho de reunión constitucionalmente garantizado, ya sea restringiéndolo, modificando las circunstancias de su ejercicio, o prohibiéndolo incluso, es preciso, tal y como acaba de señalarse, que existan razones fundadas, lo que implica una exigencia de motivación de la resolución correspondiente (STC 36/1982, de 16 de junio) en la que se aporten las razones que han llevado a la autoridad gubernativa a concluir que el ejercicio del derecho fundamental de reunión, tal y como se hubo proyectado por su promotor o sus promotores, producirá una alteración del orden público proscrita en el artículo 21.2 CE, o bien la desproporcionada perturbación de otros bienes o derechos protegidos por nuestra Constitución.

Dada la íntima conexión histórica y doctrinal entre la libertad de expresión y el derecho de reunión –hasta el punto que puede decirse, como en nuestras SSTC 42/2000, de 14 de febrero, FJ 2, y 196/2002, de 28 de octubre, FJ 4, que el derecho de reunión en lugares de tránsito público es “una manifestación colectiva de la libertad de expresión, ejercitada a través de una asociación transitoria de personas que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, de la defensa de intereses, o de la publicidad de problemas o reivindicaciones”– ha de entenderse, en consecuencia, que los titulares del derecho del artículo 21.1 CE, al amparo del mismo, están en condiciones de decidir libremente acerca de cuáles han de ser los instrumentos o vehículos materiales a través de los cuales tratan de hacer llegar su mensaje a los destinatarios. La posibilidad de emitir en el momento de la reunión mensajes escritos o verbales –amplificados por megafonía o no– por parte de los titulares del derecho de reunión es inescindible de éste, por lo que cualquier prohibición, limitación o imposición gubernativa sobre este punto ha de incidir de modo ineludible sobre el derecho de reunión, y ello con independencia de que, como en el caso, la imposición no afecte a la fecha, lugar, duración o itinerario de la manifestación. Lo cierto es que al fin de la emisión o intercambio de ideas, mensajes, reivindicaciones, aspiraciones, denuncias o adhesiones entre manifestantes y ciudadanos son imaginables una multiplicidad de medios materiales. Su libre utilización, siempre que no suponga una desnaturalización del contenido del derecho fundamental y a salvo los límites constitucionales a los que hemos hecho referencia y que inmediatamente analizaremos, debe considerarse amparada igualmente por el derecho del artículo 21.1 CE».

(STC 195/2003, de 27 de octubre. Recurso de amparo 6344/2001. Ponente: D.<sup>a</sup> María Emilia Casas Baamonde, «BOE» de 26 de noviembre de 2003)

## ARTÍCULO 24.1

*Derecho a la tutela judicial efectiva. Acceso al proceso*

«Como se dijo en la STC 311/2000, de 18 de diciembre (FJ 3), “el primer contenido, en un orden lógico y cronológico, del derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales que reconoce el artículo 24.1 CE es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso para poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas (STC 220/1993, de 30 de junio, FJ 3). No se trata, sin embargo, de un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, ni tampoco de un derecho absoluto e incondicionado a la prestación jurisdiccional, sino de un derecho a obtener la misma por los cauces procesales existentes y con sujeción a una concreta ordenación legal. En cuanto derecho de prestación legal es conformado por las normas legales. Éstas determinan su alcance y contenido y establecen los presupuestos y requisitos para su ejercicio, las cuales pueden establecer límites al pleno acceso a la jurisdicción siempre que obedezcan a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos (SSTC 140/1993, de 19 de abril, FJ 6, y 12/1998, de 15 de enero, FJ 4, entre otras). De este modo, el derecho a la tutela judicial efectiva puede verse conculcado por aquellas normas que impongan condiciones impeditivas u obstaculizadoras del acceso a la jurisdicción, siempre que los obstáculos legales sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador en el marco de la Constitución (SSTC 4/1988, de 12 de enero, FJ 5; 141/1988, de 29 de junio, FJ 7). También puede verse conculcado el derecho de acceso a la tutela por aquellas interpretaciones de las normas que son manifiestamente erróneas, irrazonables o basadas en criterios que por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquella causa preserva y los intereses que se sacrifican, de forma que la negación de la concurrencia del presupuesto o requisito en cuestión sea arbitraria o irrazonable (por todas, STC 35/1999, de 22 de marzo, FJ 4 y las en él citadas). La apreciación de las causas legales que impiden un pronunciamiento sobre el fondo de las pretensiones deducidas corresponde, con carácter general, a los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la función que les es propia *ex* artículo 117.3 CE, no siendo, en principio, función del Tribunal Constitucional revisar la legalidad aplicada. Sin embargo, corresponde a este Tribunal, como garante último del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, examinar los motivos y argumentos en que se funda la decisión judicial que inadmite la demanda o que de forma equivalente elude pronunciarse sobre el fondo del asunto planteado. Y ello, como es obvio, no para suplantarse la función que a los Jueces y Tribunales compete para interpretar las normas jurídicas a los casos concretos controvertidos, sino para comprobar si el motivo apreciado está constitucionalmente justificado y guarda proporción con el fin perseguido por la norma en que se funda. Dicho examen permite, en su caso, reparar en esta vía de amparo, no sólo la toma en consideración de una causa que no tenga cobertura legal, sino también, aun existiendo ésta, la aplicación o interpretación que sea arbitraria o infundada, o resulte de un error patente que tenga relevancia constitucional o que no satisfaga las exigencias de proporcionalidad inherentes a la restricción del derecho fundamental (SSTC 321/1993, de 8 de noviembre, FJ 3; 48/1998, de 2 de marzo, FJ 3 y 35/1999, de 22 de marzo, FJ 4, entre otras muchas). Más concretamente, a propósito de la falta de legitimación activa, este Tribunal Constitucional tiene declarado que, al conceder el artículo 24.1 CE el derecho a

la tutela judicial efectiva a todas las personas que son titulares de derechos e intereses legítimos, están imponiendo a los Jueces y Tribunales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las Leyes procesales utilicen en orden a la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales (SSTC 24/1987, de 25 de febrero, FJ 2; 93/1990, de 23 de mayo, FJ 2; 195/1992, de 16 de noviembre, FJ 2), circunscribiéndose la función de este Tribunal Constitucional a comprobar que las limitaciones establecidas, en su caso, por el legislador en la determinación de los legitimados activamente para hacer valer una pretensión respetan el contenido del derecho a acceder a la jurisdicción y resultan proporcionadas a la consecución de finalidades constitucionalmente lícitas (SSTC 10/1996, de 29 de enero, FJ 3; 12/1996, de 20 de enero, FJ 3), así como a censurar aquellas apreciaciones judiciales de falta de legitimación que carezcan de base legal o supongan una interpretación arbitraria, irrazonable o excesivamente restrictiva de la disposición legal aplicable al caso contrario a la efectividad del derecho fundamental (SSTC 285/1993, de 4 de octubre, FJ 2, y 34/1994, de 31 de enero, FJ 3, entre otras muchas, y AATC 136/1991, de 30 de abril; 250/1993, de 19 de julio; 252/1993, de 19 de julio). Finalmente, hemos dicho que el artículo 24.1 CE impone que cualquier derecho o interés legítimo obtenga tutela efectiva de los Jueces y Tribunales (SSTC 71/1991, de 8 de abril, FJ 3, y 210/1992, de 30 de noviembre, FJ 3)».

(STC 166/2003, de 29 de septiembre. Recurso de amparo 1616/2000. Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, «BOE» de 23 de octubre de 2003)

«Estamos ante el acceso a la jurisdicción, ámbito en el que, como este Tribunal viene señalando desde la STC 37/1995, de 7 de febrero, el control constitucional de las decisiones de inadmisión o de no pronunciamiento sobre el fondo ha de verificarse de forma especialmente intensa, dada la vigencia aquí del principio *pro actione* (SSTC 36/1997, de 25 de febrero, FJ 3; 145/1998, de 30 de junio, FJ 2; 235/1998, de 14 de diciembre, FJ 2; 35/1999, de 22 de marzo, FJ 4; 39/1999, de 22 de marzo, FJ 7; 63/1999, de 26 de abril, FJ 2; 157/1999, de 14 de septiembre, FJ 2; 158/2000, de 12 de junio, FJ 5; 16/2001, de 29 de enero, FJ 4). Tal principio es de obligada observancia por los Jueces y Tribunales e impide que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los requisitos establecidos legalmente para acceder al proceso “eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida” (SSTC 8/1998, de 13 de enero, FJ 3; 38/1998, de 17 de febrero, FJ 2; 63/1999, de 26 de abril, FJ 2; 122/1999, de 28 de junio, FJ 2; 157/1999, de 14 de septiembre, FJ 2; 158/2000, FJ 5; 10/2001, de 29 de enero, FJ 4; 16/2001, de 29 de enero, FJ 4).

Conviene, no obstante, recordar también que, como este Tribunal viene señalando, el principio *pro actione* no debe entenderse como “la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión o [...] a la resolución del problema de fondo de entre todas las posibles de las normas que la regulan” (SSTC 88/1997, de 5 de mayo, FJ 2; 207/1998, de 26 de octubre, FJ 3; 63/1999, de 26 de abril, FJ 2; 78/1999, de 26 de abril, FJ 2; 122/1999, de 28 de junio, FJ 2; 195/1999, de 25 de octubre, FJ 2; 3/2001, de 15 de enero, FJ 5; ATC 226/1998, de 26 de octubre, FJ 2), ya que “esta exigencia llevaría al Tribunal Constitucional a entrar en cuestiones de legalidad procesal que corresponden a los Tribunales ordinarios” (SSTC 207/1998, FJ 2; 63/1999, FJ 2; 78/1999, FJ 3)».

(STC 168/2003, de 29 de septiembre. Recurso de amparo 3216/2000. Ponente: D. Pablo Cachón Vidal, «BOE» de 23 de octubre de 2003)

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Baremos de indemnizaciones en accidentes de tráfico*

«Para que la tasación conforme a las previsiones contenidas en el apartado B) de la tabla V del anexo de la Ley 30/1995, a la hora de indemnizar a las víctimas de accidentes de circulación por las lesiones productoras de incapacidad temporal, vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 CE, es menester que concurren dos requisitos, a modo de inexcusables premisas, a saber: a) que el daño determinante de la incapacidad temporal tenga causa exclusiva en la culpa relevante, en su caso judicialmente declarada, del conductor o agente causante del hecho lesivo; y b) que en el oportuno proceso en que se ejercite la pretensión resarcitoria, la fijación del *quantum* indemnizatorio reclamado, en función de las alegaciones y de las pruebas practicadas en el juicio, se vea impedida por la estricta aplicación del módulo legal del apartado B) de la referida tabla V del anexo, de tal manera que se haga prevalecer este último sobre el resultado cuantitativo superior procesalmente acreditado.

Solamente, pues, concurriendo ambos requisitos podremos concluir que la aplicación judicial del sistema tasado o de baremación, para indemnizar las lesiones determinantes de incapacidad temporal, impide la adecuada individualización del daño sufrido y produce, en consecuencia, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el artículo 24.1 de nuestra Constitución».

(STC 156/2003, de 15 de septiembre. Recurso de amparo 1017/1998. Ponente: D. Pablo García Manzano, «BOE» de 9 de octubre de 2003. En el mismo sentido, STC 134/2003, de 30 de junio. Recurso de amparo 3639/2001. Ponente: D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Emilia Casas Baamonde, «BOE» de 30 de julio de 2003)

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Cómputo de plazos procesales*

«Constituye reiterada doctrina de este Tribunal que el cómputo de los plazos procesales es cuestión de mera legalidad ordinaria que, no obstante, puede adquirir dimensión constitucional cuando la decisión judicial suponga la inadmisión de un proceso o de un recurso, o la pérdida de algún trámite u oportunidad procesal prevista en el ordenamiento jurídico para hacer valer los propios derechos o intereses de parte con entidad suficiente para considerar que su omisión es determinante de indefensión, siempre que tal decisión haya sido adoptada partiendo de un cómputo en el que sea apreciable error patente, fundamentación insuficiente, irrazonable o arbitraria o se haya utilizado un criterio interpretativo desfavorable para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, consagrado en el artículo 24.1 CE (SSTC 1/1989, de 16 de enero, FJ 3; 201/1992, de 19 de noviembre, FJ 2; 220/1993, de 30 de junio, FJ 4; 322/1993, de 8 de noviembre, FJ 3; 191/1997, de 10 de noviembre, FJ único; 215/1997, de 27 de noviembre, FJ único; 89/1999, de 26 de mayo, FFJJ 3 y 4; y 133/2000, de 16 de mayo, FJ 3, entre otras muchas)».

(STC 165/2003, de 29 de septiembre. Recurso de amparo 5008/1999. Ponente: D. Pablo García Manzano, «BOE» de 23 de octubre de 2003)

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Cosa juzgada. Intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes*

«En relación con la intangibilidad de la cosa juzgada este Tribunal ha sostenido de manera reiterada y uniforme que una de las proyecciones del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 CE es la que se concreta en

el derecho a que las resoluciones judiciales alcancen la eficacia querida por el Ordenamiento; eficacia que supone, tanto el derecho a que se ejecuten en sus propios términos, como el de que se respete la firmeza de las situaciones jurídicas declaradas, sin perjuicio de que se haya previsto legalmente su eventual modificación o revisión a través de determinados cauces extraordinarios. Como recordábamos en la STC 151/2001, “en otro caso, es decir, si se desconociera el efecto de la cosa juzgada material, se privaría de eficacia a lo que se decidió con firmeza en el proceso, lesionándose así la paz y seguridad jurídicas de quien se vio protegido judicialmente por una Sentencia dictada en un proceso anterior entre las mismas partes (SSTC 77/1983, de 3 de octubre; 159/1987, de 26 de octubre; 119/1988, de 20 de junio; 189/1990, de 26 de noviembre; 242/1992, de 21 de diciembre; 135/1994, de 9 de mayo; 87/1996, de 21 de mayo; 106/1999, de 14 de junio; 190/1999, de 25 de octubre; y 55/2000, de 28 de febrero)” (FJ 3 *ab initio*).

En la misma resolución hacíamos notar que tal efecto de cosa juzgada material, “no sólo puede producirse con el desconocimiento por un órgano judicial de lo resuelto por otro en supuestos en que concurren las identidades propias de la cosa juzgada (art. 1252 CC); también se produce cuanto se desconoce lo resuelto por sentencia firme en el marco de procesos que examinan cuestiones que guardan aquella una relación de estricta dependencia, aunque no sea posible apreciar el efecto mencionada en el referido artículo 1252 CC (SSTC 171/1991, de 16 de septiembre, FJ 7; 219/2000, de 18 de septiembre, FJ 5). No se trata sólo de una cuestión que afecte a la libertad interpretativa de los órganos jurisdiccionales, sino de salvaguardar la eficacia de una resolución judicial que habiendo adquirido firmeza ha conformado la realidad jurídica de una forma cualificada que no puede desconocerse por otros órganos juzgadores sin reducir a la nada la propia eficacia de aquella. La intangibilidad de lo decidido en resolución judicial firme, fuera de los casos legalmente establecidos, es, pues, un efecto íntimamente conectado con la efectividad de la tutela judicial, tal como se consagra en el artículo 24.1 CE, de tal suerte que éste resuelta también desconoció cuando aquella lo es, siempre y cuando el órgano jurisdiccional conociese la existencia de la resolución firme que tan profundamente afecta a lo que haya de ser resuelto (lo que indudablemente sucederá cuando la parte a quien interese la aporte a los autos), tal y como puso de manifiesto la STC 182/1994, de 20 de junio (FJ 3), y corroboró, con posterioridad, la STC 190/1999, de 25 de octubre (FJ 4)” (*ibidem*, FJ 3. *Vid* también STC 135/2002, de 3 de junio, FJ 6)».

(STC 200/2003, de 10 de noviembre. Recurso de amparo 3503/2001. Ponente: D.ª Elisa Pérez Vera, «BOE» de 11 de diciembre de 2003)

«Es preciso traer a colación la reiterada doctrina de este Tribunal, que constituye ya un cuerpo jurisprudencial consolidado, sobre el derecho a la intangibilidad, invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales como vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva, recogida, entre las más recientes, en las SSTC 69/2000, de 13 de marzo, FJ 2; 159/2000, de 12 de junio, FJ 3; 111/2000, de 5 de mayo, FJ 12; 262/2000, de 30 de octubre, FFJJ 2 y 3; 286/2000, de 27 de noviembre, FJ 2; 59/2001, de 26 de febrero, FJ 2; 140/2001, de 18 de junio, FFJJ 3 a 7; 216/2001, de 29 de octubre, FJ 2; 187/2002, de 14 de octubre, FJ 6; y 163/2003, de 29 de septiembre, FJ 4. Aunque la protección de la integridad de las resoluciones judiciales firmes se conecta dogmáticamente con el principio de seguridad jurídica que nuestra Constitución protege en su artículo 9.3, existe una innegable conexión entre la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, pues si éste comprende la ejecución de los fallos judiciales, su presupuesto lógico ha de ser el principio de la inmodificabilidad de las

resoluciones judiciales firmes, que así entra a formar parte de las garantías que el artículo 24.1 CE consagra (SSTC 119/1988, de 4 de junio, FJ 2; 23/1996, de 13 de febrero, FJ 2). El derecho a la tutela judicial efectiva asegura, por tanto, a los que son o han sido parte en el proceso que las resoluciones judiciales dictadas en el mismo no pueden ser alteradas o modificadas fuera de los cauces legales previstos para ello, de modo que si el órgano judicial las modificara al margen del correspondiente recurso establecido al efecto por el legislador quedaría vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que la protección judicial carecería de eficacia si se permitiese reabrir un proceso ya resuelto por Sentencia firme. De esta manera el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 CE actúa como límite que impide a los Jueces y Tribunales variar o revisar las resoluciones judiciales firmes al margen de los supuestos y casos taxativamente previstos por la Ley (SSTC 119/1988, de 20 de junio, FJ 2; 231/1991, de 10 de diciembre, FJ 5; 19/1995, de 24 de enero, FJ 2; 48/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 218/1999, de 29 de noviembre, FJ 2; 262/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 140/2001, de 18 de junio, FJ 3).

El derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE protege y garantiza la eficacia de la cosa juzgada material, en su aspecto positivo o prejudicial, impidiendo que los Tribunales, en un proceso seguido entre los mismos sujetos, puedan desconocer o contradecir las situaciones jurídicas declaradas o reconocidas en una Sentencia que haya adquirido firmeza, efecto que se produce cuando se desconoce lo resuelto en Sentencia firme, en el marco de procesos que examinan cuestiones que guardan con aquéllas un relación de estricta dependencia. No se trata sólo de una cuestión que afecte a la libertad interpretativa de los órganos jurisdiccionales, sino de salvaguardar la eficacia de una resolución judicial firme (STC 163/2003, de 29 de septiembre, FJ 4), debiendo tenerse muy presente, por lo demás, que la determinación del alcance que quepa atribuir a la cosa juzgada constituye una cuestión que corresponde a la estricta competencia de los órganos judiciales, por lo que sus decisiones en esta materia sólo son revisables en sede constitucional si resultan incongruentes, arbitrarias o irrazonables (SSTC 242/1992, de 21 de diciembre, FJ 3; 92/1993, de 15 de marzo, FJ 3; 135/1994, de 9 de mayo, FJ 2; 43/1998, de 24 de febrero, FJ 4; 15/2002, de 28 de enero, FJ 3; 156/2002, de 23 de julio, FJ 3)».

(STC 204/2003, de 1 de diciembre. Recurso de amparo 2912/1999. Ponente: D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, «BOE» de 8 de enero de 2004)

Ver, también, comentario de jurisprudencia del artículo 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Deber de motivación en la individualización de la pena*

«Sobre el particular hemos de traer a colación la reiterada doctrina de este Tribunal sobre el deber de motivación de las resoluciones judiciales cuando el Juzgador haga uso de las facultades legales de individualización de la pena, recogida más recientemente en la STC 20/2003, de 10 de febrero (FFJJ 5 y 6). De conformidad con dicha doctrina el derecho a la tutela judicial efectiva, en su dimensión de necesidad de motivación de las resoluciones jurisdiccionales, implica que las decisiones judiciales deben exteriorizar los elementos del juicio sobre los que se basan y que su fundamentación jurídica ha de ser una aplicación no irracional, arbitraria o manifiestamente errónea de la legalidad (por todas, STC 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6), resultando reforzada esta obligación de motivación en los supuestos de resoluciones

judiciales en el ámbito penal por la trascendencia de los derechos fundamentales implicados en ese tipo de procedimientos (por todas, SSTC 5/2002, de 14 de enero, FJ 2; 209/2002, de 11 de noviembre, FFJJ 3 y 4). El fundamento de dicha exigencia de motivación se encuentra en la necesidad, por un lado, de exteriorizar las reflexiones que han conducido al fallo, como factor de racionalidad en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, que paralelamente potencia el valor de la seguridad jurídica, de manera que sea posible lograr el convencimiento de las partes en el proceso respecto de la corrección y justicia de la decisión; y, por otro, de garantizar la posibilidad de control de la resolución por los Tribunales superiores mediante los recursos que procedan, incluido este Tribunal a través del recurso de amparo (por todas, STC 139/2000, de 29 de mayo, FJ 4).

Más concretamente, en relación con la exigencia del deber de motivación en los casos de individualización de la pena este Tribunal en diversos pronunciamientos ha apuntado la necesidad de motivación de la determinación concreta de la pena (SSTC 193/1996, de 26 de noviembre, FJ 3; 43/1997, de 10 de marzo, FJ 6), aunque también destacara que los datos básicos del proceso de individualización de la pena debían inferirse de los hechos probados, sin que fuera constitucionalmente exigible ningún ulterior razonamiento que los tradujera en una cuantificación de pena exacta, dada la imposibilidad de sentar un criterio que mida lo que, de suyo, no es susceptible de medición (STC 47/1998, de 2 de marzo, FJ 6). Pues bien, a partir de la STC 59/2000, de 2 de marzo, declaró que la obligación de motivar cobra especial relieve en supuestos en los que la condena es superior a la solicitada por las acusaciones en el proceso (FJ 4). Dicho razonamiento, que condujo a la estimación del amparo en aquel supuesto, ha sido posteriormente reiterado en diversas ocasiones (SSTC 75/2000, de 27 de marzo; 76/2000, de 27 de marzo; 92/2000, de 10 de abril; 122/2002, de 16 de mayo; 139/2000, de 29 de mayo; 221/2001, de 31 de octubre; 20/2003, de 10 de febrero).

El fundamento de extender el deber reforzado de motivación a las decisiones judiciales adoptadas en virtud de una facultad discrecional reconocida al Juez Penal se encuentra en que el margen de discrecionalidad del que legalmente goza el Juez no constituye por sí mismo justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sino que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente por la exigencia de que la resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a su control posterior en evitación de toda arbitrariedad (STC 108/2001, de 23 de abril, FJ 4). De este modo también en el ejercicio de las facultades discrecionales que tiene reconocidas legalmente el Juez penal en la individualización de la pena es exigible constitucionalmente, como garantía contenida en el derecho a la tutela judicial efectiva, que se exterioricen las razones que conducen a la adopción de la decisión, muy especialmente cuando la pena impuesta sea mayor a la solicitada por las acusaciones, como reflejo del principio acusatorio implícito en el artículo 24 CE (STC 20/2003, de 10 de febrero, FJ 6)».

(STC 136/2003, de 30 de junio. Recurso de amparo 1384/2002. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas, «BOE» de 30 de julio de 2003. En el mismo sentido, STC 20/2003, de 10 de febrero. Recurso de amparo 1388/99. Ponente: D.<sup>a</sup> Elisa Pérez Vera, «BOE» de 5 de marzo de 2003)

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a obtener una respuesta fundada en Derecho. Motivación*

«La obligación de motivar las Sentencias, que el artículo 120.3 CE impone a los órganos judiciales, se integra como una de las garantías protegidas en el derecho a la

tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), entendida como el derecho a obtener una resolución razonablemente fundada en Derecho, que entronca de forma directa con el principio del Estado democrático de Derecho (art. 1 CE) y con una concepción de la legitimidad de la función jurisdiccional sustentada esencialmente en el carácter vinculante que para todo órgano jurisdiccional reviste la Ley (art. 117.1 y 3 CE; SSTC 55/1987, de 13 de mayo, FJ 1; 24/1990, de 15 de febrero, FJ 4; 22/1994, de 27 de enero, FJ 2). Esta garantía tiene como finalidad última la interdicción de la arbitrariedad, ya que mediante ella se introduce un factor de racionalidad en el ejercicio del poder que, paralelamente, potencia el valor de la seguridad jurídica y constituye un instrumento que tiende a garantizar la posibilidad de control de la resolución por los Tribunales superiores mediante los recursos que procedan, incluido el que compete a este Tribunal a través del recurso de amparo (SSTC 55/1987, de 13 de mayo, FJ 1; 22/1994, de 27 de enero, FJ 2; 184/1995, de 12 de diciembre, FJ 2; 47/1998, de 2 de marzo, FJ 5; 139/2000, de 29 de mayo, FJ 4; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6).

De esta garantía deriva, en primer lugar, que la resolución ha de exteriorizar los elementos y razones de juicio que fundamentan la decisión (SSTC 122/1991, de 3 de junio, FJ 2; 5/1995, de 10 de enero, FJ 3; 58/1997, de 18 de marzo, FJ 2), y, en segundo lugar, que el fundamento de la decisión ha de constituir la aplicación no arbitraria, ni manifiestamente irrazonable, ni fruto de un error patente, de la legalidad (entre muchas SSTC 23/1987, de 23 de febrero, FJ 3; 112/1996, de 24 de junio, FJ 2; 119/1998, de 4 de junio, FJ 2; 25/2000, de 31 de enero, FJ 3). A ello ha de añadirse que, cuando están en juego otros derechos fundamentales, el canon de examen de la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva aparece reforzado (por todas SSTC 25/2000, de 31 de enero, FJ 3; 64/2001, de 17 de marzo, FJ 3). Así, y en particular, en relación con las Sentencias penales, las exigencias de fundamentación se proyectan, no sólo sobre la fijación de los hechos y la calificación jurídica de los mismos (por todas SSTC 27/1993, de 25 de enero, FFJJ 2 y 3; 139/2000, de 29 de mayo, FJ 4), sino también sobre la pena concreta finalmente impuesta (SSTC 193/1996, de 26 de noviembre, FJ 3; 43/1997, de 25 de enero, FJ 2; 47/1998, de 2 de marzo, FJ 6; 59/2000, de 2 de marzo, FJ 4; 139/2000, de 29 de mayo, FJ 4).

Como tiene señalado este Tribunal, la exigencia de motivación, proclamada por el artículo 120.3 CE, constituye una garantía esencial del justiciable mediante la cual es posible comprobar que la decisión judicial es consecuencia de la aplicación razonada del Ordenamiento jurídico y no el fruto de la arbitrariedad (SSTC 116/1986, de 8 de octubre, FJ 5; 109/1992, de 14 de septiembre, FJ 3; 139/2000, de 29 de mayo, FJ 4; 6/2002, de 14 de enero, FJ 3). La carencia de fundamentación constituye un defecto capaz de generar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva si, en atención a las circunstancias concurrentes, la falta de razonamiento de la resolución no puede interpretarse como una desestimación tácita que satisfaga las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 175/1990, de 12 de noviembre, FJ 2; 83/1998, de 20 de abril, FJ 3; 74/1999, de 26 de abril, FJ 2; 67/2000, de 13 de marzo, FJ 3; y 53/2001, de 26 de febrero, FJ 3). En definitiva hemos exigido “que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución pueda deducirse razonablemente, no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino, además, los motivos fundamentadores de la respuesta tácita” (SSTC 26/1997, de 11 de febrero, FJ 4; 104/2002, de 6 de mayo, FJ 3; 236/2002, de 9 de diciembre, FJ 5)».

(STC 57/2003, de 24 de marzo. Recurso de amparo 6764/2000. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez, «BOE» de 16 de abril de 2003)

«Hemos mantenido reiteradamente que el derecho a recibir una resolución “fundada en Derecho” respecto de la pretensión ejercitada es una garantía frente a la arbi-

trariedad y a la irrazonabilidad en la actuación de los poderes públicos (SSTC 131/1990, de 16 de julio, FJ 1, y 112/1996, de 24 de junio, FJ 2), por lo que esta exigencia constitucional no puede entenderse cumplida con cualquier fundamentación. Es preciso, hemos dicho, que en la propia resolución se evidencie que el fundamento de la decisión es “la aplicación no arbitraria de las normas que se consideran adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere ‘arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable’ no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 23/1987, FJ 3; 112/1996, FJ 2, y 119/1998, FJ 2)” (STC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3). También hemos dicho que cuando están en juego otros derechos fundamentales –y entre ellos, desde luego, el derecho a la libertad– la exigencia de motivación cobra particular intensidad, por cuya razón hemos reforzado el canon exigible (entre otras, SSTC 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4; 116/1998, de 2 de junio, FJ 4; 2/1999, de 25 de enero, FJ 2; y 147/1999, ya citada, FJ 3). No obstante, la posibilidad de control de las resoluciones judiciales desde la perspectiva constitucional ha de limitarse a la comprobación de la relación directa y manifiesta existente entre la norma que el juzgador declara aplicable y el fallo de la resolución exteriorizada en su argumentación jurídica (STC 112/1996, ya citada, FJ 2). Dicho de otra forma, el artículo 24.1 de la Constitución no ampara el acierto de las resoluciones judiciales, la selección e interpretación de la norma aplicable corresponde en exclusiva a los órganos judiciales, y el control del Tribunal Constitucional ha de limitarse a aquellos supuestos en los que la resolución judicial sea manifiestamente infundada, arbitraria, irrazonada o irrazonable o fruto de un error patente (SSTC 23/1987, de 23 de febrero, FJ 3, 112/1996, de 24 de junio, FJ 2, y 148/1994, de 12 de mayo, FJ 4)».

(STC 115/2003, de 16 de junio. Recurso de amparo 3391/2000. Ponente: D. Pablo Manuel Cachón Villar, «BOE» de 17 de julio de 2003)

«Es doctrina consolidada de este Tribunal la que sostiene que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 CE garantiza, como contenido primario y esencial, el de obtener de los órganos judiciales competentes una respuesta fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones deducidas por las partes con arreglo a las reglas de procedimiento establecidas en las leyes (SSTC 172/2002, de 20 de septiembre, FJ 3; 103/2003, de 2 de junio, FJ 3, entre muchas otras); respuesta que, no obstante, puede ser también de inadmisión si concurre causa legal para ello y así se aprecia razonadamente por el órgano judicial (SSTC 63/1999, de 26 de abril, FJ 2; 206/1999, de 8 de noviembre, FJ 4; 198/2000, de 24 de julio, FJ 2; 116/2001, de 21 de mayo, FJ 4, entre otras). Asimismo, hemos dicho que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (SSTC 112/1996, de 24 de junio, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 6). Sin embargo, como es sabido, el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE no comprende “un imposible derecho al acierto del Juzgador”, por lo que no corresponde a esta específica jurisdicción constitucional de amparo, que no es una tercera instancia revisora ni tampoco una instancia casacional, “constatar el grado de acierto de una determinada resolución judicial, ni indicar la interpretación que haya de darse a la legalidad ordinaria, función esta última que se atribuye en exclusiva a los órganos judiciales (art. 117.3 CE), pues el recurso de amparo no es un cauce idóneo para corregir posibles errores en la selección, interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico al caso” (SSTC 198/2000, de 24 de julio, FJ 2; 55/2003, de 24 de marzo, por todas). Pero, partiendo de esta premisa general, también hemos señalado que no podría considerarse fundada en Derecho y, por tanto, satisfacer aquel contenido primario del de-

recho fundamental, la respuesta jurisdiccional que sea fruto de un error de hecho patente, de la simple arbitrariedad, o se muestre manifiestamente irrazonada o irrazonable, dado que en estos casos la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia de ejercicio de la justicia (SSTC 87/2000, de 27 de marzo, FJ 3; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6; 55/2003, de 24 de marzo)».

(STC 172/2003, de 29 de septiembre. Recurso de amparo 1979/1999. Ponente: D.<sup>a</sup> María Emilia Casas Baamonde, «BOE» de 23 octubre 2003)

«De acuerdo con la reiterada doctrina de este Tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado en el artículo 24.1 CE, comprende el derecho de los litigantes a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en el proceso que, no obstante, puede ser también de inadmisión si concurre causa legal para ello y así se aprecia razonadamente por el órgano judicial (SSTC 206/1999, de 8 de noviembre, FJ 4; 198/2000, de 24 de julio, FJ 2; 116/2001, de 21 de mayo, FJ 4, entre otras). También hemos dicho que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (SSTC 112/1996, de 24 de junio, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 6), y que implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo, FJ 2; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2); y, en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho (STC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3). Este último aspecto no incluye el derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte al contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva (SSTC 256/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2), no pudiendo concebirse el recurso de amparo como un cauce idóneo para corregir posibles errores en la selección, interpretación y aplicación del Ordenamiento jurídico al caso, so pena de desvirtuar su naturaleza (STC 226/2000, de 2 de octubre, FJ 3). Sin embargo, el derecho que nos ocupa sí conlleva la garantía de que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuera arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 3; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6).

Así pues, un error del órgano judicial sobre los presupuestos fácticos que le han servido para resolver el asunto sometido a su decisión puede determinar una infracción del artículo 24.1 CE; pero para que se produzca tal afección es necesario que concurran determinados requisitos, pues no toda inexactitud o equivocación del órgano judicial adquiere relevancia constitucional. En concreto, este Tribunal ha afirmado, entre otras muchas, en la STC 206/1999, de 8 de noviembre, FJ 4, que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y procede otorgar el amparo cuando la resolución judicial sea el producto de un razonamiento equivocado que no se corresponde con la realidad, por haber incurrido el órgano judicial en un error patente en la determinación y selección del material de hecho o del presupuesto sobre el que se asienta su decisión, produciendo efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano, siempre que se trate de un error que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, y sea determinante de la decisión adopta-

da, constituyendo el soporte único o básico (*ratio decidendi*) de la resolución, de forma que no pueda saberse cuál hubiera sido el criterio del órgano judicial de no haber incurrido en dicho error».

(STC 173/2003, de 29 de septiembre. Recurso de amparo 4999/2001. Ponente: D.ª Elisa Pérez Vera, «BOE» de 23 de octubre de 2003)

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho a obtener una respuesta fundada en Derecho. Uso de modelos en resoluciones judiciales*

«Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la utilización de resoluciones “modelo” o “tipo”, incluso impresas, convalidándola constitucionalmente en la medida en que el empleo de tales medios no es necesariamente contrario a la tutela judicial efectiva, pues no impide, de suyo, la consideración correcta o completa del caso propuesto, con una congruente respuesta al objeto del recurso, pues peticiones idénticas pueden recibir respuestas idénticas sin que la reiteración en la fundamentación suponga ausencia de ésta, debiendo analizarse el caso concreto para determinar la suficiencia de la respuesta ofrecida. Dicho de otro modo, tal utilización es admisible siempre que la resolución en la que se haya utilizado el modelo impreso o formulario constituya una respuesta –incluida su motivación– que satisfaga las exigencias constitucionales (SSTC 74/1990, de 23 de abril, FJ 3; 8/2002, de 14 de enero, FJ 5).

Hemos sostenido ciertamente que al Juzgador no le es exigible una determinada extensión de la motivación jurídica, ni un razonamiento explícito, exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión sobre la que se pronuncia la decisión judicial, pero sí es obligado, desde el prisma del artículo 24.1 CE, que las resoluciones judiciales vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundadores de la decisión, o, lo que es lo mismo, su *ratio decidendi* (SSTC 196/1988, de 24 de octubre, FJ 2; 215/1998, de 11 de noviembre, FJ 3; 68/2002, de 21 de marzo, FJ 4; 128/2002, de 3 de junio, FJ 4; 119/2003, de 16 de junio, FJ 3)».

(STC 223/2003, de 15 de diciembre. Recurso de amparo 2581/2001. Ponente: D. Pablo Manuel Cachón Villar, «BOE» de 20 de enero de 2004).

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho de acceso a los recursos. Admisibilidad de recurso contra los fundamentos jurídicos (y no el fallo) de una resolución*

«No parece que pueda discutirse que para que proceda utilizar un recurso contra una resolución judicial es preciso que la misma genere un perjuicio para el recurrente. Entendido así, la configuración del gravamen como presupuesto de un recurso (con independencia de la concreta naturaleza jurídica de tal presupuesto y, en particular, de su relación con la legitimación para recurrir) resulta constitucionalmente inobjetable. Incluso así ha tenido ocasión de afirmarlo este Tribunal, como ocurrió en la citada STC 165/1987, de 27 de octubre (FJ 2), donde se aludía expresamente, reconociendo su corrección constitucional, al principio procesal, de tradicional arraigo en nuestro Ordenamiento jurídico, según el cual sólo tienen acción para recurrir las resoluciones judiciales aquellos que hayan sufrido agravio en el juicio. Más concretamente, en lo que ahora interesa, éste debe ser el sentido tanto de la STC 79/1987, de 27 de mayo (FJ 2), como de la STC 51/1991, de 11 de marzo (FJ 3), al afirmar que desde el punto de vista constitucional no merece crítica la tesis de que no puede

recurrir, por carecer de interés, el procesado absuelto que pretenda meramente una revisión de los fundamentos de la resolución, pero no inste una alteración de la parte dispositiva de la misma de la que no derive perjuicio alguno para él.

Ahora bien, tal consideración no resuelve la cuestión aquí planteada. El verdadero núcleo de la misma se halla en la determinación de si es preciso, como supuesto del recurso, que el perjuicio que el recurrente sufra derive precisamente de la parte dispositiva de la resolución judicial. Y, como hemos adelantado, nuestro sistema procesal no permite mantener semejante solución. En este sentido, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que es perfectamente imaginable la existencia de supuestos en los que las declaraciones de la resolución judicial, contenidas en su fundamentación jurídica, generen un perjuicio para el recurrente, con independencia absoluta del contenido de tal parte dispositiva. Y, sobre esta base, no existe razón alguna para negar, con carácter general, que la vía de los recursos pueda ser utilizada para la impugnación de aquellas declaraciones, so pretexto de una pretendida concepción de los recursos como limitados a aquellas pretensiones que tengan por objeto la alteración de la parte dispositiva de la resolución judicial recurrida, concepción limitada que no encuentra un fundamento jurídico que la sostenga, máxime teniendo en cuenta que con la misma se están restringiendo las posibilidades de tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de las personas y, en consecuencia, afectando a un derecho fundamental de las mismas, el reconocido en el artículo 24.1 CE».

(STC 157/2003, de 15 de septiembre. Recurso de amparo 2235/1998. Ponente: D. Pablo García Manzano, «BOE» de 9 de octubre de 2003)

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Incongruencia*

«En relación con la incongruencia cabe decir que, por lo general (por todas, SSTC 80/2001, de 26 de marzo, FJ 2, y 227/2002, de 9 de diciembre, FJ 2), no concurre un problema de relevancia constitucional cuando los órganos judiciales se limitan a responder a las pretensiones que se le sometieron en el recurso sin proceder a una integración con aquellas otras que no reiteradas en ese grado sucesivo formaban parte, sin embargo, del objeto del proceso. Así ocurre singularmente en el recurso de suplicación, de carácter extraordinario (SSTC 18/1993, de 18 de enero, FJ 3; y 294/1993, de 18 de octubre, FJ 3), en el que los términos del debate vienen fijados por el escrito de interposición del recurrente y la impugnación que del mismo haga, en su caso, el recurrido (por todas, SSTC 5/1986, de 21 de enero, FJ 2; 49/1992, de 2 de abril, FFJJ 5 y 6; 231/1992, de 14 de diciembre, FJ 3; 90/1993, de 15 de marzo, FJ 5; 124/1994, de 25 de abril, FJ 2, y 227/2002, de 9 de diciembre, FJ 2).

Puede darse por el contrario, en ocasiones, una vulneración del artículo 24.1 CE. Las principales situaciones detectadas hasta el momento en la jurisprudencia constitucional son las siguientes:

a) La primera se refiere a los asuntos en los que, pese a aquella falta de reiteración de la petición subsidiaria en los sucesivos grados jurisdiccionales, la configuración legal del recurso de que se trate obliga a dar respuesta a todas las cuestiones controvertidas que fueran objeto del litigio (como ocurría en el supuesto resuelto por nuestra STC 53/1991, de 11 de marzo, en relación con la casación por infracción de Ley), lo que implicará entonces, en defecto de una respuesta judicial completa, un vicio de incongruencia.

[.../...]

b) La segunda situación a la que debemos hacer referencia se encuadra ya en los perfiles ordinarios que caracterizan la obligación de congruencia de las resolucio-

nes judiciales. Como decía por todas nuestra STC 91/2003, de 19 de mayo, FJ 2, una consolidada jurisprudencia que arranca al menos de la STC 20/1982, de 5 de mayo, ha definido el vicio de incongruencia omisiva o *ex silentio* como un “desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos, o cosa distinta de lo pedido” (SSTC 136/1998, de 29 de junio, y 29/1999, de 8 de marzo) que entraña una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva siempre y cuando esa desviación “sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos por los que discorra la controversia procesal” (SSTC 215/1999, de 29 de noviembre, y 5/2001, de 15 de enero). Lo que en el supuesto de la incongruencia omisiva o *ex silentio*, que aquí particularmente importa, se produce cuando “el órgano judicial deja sin respuesta alguna de las cuestiones planteadas por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita, cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, pues la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva no exige una respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento de la pretensión, pudiendo ser suficiente a los fines del derecho fundamental invocado, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global o genérica a las alegaciones formuladas por las partes que fundamente la respuesta a la pretensión deducida, aun cuando se omita una respuesta singular a cada una de las alegaciones concretas no sustanciales” (SSTC 124/2000, de 16 de mayo; 186/2002, de 14 de octubre, y 6/2003, de 20 de enero).

Por ello hemos advertido igualmente que, para determinar si existe incongruencia omisiva en una resolución judicial, no basta genéricamente con confrontar la parte dispositiva de la Sentencia con el objeto del proceso delimitado por sus elementos subjetivos (partes) y objetivos (causa de pedir y *petitum*), a fin de comprobar si el órgano judicial dejó imprejuizada alguna cuestión, sino que, además, “es preciso ponderar las circunstancias realmente concurrentes en cada caso para determinar si el silencio de la resolución judicial representa una auténtica lesión del artículo 24.1 CE o, por el contrario, puede interpretarse razonablemente como una desestimación tácita que satisface las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva” (SSTC 5/2001, de 15 de enero; 237/2001, de 18 de diciembre, y 27/2002, de 11 de febrero). Pues la exigencia de congruencia “no comporta que el Juez haya de quedar vinculado rígidamente al tenor literal de los concretos pedimentos articulados por las partes en sus respectivos escritos forenses o a los razonamientos o alegaciones jurídicas esgrimidas en su apoyo” (STC 182/2000, de 10 de julio)».

(STC 218/2003, de 15 de diciembre. Recurso de amparo 4079/1999. Ponente: D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, «BOE» de 20 de enero de 2004)

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Inexistencia del derecho a la obtención de condenas penales*

«Ha de partirse de la reiterada doctrina de este Tribunal conforme a la cual que la Constitución no otorga ningún derecho fundamental a obtener condenas penales (por todas, SSTC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 4; 41/1997, de 27 de febrero, FFJJ 4 y 5; 178/2001, de 17 de septiembre, FJ 3; y 81/2002, de 22 de abril, FJ 2). Ahora bien, como también hemos precisado, ello no implica que “quien vea lesionados sus derechos fundamentales, y en general sus intereses, no tenga derecho, en los términos que prevea la legislación procesal pertinente, a acudir a un procedimiento judicial para la defensa de los mismos”. En efecto, “[e] *ius ut procedatur*” que para la

víctima de un delito se deduce de lo anterior no puede, pues, quedar reducido a un mero impulso del proceso o una mera comparecencia en el mismo, sino que de él derivan con naturalidad y necesidad los derechos relativos a las reglas esenciales del desarrollo del proceso” (STC 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2)».

(STC 93/2003, de 19 de mayo. Recurso de amparo 6857/2000. Ponente: D.<sup>a</sup> Elisa Pérez Vera, «BOE» de 10 de junio de 2003)

### *Derecho a la tutela judicial efectiva. Interdicción de la reformatio in peius*

«Debe subrayarse, en primer término, que la interdicción de la reforma peyorativa, si bien no está expresamente enunciada en el artículo 24 CE, representa un principio procesal que, a través del régimen de garantías legales de los recursos, integra el derecho a la tutela judicial efectiva, conectándose con las exigencias derivadas de la prohibición constitucional de indefensión (entre otras, SSTC 54/1985, de 18 de abril, FJ 7; 116/1988, de 20 de junio, FJ 2, 56/1999, de 12 de abril, FJ 2).

Este Tribunal ya ha tenido ocasión de declarar en numerosas ocasiones que la *reformatio in peius* “tiene lugar cuando el recurrente, en virtud de su propio recurso, ve empeorada o agravada la situación creada o declarada en la resolución impugnada, de modo que lo obtenido con la resolución que decide el recurso es un efecto contrario al perseguido por el recurrente, que era, precisamente, eliminar o aminorar el gravamen sufrido con la resolución objeto de impugnación” (SSTC 9/1998, de 13 de enero, FJ 2; 196/1999, de 25 de octubre, FJ 3). Por ello, “la interdicción de la *reformatio in peius* es una garantía procesal del régimen de los recursos que encuentra encaje en el principio dispositivo y en la interdicción de la indefensión que consagra el artículo 24.1 CE (AATC 304/1984, de 23 de mayo; 701/1984, de 21 de noviembre), pues, de admitirse que los órganos judiciales pueden modificar de oficio, en perjuicio del recurrente, la resolución impugnada por éste, se introduciría un elemento disuasorio para el ejercicio del derecho constitucional a los recursos legalmente establecidos en la Ley, que es incompatible con la tutela judicial efectiva sin resultado de indefensión, que vienen obligados a prestar los órganos judiciales en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 24.1 CE (STC 114/2001, de 7 de mayo, FJ 4, por todas)”.

Asimismo, hemos dicho en la STC 17/2000, de 31 de enero, FJ 4, que la reforma peyorativa “es una manifestación de la interdicción de indefensión que establece el artículo 24 CE, y una proyección de la congruencia en el segundo o posterior grado jurisdiccional, en vía de recurso, lo cual incluye la prohibición de que el órgano judicial *ad quem* exceda los límites en que esté formulado el recurso, acordando una agravación de la Sentencia impugnada que tenga origen exclusivo en la propia interposición de éste”.

Así pues, la reforma peyorativa sólo adquiere relevancia constitucional en tanto se manifiesta como forma de incongruencia determinante de una situación de indefensión (entre otras, SSTC 17/2000, de 31 de enero; 238/2000, de 16 de octubre y 241/2000, de 16 de octubre). Y, en todo caso, el empeoramiento de la situación del recurrente ha de resultar de su propio recurso, “sin mediación de pretensión impugnatoria de la otra parte, y con excepción del daño que derive de la aplicación de normas de orden público, cuya recta aplicación es siempre deber del Juez, con independencia de que sea o no pedida por las partes” (SSTC 241/2000, de 16 de octubre, FJ 2, y 114/2001, de 7 de mayo, FJ 4).

(...)

La STC 84/1985, de 8 de julio, FJ 1, interpretó de modo terminante que la reforma peyorativa consiste en la situación que se produce cuando la condición jurídica de un recurrente resulta empeorada a consecuencia exclusivamente de su recurso, y señala cómo la misma se refleja en el artículo 902 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal según el cual la nueva Sentencia que se dicte (en aquel caso se trataba de una Sentencia de casación) no impondrá pena superior a la señalada en la Sentencia impugnada o a la que correspondería conforme a las peticiones del recurrente si se solicitó pena mayor. En definitiva, la Sentencia que se cita vino a concluir en la idea general de que el principio acusatorio impide al Juez penal de segunda instancia modificar de oficio la Sentencia agravando la pena si sólo fue apelante el condenado y tanto la víctima del delito como el Fiscal se aquietaron.

5. Este efecto es el que, según la doctrina expuesta, tiene relevancia constitucional y debe prevalecer respecto incluso del de estricta sumisión del Juez a la ley para corregir de oficio en la alzada errores evidentes en la aplicación hecha de la misma en la Sentencia; lo cual agrega al principio de la *no* reforma peyorativa el nuevo matiz de la seguridad jurídica del condenado sobre la inmutabilidad de la Sentencia en su perjuicio si no media recurso de parte contraria. En efecto, lo que juega, con relevancia constitucional, es la agravación del resultado que tal decisión de oficio determina, aunque fuere absolutamente evidente su procedencia legal, de suerte que queda así constitucionalizado el principio de la *no* reforma peyorativa y fundado no sólo en el juego del principio acusatorio, sino en el de la garantía procesal derivada de una Sentencia penal no impugnada de contrario (STC 153/1990, de 15 de octubre, FJ 5).

(STC 28/2003, de 10 de febrero. Recurso de amparo 5599/2000. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo, «BOE» de 5 marzo 2003).

### *Principio acusatorio*

«Nuestra doctrina ha afirmado de modo continuado en el tiempo que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, en consecuencia, no ha podido defenderse de modo contradictorio. A estos efectos la pretensión acusatoria se fija en el acto del juicio oral, cuando la acusación o acusaciones establecen sus conclusiones definitivas y se refiere no solamente a la primera instancia, sino también a la fase de apelación (SSTC 12/1981, de 12 de abril, FJ 4; 104/1986, de 17 de julio, FJ 4; 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 3; 4/2002, de 14 de enero, FJ 3; 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 5; y 33/2003, de 13 de diciembre, FJ 4). La razón es que el principio acusatorio admite y presupone el derecho de defensa del imputado y, consecuentemente, la posibilidad de contestación o rechazo de la acusación, como aplicación al proceso penal del principio de contradicción. En consecuencia, al Juez no le está permitido excederse de los términos del debate tal como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual significa en última instancia que ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de las Sentencias (SSTC 53/1987, de 7 de mayo, FJ 2; 17/1988, de 16 de febrero; 47/1991 de 28 de febrero, FJ 1; y 95/1995, de 19 de junio, FJ 2).

En definitiva, fijada la pretensión, el Juzgador está vinculado a los términos de la acusación con un doble condicionamiento, fáctico y jurídico (STC 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 5). Desde la primera de las perspectivas la congruencia exige que ningún hecho o acontecimiento que no haya sido delimitado por la acusación como objeto para el ejercicio de la pretensión punitiva, sea utilizado para ser subsumido como elemento constitutivo de la responsabilidad penal, siempre y cuando se trate de una variación sustancial, pues el Juzgador conserva un relativo margen de autonomía

para fijar los hechos probados de conformidad con el resultado de los medios de prueba incluyendo aspectos circunstanciales siempre que no muten la esencia de lo que fue objeto de controversia en el debate procesal (SSTC 10/1988, de 1 de febrero, FJ 2; 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 3; 302/2000, de 11 de diciembre, FJ 2; y la ya citada 228/2002, FJ 5). Por lo que se refiere a la calificación jurídica, el Juzgador está vinculado también a la sustentada por la o las acusaciones.

Ciertamente, hemos afirmado que el Juez puede condenar por un delito distinto que el sostenido por la acusación o acusaciones siempre y cuando se trate de un delito homogéneo con el que fue objeto de acusación y siempre y cuando no implique una pena de superior gravedad. Por lo tanto, la condena por delito distinto de aquel o aquellos que se formularon en la pretensión acusatoria sólo es constitucionalmente posible si se dan dos circunstancias: una es la identidad del hecho punible, de forma que el mismo hecho señalado por la acusación, que se debatió en el juicio contradictorio y que se declaró probado en la Sentencia de instancia, constituya el supuesto fáctico de la nueva calificación declarada en la sentencia condenatoria. La segunda condición es que ambos delitos, el que sustentó la acusación y el considerado como más correcto por el Tribunal sentenciador en la Sentencia sean homogéneos, es decir, tengan la misma naturaleza, porque el hecho que configura los tipos correspondientes sea sustancialmente el mismo o, en palabras de la STC 134/1986, de 29 de octubre (FJ 1), porque exista "identidad del bien o interés protegido en cuanto hay una porción del acaecer concreto o histórico común en la calificación de la acusación y en la de la sentencia" (en este mismo sentido, SSTC 43/1997, de 10 de marzo, FJ 3; 302/2000, de 11 de diciembre, FJ 2; 118/2001, de 21 de mayo, FJ 4; 4/2002, de 14 de enero, FJ 3; y 228/2002, de 9 de diciembre, F. 5). En todo caso, como límite infranqueable en el momento de dictar Sentencia, al Juez le está vedado calificar los hechos de manera que integren un delito penado más gravemente si este agravamiento no fue sostenido en juicio por la acusación, ni imponer una pena mayor que la que corresponda a la pretensión acusatoria fijada en las conclusiones definitivas, dado que se trata de una pretensión de la que no pudo defenderse el acusado».

(STC 75/2003, de 23 de abril. Recurso de amparo 4299/2000. Ponente: D. Roberto García-Calvo y Montiel, «BOE» de 17 de mayo de 2003)

«La Constitución no menciona por su propio nombre el principio acusatorio, lo que no ha sido óbice para que este Tribunal haya reconocido como protegidos en el artículo 24 CE ciertos derechos fundamentales que indican los elementos estructurales de este principio nuclear. Así este Tribunal ha proclamado que el sistema acusatorio guarda una estrecha relación con el derecho de defensa y la proscripción de indefensión (entre los pronunciamientos más recientes, SSTC 75/2003, de 23 de abril, FJ 5; 20/2003, de 10 de febrero, FJ 3; y STC 33/2003, de 13 de febrero, FJ 2), con el derecho a la tutela judicial efectiva, habida cuenta del deber de congruencia o correlación entre la acusación y el fallo (entre otras, STC 75/2003, de 23 de abril, F. 5 y STC 33/2003, de 13 de febrero, FJ 3), así como con la garantía de imparcialidad de los Jueces o Tribunales (STC 33/2003, de 13 de febrero, FJ 2), garantía que ha conducido en nuestro ordenamiento procesal penal a la separación de las funciones de instrucción y enjuiciamiento (STC 145/1988, de 12 de abril), de una parte, y a la distribución de las funciones de acusación y enjuiciamiento, de otra, de modo que sean distintos los órganos o sujetos que desempeñen en el marco del proceso penal las funciones de acusar y de juzgar, evitando así que el juzgador asuma también la posición de parte (es decir, una posición parcial).

[.../...]

Hemos de observar que la Sentencia del Juez de lo Penal, confirmada por la de la Audiencia Provincial, respetó el doble condicionamiento fáctico y jurídico resultante de la delimitación y de la subsunción jurídica efectuada por el Fiscal de los hechos respecto de los que formuló acusación, lo que permitió que los distintos hechos y circunstancias penalmente relevantes concurrentes en el caso fueran debatidos por la defensa del acusado (SSTC 43/1997, de 10 de marzo, FJ 3; 302/2000, de 11 de diciembre, FJ 2; 118/2001, de 21 de mayo, FJ 4; 4/2002, de 14 de marzo, FJ 3; 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 5; y 75/2003, de 23 de abril, FJ 5). Asimismo el órgano judicial motivó la razón por la que imponía, dentro de la correspondiente al tipo penal por el que se formuló acusación, una pena superior a la concretamente solicitada por el Ministerio Público (SSTC 59/2000, de 3 de marzo; 75/2000, de 27 de marzo; 76/2000, de 27 de marzo; 92/2000, de 10 de abril; 122/2000, de 16 de mayo; 139/2000, de 29 de mayo, y 221/2001, de 31 de octubre, entre otras): la necesidad de remediar un error de la acusación que había omitido pedir como pena principal, que no como accesoria, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio, forzosamente vinculada al tipo delictivo por el que se formuló la acusación (STC 17/1988), pena que impuso en su grado mínimo.

De todo lo expuesto cabe concluir que la indefensión de que se duele el demandante de amparo, de haberse producido, sería meramente formal, mientras que la estimación del amparo requiere que se haya producido una indefensión material, real o efectiva (entre otras, SSTC 165/2001, de 16 de julio, FJ 2; 45/2000, de 14 de febrero, FJ 2; 26/2000, de 31 de enero, FJ 2; 101/1999, de 31 de mayo, FJ 5; 62/1998, de 17 de marzo, FJ 3; 126/1991, de 6 de junio, FJ 4), pues el Juez de lo penal impuso una pena forzosamente vinculada al tipo penal en el cual el Fiscal había subsumido los hechos por los que formuló acusación dentro del marco penal establecido por la Ley (SSTC 17/1988, de 16 de febrero, FJ 6; 43/1997, de 10 de marzo, FJ 3 y ATC 377/1987, de 25 de marzo) y en su grado mínimo, sin que al ser la pena impuesta en este grado y estar prevista por la Ley pueda estimarse sorpresiva por la defensa, y sin que, por añadidura, el demandante haya acreditado, ni siquiera alegado, ni en su recurso de apelación ni en la demanda de amparo, habiendo, sin dificultad alguna, podido hacerlo, las razones de la improcedencia de esta pena mínima legal cuando a los hechos y a la calificación jurídica alegados y realizada por la acusación corresponde necesariamente la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio, por lo que cabe afirmar que el demandante de amparo no ha cumplido con la carga de argumentación que sobre él pesa, puesto que resulta preceptivo que el recurrente haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión en la demanda, habida cuenta de que, como es notorio, la carga de la argumentación recae sobre los solicitantes de amparo (SSTC 1/1996, de 15 de enero; 164/1996, de 28 de octubre; 218/1997, de 4 de diciembre; 45/2000, de 14 de febrero, FJ 2)».

(STC 174/2003, de 20 de septiembre. Recurso de amparo 3142/2002. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez, «BOE» de 23 de octubre de 2003)

«Nuestra doctrina en relación con el principio acusatorio, en su vertiente de congruencia entre la acusación y el fallo y, por tanto, de la vinculación del órgano judicial a los términos de la acusación, se concreta en la exigencia de que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y de la que, por lo tanto, haya podido defenderse, entendiéndose por “cosa” en este contexto tanto un concreto devenir de acontecimientos, un *factum*, cuanto “la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos”, ya que el debate contradictorio recae “no sólo sobre los hechos sino también sobre la calificación

jurídica” (por todas SSTC 12/1981, de 10 de abril, FJ 4; 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 3; 302/2000, de 11 de diciembre, FJ 2; 4/2002, de 14 de enero, FJ 3; 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 3; 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 5). En consecuencia, el pronunciamiento del Tribunal debe efectuarse precisamente en los términos del debate tal como han sido planteados en las pretensiones de la acusación (entre otras, SSTC 12/1981, de 10 de abril, FJ 4; 141/1986, de 12 de noviembre, FJ 1; 11/1992, de 27 de enero, FJ 4; 36/1996, de 11 de marzo, FJ 4; 302/2000, de 11 de diciembre, FJ 2), no pudiendo el Tribunal “apreciar hechos o circunstancias que no han sido objeto de consideración en la misma, ni sobre las cuales, por lo tanto, el acusado ha tenido ocasión de defenderse” (SSTC 205/1989, de 11 de diciembre, FJ 2; 95/1995, de 19 de junio, FJ 2; 302/2000, de 11 de diciembre, FJ 2).

Ahora bien, también hemos destacado que la congruencia sólo requiere la identidad del hecho punible y la homogeneidad de las calificaciones jurídicas (SSTC 104/1986, de 17 de julio, FJ 4; 225/1997, de 15 de diciembre, FFJJ 3 y 4; 174/2001, de 26 de julio, FJ 5) y que lo decisivo para que la posible vulneración del principio acusatorio adquiera relevancia constitucional “no es la falta de homogeneidad formal entre objeto de acusación y objeto de condena, es decir, el ajuste exacto y estricto entre los hechos constitutivos de la pretensión penal y los hechos declarados probados por el órgano judicial, sino la efectiva constancia de que hubo elementos de hecho que no fueron ni pudieron ser debatidos plenamente por la defensa, lo que exige ponderar las circunstancias concretas que concurren en cada caso para poder determinar lo que resulta esencial al principio acusatorio: que el acusado haya tenido oportunidad cierta de defenderse de una acusación en un debate contradictorio con la acusación” (STC 278/2000, de 27 de diciembre, FJ 18 y, citándola, STC 170/2002, de 30 de septiembre FJ 3)».

(STC 189/2003, de 27 octubre. Recurso de amparo 2684/2001. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo, «BOE» de 26 de noviembre de 2003)

## ARTÍCULO 24.2

### *Derecho a ser informado de la acusación*

«Este Tribunal ha reiterado que, desde la perspectiva del derecho a ser informado de la acusación, como instrumento del derecho de defensa, es decir, desde la exigencia constitucional de que el acusado tenga conocimiento de los hechos para poder defenderse adecuadamente, el contenido de dicha información ha de referirse al momento de la calificación definitiva de la acusación o acusaciones, y no a momentos previos como el de las conclusiones provisionales (por todas, SSTC 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 15 o 62/1998, de 17 de marzo, FJ 5). Igualmente ha dicho que, debido a la instrumentalidad de este derecho con el derecho de defensa, es a la parte a quien corresponde, en primer lugar, dar la oportunidad al órgano judicial de reparar tal indefensión, de tal modo que si el defensor del recurrente estimaba que la modificación incluida en las conclusiones definitivas por las acusaciones era sorpresiva y, por ello, no le era posible defenderse adecuadamente de ella, debió solicitar, conforme al artículo 793.7 LECrim., la suspensión del juicio para poder articular debidamente la defensa (por todas, STC 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 15)».

(STC 20/2003, de 10 de febrero. Recurso de amparo 1388/99. Ponente: D.<sup>a</sup> Elisa Pérez Vera. «BOE» de 5 de marzo de 2003)

### *Derecho a la asistencia letrada*

«El derecho a la asistencia letrada, que, en cuanto derecho subjetivo, tiene como finalidad “asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas resultado de indefensión” (SSTC 47/1987, de 22 de abril, FJ 2; 233/1998, de 1 de diciembre, FJ 3), en ciertas ocasiones constituye también una exigencia estructural del proceso (SSTC 47/1987, de 22 de abril, FJ 3; 233/1998, de 1 de diciembre, FJ 3) y una garantía del correcto desenvolvimiento del mismo (STC 29/1995, de 6 de febrero, FJ 4).

Sin embargo ha de tenerse en cuenta que si bien la Constitución garantiza la asistencia del Abogado (arts. 17.3 y 24) en todas las diligencias policiales y judiciales, de ello no se deriva “la necesaria e ineludible asistencia del defensor a todos y cada uno de los actos instructorios” (SSTC 206/1991, de 30 de octubre, FJ 2, y 229/1999, de 13 de diciembre, FJ 2). En particular este Tribunal ha reclamado dicha intervención sólo “en la detención (SSTC 42/1982, 47/1986, 196/1987 y 66/1989) y en la prueba sumarial anticipada (SSTC 150/1989, 182/1989, 217/1989, 59/1991 y 80/1991), actos procesales en los que, bien sea por requerirlo así expresamente la Constitución, bien por la necesidad de dar cumplimiento efectivo a la presunción de inocencia, el ordenamiento procesal ha de garantizar la contradicción entre las partes” (STC 206/1991, de 30 de octubre, FJ 2). En consecuencia, “en los demás actos procesales y con independencia de que se haya de proveer de Abogado al preso y de que el Abogado defensor pueda libremente participar en las diligencias sumariales, con las únicas limitaciones derivadas del secreto instructorio, la intervención del defensor no deviene obligatoria hasta el punto de que hayan de estimarse nulas, por infracción del derecho de defensa, tales diligencias por la sola circunstancia de la inasistencia del Abogado defensor” (SSTC 206/1991, de 30 de octubre, FJ 2, y 229/1999, de 13 de diciembre, FJ 2)».

(STC 38/2003, de 27 de febrero de 2003. Recurso de amparo 2037/99. Ponente. D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, «BOE» de 14 de marzo de 2003)

«Como resume la STC 229/1999, 13 de diciembre, FJ 2, este Tribunal ha declarado, desde nuestra STC 42/1982, de 5 de julio (FJ 3), que “la asistencia de Letrado es, en ocasiones, un puro derecho del imputado” pero que, en otras ocasiones constituye un requisito procesal por cuyo cumplimiento el propio órgano judicial debe velar, cuando el encausado no lo hiciera mediante el ejercicio oportuno de aquel derecho, informándole de la posibilidad de ejercerlo o incluso, cuando aun así mantuviese una actitud pasiva, procediendo directamente al nombramiento de Abogado y Procurador”. Pues en razón de la conexión existente entre el derecho a la asistencia letrada y la institución misma del proceso, de importancia decisiva en el Estado de Derecho, “la pasividad del titular del derecho debe ser suplida por el órgano judicial (arts. 118 y 860 LECrim.) para cuya propia actuación, y no sólo para el mejor servicio de los derechos e intereses del defendido, es necesaria la asistencia del Letrado” (STC 42/1982, FJ 2).

Por lo tanto, “el derecho a la asistencia letrada, que, en cuanto derecho subjetivo, tiene como finalidad “asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que puedan inferir a alguna de ellas resultado de indefensión...” (SSTC 47/1987, FJ 2 y 233/1998, FJ 3), en ciertas ocasiones constituye tam-

bién una exigencia estructural del proceso (SSTC 47/1987, FJ 3 y 233/1998, F. 3) y una garantía del correcto desenvolvimiento del mismo (STC 29/1995, FJ 4). Dicho de otro modo, “el mandato legal de defensa por medio de Abogado encuentra una propia y específica legitimidad, ante todo en beneficio del propio defendido, pero también como garantía de un correcto desenvolvimiento del proceso penal, asegurando, en particular, la ausencia de coacciones durante el interrogatorio policial y, en general, la igualdad de las partes en el juicio oral, y evitando la posibilidad de que se produzca la indefensión del imputado de tal modo que frente a una acusación técnica aparezca también una defensa técnica” (STC 29/1995, FJ 4). Consecuencia de todo ello es que la asistencia letrada “ha de ser proporcionada en determinadas condiciones por los poderes públicos, por lo que la designación de tales profesionales se torna en una obligación jurídico-constitucional que incumbe singularmente a los órganos judiciales (SSTC 47/1987, 139/1987 y 135/1991) (STC 132/1992, FJ 2)” (STC 229/1999, de 13 de diciembre, FJ 2)».

(STC 60/2003, de 24 de marzo. Recurso de amparo 1466/2001. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo, «BOE» de 16 de abril de 2003)

### *Derecho a ser informado de la acusación. Modificación de las conclusiones definitivas*

«Desde la STC 12/1981, de 12 de abril, este Tribunal ha reconocido que en el ámbito de las garantías integradas en el derecho a un proceso equitativo (art. 24.2 CE) se encuentra el derecho a ser informado de la acusación y que éste se conecta con el derecho de defensa. En concreto, desde entonces hemos declarado que la información, a la que tiene derecho el acusado, tiene por objeto los hechos considerados punibles, de modo que “sobre ellos recae primariamente la acusación y sobre ellos versa el juicio contradictorio en la vista oral”, pero también la calificación jurídica, dado que ésta “no es ajena al debate contradictorio” (FJ 4). Ahora bien, ya en aquella primera ocasión señalamos que si bien de este principio resulta la necesaria congruencia entre acusación y sentencia, es, sin embargo, posible que los órganos judiciales se aparten de la calificación jurídica fijada por las acusaciones sin que ello suponga automáticamente la vulneración del derecho de defensa del acusado, siempre que concurren dos condiciones: “la identidad del hecho punible, de forma que el mismo hecho señalado por la acusación, que se debatió en el juicio contradictorio y que se declaró probado en la Sentencia de instancia, constituya el supuesto fáctico de la nueva calificación”, y “que ambos delitos... sean ‘homogéneos’, es decir, tengan la misma naturaleza, porque el hecho que configura los tipos correspondientes sea sustancialmente el mismo”; en definitiva dijimos, “si el condenado tuvo ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos que componen el tipo de delito señalado en la Sentencia... no existe indefensión”, ya que ningún elemento nuevo sirve de base a la nueva calificación (FJ 5).

Esta doctrina ha sido reiterada hasta nuestros días (por todas, SSTC 104/1986, de 17 de julio, FJ 4; 161/1994, de 23 de mayo, FJ 2; 95/1995, de 19 de junio, FJ 3; 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 3; 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 14; 302/2000, de 11 de diciembre, FJ 2; 174/2001, de 26 de julio, FJ 5; 4/2002, de 14 de enero, FJ 3; 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 5), sin perjuicio de que hayamos efectuado importantes precisiones, que, con independencia de las que afectan a la necesidad de una previa imputación en fase de instrucción (por todas, STC 19/2000, de 31 de enero, FJ 5), pueden sintetizarse así:

a) Nadie puede ser condenado sin haber sido previamente acusado (por todas, STC 54/1985, de 18 de abril), o, como afirma la STC 104/1986, de 17 de julio (FJ 3), “el no acusado no puede ser condenado y ni siquiera juzgado”, pues, de un lado, la Constitución impone la separación entre la función de juzgar y la de acusar impidiendo que el Juez actúe sucesivamente como acusador y como juzgador (entre otras muchas, SSTC 54/1985, de 18 de abril, FFJJ 4, 5 y 6; y 225/1988, de 28 de noviembre, FJ 1), y, de otro, el derecho a ser informado de la acusación es consustancial al derecho de defensa, pues parte esencial del mismo es el derecho a contradecir la pretensión acusatoria (STC 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 3) y nadie puede defenderse de lo que no conoce (por todas, SSTC 141/1986, de 12 de noviembre, FJ 1; 36/1996, de 11 de marzo, FJ 4; 19/2000, de 31 de enero, FJ 4; y 182/2001, de 17 de septiembre, FJ 4).

b) No cabe acusación implícita, ni tácita, sino que la acusación debe ser formulada de forma expresa (SSTC 163/1986, de 17 de diciembre, F. 2; 17/1989, de 30 de enero, F. 7; 358/1993, de 29 de noviembre, F. 2) y en términos que no sean absolutamente vagos o indeterminados (SSTC 9/1982, de 10 de marzo, FJ 1; 36/1996, de 11 de marzo, FJ 5; 87/2001, de 2 de abril, FJ 5), salvo en el juicio de faltas, en cuyo ámbito se flexibilizan las exigencias derivadas del principio acusatorio (por todas, SSTC 141/1986, de 12 de noviembre, FJ 1; 358/1993, de 29 de noviembre, FJ 2).

c) La congruencia entre la acusación y el fallo se determina a partir de la fijación definitiva de las calificaciones por la acusación, esto es, en el escrito de conclusiones definitivas (por todas, SSTC 20/1987, de 19 de febrero, FJ 5; 62/1998, de 17 de marzo, FJ 5).

d) La información en segunda instancia de la acusación no subsana la lesión del derecho a ser informado de la acusación producido en la primera instancia, pues “el resultado final de todo el proceso sería que el acusado habría tenido una ocasión única de informarse y defenderse de la acusación... y, en consecuencia se le habría privado, efectivamente, de una primera instancia con todas las garantías” (STC 17/1988, de 16 de febrero, FJ 4; en sentido similar, por todas, SSTC 18/1989, de 30 de enero, FJ 2; 95/1995, de 19 de junio, FJ 2).

[.../...]

Una modificación de los hechos y de la calificación jurídica del escrito de calificaciones provisionales, al fijar las definitivas, puede ocasionar la lesión de su derecho de defensa, pues si, como acabamos de recordar, no puede contradecirse lo que se desconoce y la defensa se ejerce primeramente en el juicio oral, el acusado no habrá podido ejercer de forma plena su defensa, respecto de las modificaciones fácticas y jurídicas introducidas en las calificaciones definitivas, al final del juicio oral. Cuestión distinta es que para declarar vulnerado el derecho de defensa en estos casos de alteración esencial del escrito de conclusiones provisionales, al fijar las definitivas, hayamos exigido que el acusado ejerza las facultades que le otorgan los artículos 746.6 y 747 LECrim., solicitando la suspensión de la vista y proponiendo nuevas pruebas o una instrucción sumaria complementaria (SSTC 20/1987, de 19 de febrero, FJ 5; 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 16); pues esta exigencia no es más que la aplicación de la doctrina general de que la indefensión constitucionalmente proscrita es la que deriva de la actuación del órgano judicial y no la que ocasiona la falta de diligencia procesal de la parte en la defensa de sus intereses.

Ahora bien, ninguna vulneración se habrá producido si las modificaciones efectuadas –sean efectuadas por el órgano judicial en la sentencia respecto de las calificaciones definitivas, o por las partes acusadoras respecto de las presentadas con carácter provisional– no son esenciales respecto de la concreta figura delictiva por la que finalmente se condena. Las diferentes garantías conectadas con el principio acusatorio se asientan en la inalterabilidad de los elementos esenciales del hecho constitutivo

de infracción penal a partir de la fijación formal de la acusación en las calificaciones provisionales (por todas, SSTC 105/1983, de 23 de noviembre, FFJJ 4, 5 y 6; 36/1996, de 11 de marzo, FJ 5; 302/2000, de 11 de diciembre, FJ 3; 87/2001, de 2 de abril, FJ 6; 174/2001, de 26 de julio, FJ 5; 4/2002, de 14 de enero, FJ 4; 228/2002, de 9 de diciembre, FJ 5). En consecuencia, la existencia de diferencias sobre elementos inesenciales del hecho constitutivo de delito entre las calificaciones provisionales y las definitivas, o entre éstas y la declaración de hechos probados, no suponen ni la actuación parcial del órgano judicial, ni una condena sin acusación, ni, por ende, la vulneración del derecho de defensa. Pues, en efecto, el derecho a ser informado de la acusación se cñe a serlo de aquellos elementos fácticos y jurídicos que conforman el hecho constitutivo de delito y su correspondiente calificación jurídica. De modo que si dichos elementos figuran en las calificaciones provisionales y en éstos se sustenta la condena, las modificaciones en las calificaciones definitivas o en los hechos declarados probados por la sentencia no implicarán ni una condena sin acusación, ni una condena sin ejercicio del derecho de defensa.

5. Unas ulteriores precisiones son aún necesarias antes de la aplicación de nuestra doctrina al caso que aquí debemos enjuiciar. Hemos dicho que las diferencias entre los hechos declarados probados de la Sentencia y las calificaciones definitivas que se proyectan sobre los elementos esenciales del hecho constitutivo de delito o sobre la diferente calificación jurídica y que sustentan la condena suponen una vulneración del derecho del acusado a no ser condenado sin acusación previa ejercida por órgano distinto a quien juzga (SSTC 54/1985, de 18 de abril; 17/1989, de 30 de enero, FJ 7; 205/1989, de 11 de diciembre; 161/1994, de 23 de mayo; 95/1995, de 19 de junio; 228/2002, de 9 de diciembre). Sin embargo, hemos señalado también que esta vulneración no acarrea paralelamente la lesión del derecho de defensa, pues es conceptual y materialmente posible que los nuevos hechos hayan sido objeto de debate en el plenario aun sin estar en los escritos de calificaciones (STC 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 7).

Asimismo, y en sentido inverso a las afirmaciones que acabamos de reiterar, hemos reconocido que, si bien las modificaciones del escrito de calificaciones provisionales al fijarse las definitivas que suponga una calificación más grave no lesionan el derecho a no ser condenado sin acusación, pues al ceñirse a las definitivas el órgano judicial habrá respetado este derecho, sin embargo, esas modificaciones pueden vulnerar el derecho de defensa contradictoria si el acusado no ha podido ejercer la defensa de forma plena en el juicio oral, ni proponer las pruebas que estimara pertinentes, al no conocer con carácter previo a su apertura dicha acusación (por todas, STC 9/1982, de 10 de marzo, FJ 1).

Ahora bien, tampoco esa vulneración se produce con carácter automático derivada de la introducción de modificaciones esenciales en el escrito de calificaciones definitivas si el acusado ha ejercido el derecho de defensa contra dicha acusación a partir de su conocimiento. En este contexto, es preciso recordar que la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el marco de la regulación del procedimiento ordinario, establece la posibilidad de que se modifiquen las calificaciones provisionales al fijarlas de forma definitiva, pues eso puede resultar necesario en virtud de la prueba practicada (art. 732 LECrim.). Y dispone también que el órgano judicial, una vez efectuadas las calificaciones definitivas, puede someter a las partes una nueva calificación jurídica, si considera que la efectuada incurre en manifiesto error, en cuyo caso puede suspender el juicio oral si las partes indicaren que no están suficientemente preparadas para discutir la propuesta (art. 733 LECrim.). Asimismo, prevé la suspensión del juicio oral a instancia de parte “cuando revelaciones o retractaciones inesperadas produzcan alteraciones sustanciales en los juicios, haciendo necesarios nuevos elementos de prueba o alguna sumaria instrucción suplementaria” (art. 746.6 en relación con

el art. 747 LECrim.). Con mayor precisión, la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé, para el procedimiento abreviado (art. 793.7), que “cuando, en sus conclusiones definitivas, la acusación cambie la tipificación penal de los hechos o se aprecien un mayor grado de participación o de ejecución o circunstancias de agravación de la pena, el Juez o Tribunal podrá conceder un aplazamiento de la sesión, hasta el límite de diez días, a petición de la defensa, a fin de que ésta pueda aportar los elementos probatorios y de descargo que estime convenientes. Tras la práctica de una nueva prueba que pueda solicitar la defensa, las partes acusadoras podrán, a su vez modificar sus conclusiones definitivas”.

En suma, no toda modificación de las calificaciones provisionales al fijarse las definitivas que incide en elementos esenciales del hecho constitutivo de delito o que implica una nueva calificación jurídica infringe el derecho de defensa si, utilizando las vías habilitadas al efecto por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se permite su ejercicio respecto de esos nuevos hechos y su calificación jurídica».

(STC 33/2003, de 13 de febrero. Recurso de amparo 445/2001. Ponente: D.ª María Emilia Casas Baamonde, «BOE» de 5 de marzo de 2003)

### *Derecho a un proceso con todas las garantías. Derecho a la doble instancia en materia penal*

«La primera de las quejas que se contienen en la demanda se refiere a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 CE, en relación con el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas (en adelante, PIDCP), pues, al tramitarse el proceso por el llamado procedimiento abreviado, y ser competente para el enjuiciamiento de los hechos la Audiencia Provincial en única instancia, no cabía recurso de apelación sino de casación, estimando el demandante de amparo que tal recurso extraordinario no cumple la garantía, establecida en el citado artículo del Pacto internacional, de que “el fallo condenatorio y la pena que se... haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la Ley”. Razona para ello que el único resquicio que permite la revisión de los hechos a través del recurso de casación es el establecido en el artículo 849.2 LECrim., pero el Tribunal Supremo interpreta el precepto con tal rigor que resulta imposible la revisión global de la prueba practicada. De otra parte, añade, tampoco cabe considerar que la vía abierta por el artículo 5.4 LOPJ a efectos de alegar la presunción de inocencia del artículo 24.1 CE solventa las deficiencias del recurso de casación para cumplir el mandato del artículo 14.5 PIDCP. Y busca finalmente apoyo para su tesis en la Resolución del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 20 de julio de 2000.

Esta primera cuestión suscitada por el recurrente ha sido ya abordada por este Tribunal en la STC 70/2002, de 3 de abril. En lo que ahora interesa dicha resolución da respuesta a la alegación relativa al derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal, planteada por el entonces demandante de amparo también con invocación de los artículos 24.2 CE, 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 2.1 del Protocolo núm. 7 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como del Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 11 de agosto de 2000, advirtiendo que “si a través de sus Dictámenes el Comité pretendiera redefinir los contenidos del Pacto, interpretando el artículo 14.5 como el derecho a una segunda instancia en sentido estricto, con repetición íntegra del juicio ante un Tribunal superior, poniendo de este modo en cuestión el sistema interno de recursos de un Estado parte y obligándole a promulgar una nueva legislación acorde con tal interpretación, habríamos de recordar

que, conforme a la resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 30 de mayo de 2000, los Estados parte conservan la facultad de decidir las modalidades de ejercicio del derecho de reexamen y pueden restringir su extensión”.

Sentado esto, se afronta, en la Sentencia a que estamos haciendo referencia, la oportuna sistematización de la doctrina constitucional atinente a la cuestión del doble grado jurisdiccional en el ámbito penal, que parte de la STC 42/1982, de 5 de julio, extrayendo la conclusión de que: “conforme a nuestra doctrina, existe una asimilación funcional entre el recurso de casación y el derecho a la revisión de la declaración de culpabilidad y la pena declarado en el artículo 14.5 PIDCP, siempre que se realice una interpretación amplia de las posibilidades de revisión en sede casacional y que el derecho reconocido en el Pacto se interprete, no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un Tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena, en el caso concreto. Reglas entre las que se encuentran, desde luego, todas las que rigen el proceso penal y lo configuran como un proceso justo, con todas las garantías; las que inspiran el principio de presunción de inocencia, y las reglas de la lógica y la experiencia conforme a las cuales han de realizarse las inferencias que permiten considerar un hecho como probado. Esta interpretación es perfectamente posible a la vista del tenor literal del Pacto y conforme a la efectuada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con los artículos 6.1 CEDH y 2 del Protocolo núm. 7 del citado Convenio (STEDH de 13 de febrero de 2001, caso *Krombach c. Francia*, que declara conforme al artículo 2 del Protocolo 7 el modelo de casación francés, en el que se revisa sólo la aplicación del Derecho)”.

Aun cuando esta conclusión general sea susceptible de matizaciones en el caso de que lo que se plantee sea la posibilidad de examinar los hechos probados, ello no es óbice para subrayar que “mediante la alegación como motivo de casación de la infracción del derecho a la presunción de inocencia, el recurrente puede cuestionar, no sólo el cumplimiento de las garantías legales y constitucionales de la prueba practicada, sino la declaración de culpabilidad que el Juzgador de instancia dedujo de su contenido (STC 2/2002, de 14 de enero, FJ 2)”, lo cual permitirá entender satisfecha la garantía revisora proclamada en los preceptos internacionales invocados por el recurrente.

La aplicación de la doctrina que se acaba de resumir conduce a la desestimación de la queja aducida, tanto más si se tiene en cuenta que, como advierte el Ministerio público, el recurrente no concreta por qué en el caso concreto existió una auténtica privación del doble grado jurisdiccional que haya impedido la revisión de la declaración de su culpabilidad y de la pena impuesta. Es decir, se limita a expresar su legítima discrepancia con el sistema de recursos establecido por el legislador para las causas criminales, pero no precisa el menoscabo real y efectivo de su derecho fundamental, cuya identificación es requisito imprescindible para que podamos reconocer la existencia de un objeto del recurso de amparo (por todas, SSTC 156/2000, de 12 de junio, FJ 2, y 50/2001, de 26 de febrero, FJ 2).

[.../...]

A diferencia de lo predicable en el resto de los órdenes jurisdiccionales, en el proceso penal la existencia de un doble grado jurisdiccional constituye una exigencia integrada en el derecho a un proceso con todas las garantías que incorpora el mandato contenido en el artículo 14.5 PIDCP. Pero tal exigencia no llega a condicionar la configuración legal de ese segundo grado jurisdiccional, perteneciendo al ámbito de libertad del legislador la configuración del sistema de recursos contra las resoluciones judiciales. Es sólo cuando el legislador ha establecido los concretos medios de

impugnación cuanto el sistema de recursos se incorpora al derecho a la tutela judicial efectiva, y aun así con diferente alcance según los tipos de procesos, las clases de recursos y los órganos que están llamados a conocer de éstos».

(STC 80/2003, de 28 de abril. Recurso de amparo 1852/2001. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez, «BOE» de 17 de mayo de 2003)

### *Derecho a un proceso con todas las garantías. Derecho a un Juez imparcial. Derecho a recusar*

«Nuestra Jurisprudencia, de manera constante desde las primeras resoluciones de este Tribunal, viene sosteniendo que las causas de recusación y de abstención previstas por la ley se orientan a la preservación de la imparcialidad judicial, y que el derecho a formular recusación es un remedio procesal en principio útil para garantizar el derecho a un juez imparcial, desplazando del conocimiento del proceso a aquellos Jueces o Magistrados cuya imparcialidad suscite recelos (SSTC 42/1982, de 12 de julio, FJ 3; 145/1988, de 12 de julio, FJ 5; 138/1991, de 20 de junio, FJ 2; 230/1992, de 14 de diciembre, FJ 4; 282/1993, de 27 de septiembre, FJ 2; 64/1997, de 7 de abril, FJ 3; 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 2; 155/2002, de 22 de julio, FJ 2).

También hemos afirmado que, al constituir “el único cauce previsto por el ordenamiento procesal para obtener el restablecimiento por los Tribunales ordinarios de este derecho fundamental o evitar la consumación de su lesión” (SSTC 137/1994, de 9 de mayo, FJ 2; 64/1997, de 7 de abril, FJ 3), el derecho a recusar integra el contenido del derecho a un proceso público con todas las garantías reconocido en el artículo 24.2 CE, de modo que la privación de la posibilidad de ejercer la recusación “implica la restricción de una garantía esencial que aparece establecida legalmente con el fin de salvaguardar aquella imparcialidad del Juzgador protegida constitucionalmente” (SSTC 230/1992, de 14 de diciembre, FJ 4; 282/1993, de 27 de septiembre, FJ 2; 64/1997, de 7 de abril, FJ 3).

Ello no impide, desde luego, que los órganos judiciales puedan inadmitir la recusación sin entrar en el fondo de la misma, si bien nuestra jurisprudencia siempre ha sostenido que el rechazo preliminar de la recusación ha de tener carácter excepcional, pudiendo sustentarse en el incumplimiento de los requisitos formales que afectan a la esencia del procedimiento (entre los que ha de incluirse el cumplimiento de los plazos legalmente previstos), en la inexistencia de causa en que legítimamente pueda fundarse (bien porque no se designe, bien porque su invocación sea arbitraria o manifiestamente infundada, de modo que sea *prima facie* descartable), o en que no se establezcan los hechos que le sirven de fundamento (SSTC 47/1982, de 12 de julio, FJ 3; 234/1994, de 20 de julio, FJ 2; 64/1997, de 7 de abril, FJ 4; 136/1999, de 20 de julio, FJ 5; 155/2002, de 22 de julio, FJ 2).

Por otra parte es doctrina reiterada de este Tribunal que el derecho a la tutela judicial efectiva no resulta lesionado por el mero hecho de que los órganos judiciales dicten resoluciones que impidan el examen del fondo apreciando razonablemente la concurrencia de un motivo legalmente previsto (entre otras muchas, SSTC 19/1981, de 8 de junio; 69/1984, de 11 de junio, FJ 2; y entre las más recientes, 108/2000, de 5 de mayo, FJ 3; 252/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 10/2001, de 29 de enero, FJ 4; 106/2002, de 6 de mayo, FJ 4).

[.../...]

Nuestra Jurisprudencia ha señalado que el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) otorga al acusado en un proceso penal el derecho a exigir del Juez la observancia inexcusable de una actitud neutra respecto de las posiciones de las partes en el proceso, siendo un tercero ajeno a los intereses en litigio y, por tanto,

a sus titulares y a las funciones que desempeñan. Alejamiento que le permite decidir justamente la controversia, situándose por encima de las partes acusadoras e imputadas (STC 130/2002, de 3 de junio, FJ 3).

Ahora bien, ello no significa que haya de exigirse al órgano judicial una actitud pasiva durante el acto del juicio. Al respecto hemos afirmado lo siguiente: “Más concretamente, en relación con la cuestión que aquí nos ocupa, la iniciativa probatoria de oficio, la garantía de la imparcialidad objetiva exige, en todo caso, que con su iniciativa el Juzgador no emprenda una actividad inquisitiva encubierta. Sin embargo, esto no significa que el Juez tenga constitucionalmente vedada toda actividad procesal de impulso probatorio, por ejemplo, respecto de los hechos objeto de los escritos de calificación o como complemento para contrastar o verificar la fiabilidad de las pruebas de los hechos propuestos por las partes.

En efecto, la excepcional facultad judicial de proponer la práctica de pruebas, prevista legalmente en el artículo 729.2 LECrim., no puede considerarse *per se* lesiva de los derechos constitucionales alegados, pues esta disposición sirve al designio de comprobar la certeza de elementos de hecho que permitan al Juzgador llegar a formar, con las debidas garantías, el criterio preciso para dictar Sentencia (art. 741 LECrim.), en el ejercicio de la función jurisdiccional que le es propia (art. 117.3 CE). Y ello sin perjuicio, claro está, de que no quepa descartar la posibilidad de utilización indebida de la facultad probatoria *ex officio judicis* prevista en el artículo 729.2 LECrim., que pudiera llevar a desconocer las exigencias ínsitas en el principio acusatorio. De cualquier manera, para determinar si en el ejercicio de la antedicha facultad de propuesta probatoria el Juez ha ultrapasado los límites del principio acusatorio, con quiebra de la imparcialidad judicial y, eventualmente, del derecho de defensa, es preciso analizar las circunstancias particulares de cada caso concreto”. (STC 188/ 2000, de 10 de julio, FJ 2; en el mismo sentido STC 130/2002, de 3 de junio, FJ 3)».

(STC Pleno 229/2003, de 18 de diciembre. Recurso de amparo 4455/1999. Ponente: D. Pablo Manuel Cachón Villar, «BOE» de 20 de enero de 2004)

### *Derecho a un proceso con todas las garantías. Principio de contradicción*

«Ya en la STC 303/1993, de 25 de octubre (FJ 8), recordábamos que: “a fin de potenciar los principios de contradicción, oralidad e intermediación como garantías inherentes al derecho al proceso justo o ‘debido’, tiene el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declarado, como principio general procesal penal, que los medios de prueba deben obtenerse ante el acusado en audiencia pública y en el curso de un debate contradictorio (STEDH *Barberá, Messegué y Jabardo c. España*, de 6 de diciembre de 1988, A núm. 146, p. 78). Más concretamente, y en lo que se refiere a la posibilidad de sustitución del testigo directo por el indirecto, sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquél al juicio oral, el Tribunal Europeo ha declarado dicha práctica como contraria a lo dispuesto en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, por cuanto, de un lado, priva al Tribunal sentenciador de su derecho a formarse un juicio sobre la veracidad o de credibilidad del testimonio indirecto al no poder confrontarlo con el directo y, de otro y sobre todo, vulnera lo dispuesto en el artículo 6.1 y 3 d del CEDH que consagra el derecho que al acusado asiste a interrogar a los testigos de cargo, de cuyo término resulta “la obligación de conceder al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar al testimonio de cargo e interrogar a su autor” (STEDH, *Delta c. Francia*, de 19 de diciembre de 1990,

A. núm. 191, p. 36; *Isgró c. Italia*, de 19 de febrero de 1991, A. núm. 194-A, p. 34; *Asch c. Austria*, de 26 de abril de 1991, A. núm. 203, p. 27; en particular sobre la prohibición de declaración de testigos “anónimos”, vide: *Windisch c. Austria*, de 27 de septiembre de 1990, A. núm. 186, p. 26; *Kostovski c. Holanda*, de 20 de noviembre de 1989, A. núm. 166, p. 41; y *Lüdi c. Suiza*, de 15 de junio de 1992, A. núm. 238, p. 47”.

La anterior doctrina nos ha llevado a declarar que no existe vulneración del principio de contradicción determinante de la falta de validez de la prueba incriminatoria cuando, aun existiendo una falta de contradicción inicial, ésta tiene lugar con posterioridad, de modo que se posibilita ulteriormente un ejercicio suficiente del derecho de defensa. De este modo, en la STC 57/2002, de 11 de marzo (FJ 3), se dijo: “en cuanto a la supuesta falta de contradicción en fase sumarial, que en la demanda se anuda al hecho de no haber asistido a la misma el Letrado del recurrente por no estar personado en el proceso cuando se llevó a cabo, cabe recordar, que, conforme a las exigencias dimanantes del artículo 24.2 CE (interpretado conforme al artículo 6.3.d CEDH), el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de la acusación, como manifestación del principio de contradicción, se satisface dando al acusado una ocasión adecuada y suficiente para discutir un testimonio en su contra e interrogar a su autor en el momento en que declare o en un momento posterior del proceso (SSTEDH de 24 de noviembre de 1986, caso *Unterpertinger c. Austria*, § 31; de 20 de noviembre de 1989, caso *Kostovsky c. Holanda*, § 41; de 27 de septiembre de 1990, caso *Windisch c. Austria*, § 26; de 19 de febrero de 1991, caso *Isgró c. Italia*, § 34; de 20 de septiembre de 1993, caso *Säidi c. Francia*, § 43; y la más reciente, de 27 de febrero de 2001, caso *Luca c. Italia*, § 40).

[.../...]

(En sentido análogo, sobre el respeto del principio de contradicción, bien en el momento de practicarse la declaración sumarial, bien en un momento posterior, se han pronunciado las SSTC 109/2001, de 22 de octubre, FJ 4; 195/2002, de 28 de octubre, FJ 3; y 80/2003, FJ 6)».

(STC 174/2003, de 20 de septiembre. Recurso de amparo 3142/2002. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez, «BOE» de 23 de octubre de 2003)

### *Derecho a un proceso con todas las garantías. Valoración de las pruebas en segunda instancia penal*

«La resolución de la cuestión suscitada requiere traer a colación la doctrina sentada por el Pleno de este Tribunal en la STC 167/2002, de 18 de septiembre (FFJJ 9 y 10; reiterada posteriormente en las SSTC 197/2002, 198/2002 y 200/2002, de 28 de octubre, 212/2002, de 11 de noviembre, y 230/2002, de 9 de diciembre) sobre la exigencia de respetar, en cuanto integran el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías, los principios de publicidad, inmediación y contradicción en la valoración de las pruebas en la segunda instancia penal.

a) La mencionada Sentencia 167/2002 comienza por constatar que para la solución del problema constitucional planteado, “no basta con que en apelación el órgano *ad quem* haya respetado la literalidad del artículo 795 LECrim., en el que se regula el recurso de apelación en el procedimiento abreviado, sino que es necesario en todo caso partir de una interpretación de dicho precepto conforme con la Constitución, hasta donde su sentido literal lo permita... para dar entrada en él a las exigencias del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías”. Y al propio tiempo destaca, como elemento clave caracterizador del caso en aquella Sentencia enjuiciado, y que concurre también en el presente, el dato de “que nos hallamos ante

una Sentencia absolutoria en primera instancia, que es revocada en apelación y sustituida por una Sentencia condenatoria en apelación” (FJ 9).

b) El Pleno del Tribunal, avanzando en la línea ya apuntada en el ATC 220/1999, de 20 de septiembre, procede a rectificar la doctrina hasta entonces mantenida en precedentes resoluciones sobre las exigencias de los principios de inmediación y contradicción en la segunda instancia penal, al objeto de “adaptar más estrictamente la interpretación constitucional del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE)... a las exigencias del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas, de 4 de noviembre de 1950, y más en concreto a las del artículo 6.1 del mismo, según ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ateniéndonos así al criterio interpretativo establecido en el artículo 10.2 CE” STC 167/2002, FJ 9). Al respecto se trae a colación la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la cuestión suscitada, inicialmente recogida en su Sentencia de 26 de mayo de 1988 –caso *Ekbatani contra Suecia*– y consolidada posteriormente en pronunciamientos más recientes (SSTEDH de 8 de febrero de 2000 –caso *Cooke contra Austria* y caso *Stefanelli contra San Marino*–; 27 de junio de 2000 –caso *Constantinescu contra Rumanía*–; y 25 de julio de 2000 –caso *Tierce y otros contra San Marino*–). Doctrina que se puede sintetizar en la consideración de que “la noción de proceso justo o equitativo implica, en principio, la facultad del acusado de estar presente y ser oído personalmente en la primera instancia”, y que la exigencia de esta garantía en fase de apelación depende “de las peculiaridades del procedimiento considerado, para lo que es necesario examinar éste en su conjunto de acuerdo con el orden jurídico interno, el papel que ha de desempeñar la jurisdicción de apelación y la manera en que los intereses del demandante fueron realmente expuestos y protegidos por el Tribunal a la vista de las cuestiones que éste tiene que juzgar”, “pudiendo justificarse la falta de una vista o debate público en la segunda o tercera instancia por las características del procedimiento de que se trate, con tal de que se hayan celebrado en la primera instancia”. Así pues, “no se puede concluir, por lo tanto, que, como consecuencia de que un Tribunal de apelación esté investido de plenitud de jurisdicción, tal circunstancia ha de implicar siempre, en aplicación del artículo 6 del Convenio, el derecho a una audiencia pública en segunda instancia, independientemente de la naturaleza de las cuestiones a juzgar” (FJ 10).

Ahora bien, “cuando el Tribunal de apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de Derecho, y en especial cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que la apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo y personal del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que en tales casos el nuevo examen por el Tribunal de apelación de la declaración de culpabilidad del acusado exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas (SSTEDH de 26 de mayo de 1988 –caso *Ekbatani contra Suecia*, § 32–; 29 de octubre de 1991 –caso *Helmers contra Suecia*–, §§ 36, 37 y 39–; 29 de octubre de 1991 –caso *Jan-Ake Anderson contra Suecia*, § 28–; 29 de octubre de 1991 –caso *Fejde contra Suecia*–, § 32). En este sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado más recientemente en su Sentencia de 27 de junio de 2000 (caso *Constantinescu contra Rumanía*, §§ 54 y 55, 58 y 59) que cuando la instancia de apelación está llamada a conocer de un asunto en sus aspectos de hecho y de Derecho y a estudiar en su conjunto la cuestión de la culpabilidad o inocencia del acusado, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir esas cuestiones sin la apreciación de los testimonios presentados en persona por el propio acusado que sostiene que no ha cometido la acción considerada infracción penal, precisando en este supuesto que, tras el pronun-

ciamiento absolutorio en primera instancia, el acusado debía ser oído por el Tribunal de apelación, especialmente habida cuenta de que fue el primero en condenarle en el marco de un procedimiento dirigido a resolver sobre una acusación en materia penal. Doctrina que reitera en la Sentencia de 25 de junio de 2000 (caso *Tierce y otros contra San Marino* §§ 94, 95 y 96), en la que excluye que la ausencia de hechos nuevos sea suficiente para justificar la excepción a la necesidad de los debates públicos en apelación en presencia del acusado, debiendo tenerse en cuenta ante todo las cuestiones sometidas al Juez de apelación” (FJ 10).

c) Finalmente, en esta reiteradamente mencionada STC 167/2002 se pone de manifiesto que la utilización de los criterios jurisprudenciales expuestos puede suscitar sin duda alguna dificultades a la hora de interpretar el artículo 795 LECrim. en el marco de la Constitución española, si bien se precisa seguidamente que “en realidad de los tres fundamentos posibles del recurso de apelación, según resulta de lo dispuesto en el artículo 795.2 LECrim. (y habida cuenta que las limitaciones derivadas de las exigencias de los principios de inmediación y contradicción tienen su genuino campo de proyección cuando en apelación se plantean cuestiones de hecho), es probablemente el relacionado con la apreciación de la prueba el directamente concernido por estas limitaciones, y no, en principio, los otros dos (‘quebrantamiento de las normas y garantías procesales’ o ‘infracción de precepto constitucional o legal’)” (FJ 11). Se concluye así afirmando que “el recurso de apelación en el procedimiento penal abreviado, tal y como aparece configurado en nuestro Ordenamiento, otorga plenas facultades o plena jurisdicción al Tribunal *ad quem* para resolver cuantas cuestiones se planteen, sean de hecho o de Derecho. Su carácter, reiteradamente proclamado por este Tribunal, de *novum iudicium*, con el llamado efecto devolutivo, conlleva que el juzgador *ad quem* asuma la plena jurisdicción sobre el caso, en idéntica situación que el Juez *a quo*, no sólo por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, sino también para la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, pudiendo revisar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez *a quo* (SSTC 172/1997, de 14 de octubre, FJ 4; 120/1999, de 28 de junio, FFJJ 3 y 5; y ATC 220/1999, de 20 de septiembre). Pero en el ejercicio de las facultades que el artículo 795 LECrim. otorga al Tribunal *ad quem* deben respetarse en todo caso las garantías constitucionales establecidas en el artículo 24.2 CE” (FJ 11)».

(STS 41/2003, de 27 de febrero de 2003. Recurso de amparo 2709/2001. Ponente: D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, «BOE» de 14 de marzo de 2003)

### *Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa*

«De acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal, para que pueda apreciarse la vulneración del derecho a la prueba se exige, en primer lugar, que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto. En segundo lugar, que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que habiendo admitido la prueba finalmente no hubiera podido practicarse por causas imputables al propio órgano judicial. En tercer lugar, que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión al actor. Y, por último, que el recurrente en la demanda de amparo alegue y fundamente los anteriores extremos.

El punto de partida en el examen de la vulneración del derecho a la prueba ha de ser el reconocimiento de que el artículo 24.2 CE establece el derecho a utilizar los

medios de prueba pertinentes para la defensa, lo que implica, como hemos reiterado, que este derecho opera en todo tipo de proceso con el fin de garantizar a las partes la posibilidad de impulsar una actividad probatoria acorde con sus intereses (por todas, SSTC 173/2000, de 26 de junio, FJ 3, y 131/1995, de 11 de septiembre, FJ 2). Ahora bien, el alcance de esta garantía se encuentra delimitado por tres órdenes de consideraciones: en primer lugar, el propio tenor literal del artículo 24.2 CE; en segundo lugar, su carácter de Derecho constitucional de configuración legal; y, por último, su carácter de derecho procedimental.

En cuanto al primer aspecto, la propia formulación del artículo 24.2 CE, que se refiere a la utilización de los medios de prueba “pertinentes”, implica que su reconocimiento no ampara un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, en virtud de la cual las partes estarían facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye sólo el derecho a la admisión y práctica de las que sean pertinentes, entendiéndose por tales aquellas pruebas que tengan una relación con el *thema decidendi* [por todas, SSTC 147/2002, de 15 de junio, FJ 4; 70/2002, de 3 de abril, FJ 5; 165/2001, de 16 de julio, FJ 2 a); y 96/2000, de 10 de abril, FJ 2], ya que, como señaló muy tempranamente este Tribunal, la opinión contraria no sólo iría contra el tenor literal del artículo 24.2 CE, sino que conduciría a que, a través de propuestas de pruebas numerosas e inútiles, se pudiese alargar indebidamente el proceso o se discutiesen cuestiones ajenas a su finalidad (AATC 96/1981, de 30 de septiembre, FJ 2; 460/1983, de 13 de octubre, FJ 6; y 569/1983, de 23 de noviembre, FJ 6), vulnerándose así el derecho de las otras partes a obtener un proceso sin dilaciones indebidas reconocido también en el artículo 24.2 CE (STC 17/1984, 7 de febrero, FJ 4).

En segundo término, tratándose de un derecho de configuración legal la garantía que incorpora ha de realizarse en el marco legal establecido en el Ordenamiento jurídico respecto a su ejercicio (por todas, SSTC 173/2000, de 26 de junio, FJ 3, o 167/1988, de 27 de septiembre, FJ 2). En tal sentido, es preciso, por un lado, desde la perspectiva de las partes procesales, que hayan solicitado la prueba en la forma y momento legalmente establecido y que el medio de prueba esté autorizado por el Ordenamiento (por todas SSTC 236/2002, de 9 de diciembre, FJ 4; 147/2002, de 15 de junio, FJ 4; 165/2001, de 16 de julio, FJ 2; y 96/2000, de 10 de abril, FJ 2); y, por otro, desde la perspectiva de los órganos judiciales, que es a quienes compete la interpretación de las normas legales aplicables sobre la admisión y práctica de los medios de prueba, que se pronuncien sobre su admisibilidad motivadamente sin incurrir en incongruencia, irrazonabilidad o arbitrariedad y que, en su caso, la falta de práctica de los medios de prueba admitidos no les sea imputable (por todas, SSTC 147/2002, de 15 de junio, FJ 4; 109/2002, de 6 de mayo, FJ 3; 70/2002, de 3 de abril, FJ 5; 165/2001, de 16 de julio, FJ 2; y 78/2001, de 26 de marzo, FJ 3). Igualmente el rechazo motivado de los medios de prueba ha de producirse en el momento procesal oportuno (SSTC 173/2000, de 26 de junio, FJ 3; 96/2000, de 10 de abril, FJ 2; 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 3; 164/1996, de 28 de octubre, FJ 2; y 89/1995, de 6 de junio, FJ 6), ya que la denegación tardía, aunque razonada, de la prueba se ha considerado que, *prima facie*, podría afectar al derecho en la medida en que existe el riesgo de “perjudicar dicha decisión en virtud de una certeza ya alcanzada acerca de los hechos objeto del proceso –con la consiguiente subversión del juicio de pertinencia– o, incluso, de un prejuicio acerca de la cuestión de fondo en virtud de la denegación inmotivada de la actividad probatoria” (STC 96/2000, de 10 de abril, FJ 2).

Por último, el alcance de esta garantía constitucional también queda condicionado por su carácter de derecho constitucional de carácter procedimental, lo que exige que, para apreciar su vulneración, quede acreditada la existencia de una indefensión constitucionalmente relevante [por todas, STC 157/2000, de 12 de junio, FJ 2 c)];

ello se traduce en la necesidad de demostrar que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada era decisiva en términos de defensa (STC 147/2002, de 15 de julio, FJ 4), esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito (STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 5), al ser susceptible de alterar el fallo en favor del recurrente (STC 116/1983, de 7 de diciembre, FJ 3). Teniendo en cuenta que la carga de la argumentación recae sobre los solicitantes de amparo, corresponde al recurrente alegar y fundamentar adecuadamente que la prueba en cuestión resulta determinante en términos de defensa sin que la verificación de tal extremo pueda ser emprendida por este Tribunal mediante un examen de oficio de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto (por todas, SSTC 236/2002, de 9 de diciembre, FJ 4; 147/2002, de 15 de julio, FJ 4; 79/2002, de 8 de abril, FJ 3; y 70/2002, de 3 de abril, FJ 5). De ese modo, el recurrente ha de razonar en esta sede en un doble sentido. Por un lado, respecto de la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas; de otro, argumentando que la resolución final del proceso judicial podría haberle sido favorable de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia, ya que sólo en tal caso, comprobado que el fallo pudo, acaso, haber sido otro si la prueba se hubiera admitido, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien, por este motivo, busca amparo (por todas, SSTC 147/2002, de 15 de julio, FJ 4; 79/2002, de 8 de abril, FJ 3; y 165/2001, de 16 de julio, FJ 2).

(STC 43/2003, de 3 de marzo. Recurso de amparo 2591/99. Ponente: D.<sup>a</sup> Elisa Pérez Vera, «BOE» de 14 de marzo de 2003. En el mismo sentido, STC 131/2003, de 30 de junio. Recurso de amparo 4800/2000. Ponente: D. Tomás S. Vives Antón, «BOE» de 30 de julio de 2003)

### *Presunción de inocencia. Eficacia probatoria de las diligencias sumariales*

«Como se recordaba en la STC 14/2001, de 29 de enero, FJ 7, “este Tribunal tiene señalado que la posibilidad de considerar como prueba las diligencias sumariales o preparatorias está supeditada a que se reproduzcan en el juicio oral, o se ratifiquen en su contenido sus autores, o se dé a las partes la posibilidad efectiva de contradecirlas en dicho acto, no bastando la simple fórmula de “por reproducidas” del uso forense y sin más atención sobre ellas, ni aun con el asentimiento del acusado, porque no hay que olvidar que tanto por el principio acusatorio de nuestro sistema procesal penal, como por imperativo constitucional, es al acusador, público o privado, a quien corresponde aportar las pruebas de cargo o inculpativas, es decir, no es el acusado quien tiene que acreditar su inocencia, sino la acusación su culpabilidad (SSTC 150/1987, de 1 de octubre, 161/1990, de 19 de octubre, 140/1991, de 20 de junio, 32/1995, de 6 de febrero. La STC 80/1986, de 17 de junio, FJ 1, señaló que no puede negarse toda eficacia probatoria a las diligencias sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución y el ordenamiento procesal establecen en garantía de la libre declaración y defensa de los ciudadanos, siempre que sean reproducidas en el acto de la vista en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción. Esta doctrina fue reiterada y perfilada en las SSTC 22/1988, de 18 de febrero; 25/1988, de 23 de febrero; 82/1988, de 28 de abril; 137/1988, de 7 de julio; 98/1990, de 24 de mayo; 80/1991, de 15 de abril; 336/1993, de 15 de noviembre; 51/1995, de 23 de febrero; 200/1996, de 3 de diciembre; 40/1997, de 27 de febrero; 153/1997, de 29 de septiembre; 41/1998, de 24 de febrero, y 115/1998, de 1 de junio, en las que se catalogan los requisitos para la validez probatoria de las diligencias sumariales:

debe tratarse de actuaciones, en principio, no reproducibles en el juicio oral, intervenidas por la autoridad judicial, con garantía de contradicción y repetidas como prueba en el juicio oral mediante la lectura efectiva de los documentos que acreditan su contenido».

(STC 38/2003, de 27 de febrero de 2003. Recurso de amparo 2037/99. Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, «BOE» de 14 de marzo de 2003)

### *Presunción de inocencia. Eficacia probatoria de las declaraciones testimoniales prestadas en fase de instrucción e incorporadas al juicio oral*

«En relación con la eficacia probatoria de las declaraciones testimoniales prestadas durante la fase de instrucción, posteriormente incorporadas al juicio oral, se ha puesto de manifiesto reiteradamente la trascendencia constitucional del respeto al principio de contradicción en salvaguarda del derecho de defensa, a la luz de lo dispuesto en los Tratados y acuerdos internacionales sobre derechos y libertades fundamentales ratificados por España (art. 10.2 CE), entre ellos el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.2 de nuestra Constitución, ha de servir de criterio interpretativo en la aplicación de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales.

En efecto, ya en la STC 303/1993, de 25 de octubre (FJ 8), recordábamos que “a fin de potenciar los principios de contradicción, oralidad e intermediación como garantías inherentes al derecho al proceso justo o debido”, tiene el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declarado, como principio general procesal penal, que los medios de prueba deben obtenerse ante el acusado en audiencia pública y en el curso de un debate contradictorio (STEDH *Barberá, Messegué y Jabardo c. España*, 6 diciembre 1988. Más concretamente, y en lo que se refiere a la posibilidad de sustitución del testigo directo por el indirecto, sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquél al juicio oral, el Tribunal Europeo ha declarado dicha práctica como contraria a lo dispuesto en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, por cuanto, de un lado, priva al Tribunal sentenciador de su derecho a formarse un juicio sobre la veracidad o credibilidad del testimonio indirecto al no poder confrontarlo con el directo y, de otro y sobre todo, vulnera lo dispuesto en los artículos 6.1 y 3.d CEDH que consagra el derecho que al acusado asiste de interrogar a los testigos de cargo, de cuyo término resulta la obligación de conceder al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar al testimonio de cargo e interrogar a su autor” (STEDH *Delta c. Francia*, 19 de diciembre de 1990, A. núm. 191, p. 36; *Isgró c. Italia*, 19 de febrero de 1991, A. núm. 194-A, p. 34; *Asch c. Austria*, 26 de abril de 1991, A. núm. 203, p. 27; en particular sobre la prohibición de declaración de testigos “anónimos”, vide *Windisch c. Austria*, 27 de septiembre de 1990, A. núm. 186, p. 26; *Kostovski c. Holanda*, 20 de noviembre de 1989, A. núm. 166, p. 41; y *Lüdi c. Suiza*, 15 de junio de 1992, A. núm. 238, p. 47”).

La anterior doctrina nos ha llevado a declarar que no existe vulneración del principio de contradicción determinante de la falta de validez de la prueba inculpativa cuando, aun existiendo una falta de contradicción inicial, ésta tiene lugar con posterioridad de modo que se posibilita ulteriormente un ejercicio suficiente del derecho de defensa. De este modo, en la STC 57/2002, de 11 de marzo (FJ 3), se dijo “En cuanto a la supuesta falta de contradicción en fase sumarial, que en la demanda se anuda al hecho de no haber asistido a la misma el Letrado del recurrente por no estar

personado en el proceso cuando se llevó a cabo, cabe recordar, que, conforme a las exigencias dimanantes del artículo 24.2 CE (interpretado conforme al artículo 6.3.d CEDH), el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de la acusación, como manifestación del principio de contradicción, se satisface dando al acusado una ocasión adecuada y suficiente para discutir un testimonio en su contra, e interrogar a su autor en el momento en que declare o en un momento posterior del proceso (SSTEDH de 24 de noviembre de 1986, caso *Unterpertinger c. Austria*, § 31; de 20 de noviembre de 1989, caso *Kostovsky c. Holanda*, § 41; de 27 de septiembre de 1990, caso *Windisch c. Austria*, § 26; de 19 de febrero de 1991, caso *Isgro c. Italia*, § 34; de 20 de septiembre de 1993, caso *Saïdi c. Francia*, § 43; y la más reciente, de 27 de febrero de 2001, caso *Luca c. Italia*, § 40)".

Asimismo, en la reciente STC 80/2003, de 28 de abril (FJ 6), hemos declarado que "el principio de contradicción se respeta, no sólo cuando el demandante (su dirección letrada) goza de la posibilidad de intervenir en el interrogatorio de quien declara en su contra, sino también cuando tal efectiva intervención no llega a tener lugar por motivos o circunstancias que no se deben a una actuación judicial constitucionalmente censurable. Así, en el caso enjuiciado por la STC 2/2002, de 14 de enero, el Letrado del entonces demandante y los defensores del resto de los imputados estuvieron presentes en la declaración sumarial que incriminaba al demandante, y si no formularon preguntas fue debido a su pasividad. Del mismo modo, en el caso considerado por la STC 57/2002, de 11 de marzo, la declaración sumarial del coimputado que incriminaba al allí demandante de amparo fue prestada antes de que éste se personara en la causa debido a que se encontraba huido. Esto es, precisamente, lo acontecido en el caso que ahora nos ocupa, pues, tal como reconoce el demandante de amparo y resulta de las actuaciones judiciales, cuando se producen la declaraciones [.../...], el demandante había huido de la justicia y no se encontraba personado en el sumario, por lo que no puede imputarse su falta de intervención en tales declaraciones a una actuación reprochable del órgano judicial, el cual actuó, en ese momento, con pleno respeto al principio de contradicción. En el mismo sentido se pronuncia la STC 115/1998, de 1 de junio, para un caso en el que el demandante se encontraba en rebeldía, o la STC 174/2001, de 26 de julio, respecto a declaraciones prestadas en una instrucción sumarial declarada secreta".

En consecuencia, hemos estimado que una declaración realizada en el sumario, sin garantizar en el momento de su práctica la posibilidad de que la defensa del acusado tuviera la oportunidad de interrogar y confrontar las manifestaciones efectuadas por un testigo de cargo, y sin que la falta o déficit de contradicción resultara imputable a la parte acusada o a su defensa, determina la falta de validez de una prueba que no puede ser sanada mediante la simple lectura en el acto del juicio oral de la declaración sumarial.

Así, en la STC 12/2002, de 28 de enero (FJ 4), señalábamos que "Tampoco puede integrarse en la valoración probatoria, como prueba de cargo practicada con las debidas garantías, la declaración prestada por la denunciante ante el Juez instructor, ya que se practicó sin dar al imputado la posibilidad de confrontarse con el testigo, al no haber sido previamente citado el Letrado defensor del entonces ya imputado y detenido el cual, según se desprende claramente de las actuaciones remitidas, ya contaba con Abogado. El testimonio así emitido, sin estar garantizada la posibilidad de contradicción del ya imputado, no puede integrar el material probatorio a la hora de dictar Sentencia (SSTC 80/1986, de 17 de junio, FJ 2; 25/1988, de 23 de febrero, FJ 2; 51/1995, de 23 de febrero, FJ 2; 200/1996, de 3 de diciembre, FJ 2; 49/1998, de 2 de marzo, FJ 2; y 2/2002, de 14 de enero, FJ 6), pues ni en el momento de prestarse, ni en otro posterior, el recurrente ha tenido la posibilidad de interrogar a la denunciante. Por ello, resulta irrelevante el hecho de su lectura en el acto del juicio oral

pues, como tal como se afirma en la STC 40/1997, 3 de diciembre (FJ 5), “ese vicio de origen (en el sumario) daña cualquier intento de reproducción válida y eficaz (en el juicio oral)”».

(STC 187/2003, de 27 de octubre. Recurso de amparo 1069/1999. Ponente: D. Pablo García Manzano, «BOE» de 26 de noviembre de 2003)

«No cabe duda de que, con carácter general, los Tribunales pueden dar más valor a las declaraciones vertidas en la instrucción que a las realizadas en la vista oral. En tal sentido, en lo que se refiere a las manifestaciones prestadas en fase sumarial cuyo resultado se pretenda integrar en la valoración probatoria, este Tribunal, al analizar la aplicación judicial de lo previsto en los artículos 714 y 730 LECrim., ha resaltado la necesidad de que en estos supuestos el contenido de la diligencia practicada en el sumario se reproduzca en el acto del juicio oral mediante la lectura pública del acta en la que se documentó o introduciendo su contenido a través de los interrogatorios (STC 2/2002, de 14 de enero, FJ 7). En tales condiciones, el resultado de la diligencia accede al debate procesal público ante el Tribunal, cumpliendo así la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, inmediación y contradicción (SSTC 155/2002, de 22 de julio, F10, y 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2, entre las últimas).

De acuerdo con el contenido del artículo 714 LECrim., en el caso de que en el acto del juicio oral un testigo o un imputado (pues a este último se han extendido jurisprudencialmente las previsiones legales que analizamos), modifique o se retracte de anteriores manifestaciones, se le podrá leer la declaración sumarial invitándole a que explique la diferencia o contradicción que se observe con la practicada en el juicio oral. Este interrogatorio, subsiguiente a la lectura de las anteriores declaraciones, realizado en presencia y con el protagonismo de las partes, hemos considerado que satisfice las exigencias de contradicción precisas para desvirtuar la presunción de inocencia, de manera que, en tales casos, el órgano judicial, podrá fundar la condena en una u otra versión de los hechos optando por la que, a su juicio, tenga mayor credibilidad (SSTC 82/1988, de 28 de abril; 51/1990, de 26 de marzo; 161/1990, de 19 de octubre; 51/1995, de 23 de febrero; 182/1995, de 11 de diciembre; 153/1997, de 29 de septiembre; y 49/1998, de 2 de marzo). Dicho de otro modo, si se cumplen las exigencias reseñadas el órgano sentenciador se encuentra ante pruebas válidas, y puede dar credibilidad a uno u otro testimonio y fundar sobre él la condena, ya que la defensa puede impugnar su contenido haciendo a su respecto las alegaciones que tenga por oportunas (entre otras, por todas, SSTC 150/1987, de 1 de octubre, FJ 2; 93/1994, de 21 de marzo, FJ 4; 14/2001, de 29 de enero, FJ 7; 57/2002, de 11 de marzo, FJ 3; 155/2002, de 22 de julio, F. 10 y 219/2002, de 25 de noviembre, FJ 3)».

(STC 190/2003, de 27 de octubre. Recurso de amparo 3114/2001. Ponente: D.ª Elisa Pérez Vera, «BOE» de 26 de noviembre de 2003)

### *Presunción de inocencia. Prueba indiciaria*

«El contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia, como regla de juicio, se identifica con el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo obtenidas con todas las garantías, a través de las cuales pueda considerarse acreditado el hecho punible con todos sus elementos, tanto objetivos como subjetivos, incluida la participación del acusado en los mismos. De este contenido hemos extraído como consecuencia que toda Sentencia condenatoria debe, en primer lugar, expresar las pruebas en que se sustenta la declaración de responsabilidad penal, cuyo sustento ha de venir

dado por verdaderos actos de prueba conformes a la Ley y a la Constitución, practicados normalmente en el acto del juicio oral, salvo las excepciones constitucionalmente admisibles. Por ello hemos afirmado la necesidad de que la prueba así practicada sea valorada y debidamente motivada por los Tribunales, con sometimiento a las reglas de la lógica y la experiencia (SSTC 174/1985, de 17 de diciembre, FJ 2; 109/1986, de 24 de septiembre, FJ 1; 63/1993, de 1 de marzo, FJ 5; 35/1995, de 6 de febrero, FJ 3; 81/1998, de 2 de abril, FJ 3; 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 2; 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 3; 111/1999, de 14 de junio, FJ 2; 33/2000, de 14 de febrero, FFJJ 4 y 5; 126/2000, de 16 de mayo, FJ 12; 68/2001, de 17 de marzo, FJ 5; 124/2001, de 4 de junio, FJ 9; 17/2002, de 28 de enero, FJ 2; 209/2001, de 22 de octubre, FJ 4; 222/2001, de 5 de noviembre, FJ 3; y 137/2002, de 3 de junio, FJ 5).

En segundo lugar, es preciso aludir a los límites de nuestro control. Una vez más es preciso afirmar que no nos corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, dado que el artículo 117.3 CE y, en el marco jurídico que establece, el artículo 741 LECrim. atribuyen dicha tarea a los Tribunales penales. Por ello la función de este Tribunal se limita al control de la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que resulta, porque el recurso de amparo no es un recurso de apelación, ni el Tribunal Constitucional una tercera instancia, de modo que tampoco es posible que entremos en el análisis de otras posibles inferencias distintas a las efectuadas por los órganos judiciales. Tales límites de la jurisdicción constitucional de amparo derivan, por un lado, de la imposibilidad legal de determinar los hechos del proceso [artículo 44.1 b) LOTC] y, por otro, de la imposibilidad material de contar en el proceso de amparo con las garantías de publicidad, oralidad, intermediación y contradicción que deben rodear a la valoración probatoria. Ello, conforme hemos declarado también de forma continuada en el tiempo, nos impide valorar nuevamente la prueba practicada o enjuiciar la valoración realizada por el Tribunal con arreglo a criterios de calidad u oportunidad. Por tanto, hemos de limitarnos a comprobar que la prueba existente se ha obtenido y practicado conforme a la Constitución, que se trate de una prueba de cargo y que los hechos declarados probados puedan inferirse de ella de modo razonable (SSTC 220/1998, F. 6; 120/1999, de 28 de junio, FJ 2; 155/2002, de 22 de julio, FJ 7; y 219/2002, de 25 de noviembre, FJ 2).

La preocupación por la razonabilidad y solidez del nexo o engarce entre la consecuencia o resultado alcanzado y el relato de hechos probados queda singularmente de manifiesto en la exigencia de que, en supuestos de prueba indiciaria, como cabe calificar la que se dio en el presente caso, los hechos constitutivos de delito deben deducirse de hechos plenamente probados a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, explicitado en la resolución condenatoria (STC 24/1997, de 11 de febrero, FJ 2). Sólo en caso de falta de lógica o incoherencia, porque los indicios considerados excluyan o no conduzcan naturalmente al hecho de que ellos se hace derivar o por su carácter no concluyente por excesivamente abierto, débil o indeterminado, podría constatarse la irrazonabilidad de una inferencia condenatoria (SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 3; 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4; 120/1999, de 28 de junio, FJ 2; 198/2002, de 28 de octubre, FJ 5).

(STC 56/2003, de 24 de marzo. Recurso de amparo 3087/2000. Ponente: D.<sup>a</sup> Elisa Pérez Vera, «BOE» de 16 de abril de 2003)

«Conforme a la doctrina de este Tribunal, desde la STC 31/1981, de 28 de julio, este derecho, en su vertiente de regla de juicio y en esta sede constitucional, se configura como el derecho a no ser condenado sin prueba de cargo válida. Por tanto, “sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no

haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado” (STC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 2 y, citándola, entre otras muchas, SSTC 120/1999, de 28 de junio, FJ 2; 249/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 155/2002, de 22 de julio, FJ 7; 209/2002, de 11 de noviembre, FJ 3).

Constituye también reiterada doctrina de este Tribunal la afirmación de la “radical falta de competencia de esta jurisdicción de amparo para la valoración de la actividad probatoria practicada en el proceso penal y para la evaluación de dicha valoración conforme a criterios de calidad o de oportunidad”, y que “nuestra misión se constriñe a la de supervisar externamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante. En rigor, pues, la función de este Tribunal no consiste en enjuiciar el resultado alcanzado, sino en el control externo del razonamiento lógico seguido para llegar hasta él” (por todas, STC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 3).

Por otra parte, desde la STC 174/1985, de 17 de diciembre, hemos sostenido que, a falta de prueba directa, la prueba de cargo puede ser indiciaria, siempre que se cumplan los siguientes requisitos, que permiten distinguirla de las simples sospechas: a) Que parte de hechos plenamente probados. b) Que los hechos constitutivos de delito se deduzcan de esos indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, explicitado en la sentencia condenatoria (SSTC 174/1985 y 175/1985, ambas de 17 de diciembre; 24/1997, de 11 de febrero, FJ 2; 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 3; 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4; 44/2000, de 14 de febrero, FJ 2; 124/2001, de 4 de junio, FJ 12; 17/2002, de 28 de enero, FJ 3).

Nuestro control de la razonabilidad del discurso, esto es, de la solidez de la inferencia puede llevarse a cabo tanto desde el canon de su lógica o coherencia (siendo irrazonable cuando los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o no conduzcan naturalmente a él), como desde el de su suficiencia o carácter concluyente (excluyéndose la razonabilidad por el carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado de la inferencia). En este último caso, este Tribunal afirma que ha de ser especialmente cauteloso, por cuanto son los órganos judiciales los únicos que tienen un conocimiento preciso, completo y adquirido con todas las garantías de la actividad probatoria, especialmente por factores derivados de la inmediatez. Por ello, se afirma que sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento “cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada” (SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 3; 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4; 120/1999, de 28 de junio, FJ 2; 44/2000, de 14 de febrero, FJ 2; 155/2002, de 22 de julio, FJ 14).

Así, como recordábamos en la última de las Sentencias citadas, “nuestra jurisprudencia ha catalogado como inferencia no concluyente contraria al derecho a la presunción de inocencia la que une ‘la sola tenencia de instrumentos idóneos para ejecutar un delito de robo’ con su ‘especial destino a tal ejecución’ (STC 105/1988, FJ 3); la que concluye la intervención de una persona en un hecho punible a partir únicamente de la apreciación de que tuvo la ocasión de cometerlo o de que estaba en posesión de medios aptos para su comisión o por simples sospechas o conjeturas (STC 283/1994, FJ 2); la que une la sola posesión de unos pájaros con el robo con escalamiento de los mismos (STC 24/1997); la sola titularidad de una embarcación utilizada para una conducta ilegal de pesca con la autoría de dicha conducta (STC 45/1997); o finalmente, la que concluye la participación del acusado en una

operación de tráfico de drogas a partir del único dato del acompañamiento al aeropuerto de quien iba allí a recoger la droga (STC 157/1998)».

(STC 135/2003, de 30 de junio. Recurso de amparo 5110/2001. Ponente: D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Emilia Casas Baamonde, «BOE» de 30 de julio de 2003)

«En la STC 155/2002, de 22 de julio (FJ 10), decíamos que: “Como señalábamos en la STC 81/1998, aunque ‘la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio... opera, en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable’, la jurisdicción constitucional de amparo, que ‘no puede entrar a valorar las pruebas sustituyendo a los Jueces y Tribunales ordinarios’, sólo podrá constatar una vulneración del derecho fundamental ‘cuando no exista una actividad probatoria de cargo constitucionalmente válida, de la que, de modo no arbitrario, pueda inferirse la culpabilidad, como hemos venido afirmando desde la STC 31/1981 hasta las más recientes (SSTC 24/1997 y 45/1997)’ (FJ 3). Dicho de otro modo: en esencia, sólo cabrá constatar una vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado. Como precisaba la STC 94/1990 en relación con los dos últimos niveles de análisis, lo trascendente es que ‘el Tribunal operó razonablemente sobre pruebas de cargo suficientes... para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, y que ello aparece explicitado en su Sentencia’ (FJ 5). Ha de repararse, al hilo de esta cita jurisprudencial y de la anterior de la STC 81/1998, en algo que es extraordinariamente trascendente para esta jurisdicción de amparo en cuanto que la delimita radicalmente: el juicio de amparo constitucional versa acerca de la razonabilidad del nexo establecido por la jurisdicción ordinaria, sin que podamos entrar a examinar la razonabilidad de otras posibles inferencias propuestas por quien solicita el amparo. Esta doctrina, recogida en términos idénticos en el fundamento jurídico tercero de la STC 220/1998, de 16 de noviembre, y coincidente en lo sustancial con cuanto hasta ahora hemos mantenido ininterrumpidamente, se resume diciendo que el Tribunal Constitucional ha de limitarse a comprobar que la prueba existente se haya obtenido y practicado conforme a la Constitución, que sea de cargo y que, en consecuencia, los hechos declarados probados puedan inferirse de ella de modo razonable y no arbitrario” (en el mismo sentido se han pronunciado las recientes SSTC 195/2002, de 28 de octubre, F. 2, y 80/2003, de 28 de abril, FJ 5).

De igual modo, en la STC 80/2003, de 28 de abril, FJ 5, recordábamos nuestra doctrina sobre las clases de diligencias y pruebas con base en las cuales puede considerarse practicada una mínima o suficiente prueba de cargo válida para enervar el derecho a la presunción de inocencia. Así decíamos: “Desde la STC 31/1981, de 28 de julio, FJ 3, al analizar los requisitos constitucionales de validez de las pruebas capaces de desvirtuar la presunción de inocencia, este Tribunal ha establecido reiteradamente una regla general conforme a la cual ‘únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar Sentencia las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar precisamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes’ (STC 161/1990, de 19 de octubre, FJ 2). No obstan-

te, desde la STC 80/1986, de 17 de junio, FJ 1, nuestra jurisprudencia ha admitido, también expresamente, que dicha regla general admite excepciones, a través de las cuales es conforme a la Constitución, en limitadas ocasiones, integrar en la valoración probatoria el resultado de las diligencias sumariales de investigación si las mismas se someten a determinadas exigencias de contradicción. En concreto, la validez como prueba de cargo preconstituida de las declaraciones prestadas en fase sumarial se condiciona al cumplimiento de una serie de requisitos que hemos clasificado en materiales (su imposibilidad de reproducción en el acto del juicio oral), subjetivos (la necesaria intervención del Juez de instrucción), objetivos (que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual ha de proveerse de Abogado al imputado, a fin de que pueda interrogar al testigo) y formales (la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, conforme a lo ordenado por el artículo 730 LECrim., o a través de los interrogatorios, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral)” (en el mismo sentido, SSTC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 3; 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 5; 12/2002, de 28 de enero, FJ 4 y 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2)».

(STC 174/2003, de 20 de septiembre. Recurso de amparo 3142/2002. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez, «BOE» de 23 de octubre de 2003)

### *Presunción de inocencia. Pruebas capaces para desvirtuarla*

«Bueno será recordar la doctrina de este Tribunal en torno a los requisitos de validez de las pruebas capaces de desvirtuar la presunción de inocencia y sobre el marco en el que se desenvuelve nuestra función cuando se alega la presunción de inocencia. Así, en la STC 195/2002, de 28 de octubre (con cita de las SSTC 217/1989, de 21 de diciembre, FJ 2; 40/1997, de 27 de febrero, FJ 2; 2/2002, de 14 de enero, FJ 6; 12/2002, de 28 de enero, FJ 4; y 155/2002, de 22 de julio, FJ 10), decíamos que:

“Desde la STC 31/1981, de 28 de julio, FJ 3, al analizar los requisitos constitucionales de validez de las pruebas capaces de desvirtuar la presunción de inocencia, este Tribunal ha establecido reiteradamente una regla general conforme a la cual ‘únicamente pueden considerarse auténticas pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal en el momento de dictar Sentencia las practicadas en el juicio oral, pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar precisamente en el debate contradictorio que, en forma oral, se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia, de suerte que la convicción de éste sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios aportados a tal fin por las partes’ (STC 161/1990, de 19 de octubre, FJ 2).

No obstante, desde la STC 80/1986, de 17 de junio, FJ 1, nuestra jurisprudencia ha admitido, también expresamente, que dicha regla general admite excepciones, a través de las cuales es conforme a la Constitución, en limitadas ocasiones, integrar en la valoración probatoria el resultado de las diligencias sumariales de investigación si las mismas se someten a determinadas exigencias de contradicción. En concreto, la validez como prueba de cargo preconstituida de las declaraciones prestadas en fase sumarial se condiciona al cumplimiento de una serie de requisitos que hemos clasificado en materiales (su imposibilidad de reproducción en el acto del juicio oral), subjetivos (la necesaria intervención del Juez de instrucción), objetivos (que se garantice la posibilidad de contradicción, para lo cual ha de proveerse de Abogado al imputado, a fin de que pueda interrogar al testigo) y formales (la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta, con-

forme a lo ordenado por el artículo 730 LECrim., o a través de los interrogatorios, lo que posibilita que su contenido acceda al debate procesal público y se someta a confrontación con las demás declaraciones de los intervinientes en el juicio oral). Así se establece, entre otras Sentencias, además de la ya mencionada STC 80/1986, en las SSTC 200/1996, de 3 de diciembre, FJ 2; 40/1997, de 27 de febrero, FJ 2, y 12/2002, de 28 de enero, FJ 4.

Hemos dicho, al efecto, en la STC 155/2002, de 22 de julio, FJ 10, lo siguiente: ‘Singularmente, en lo que se refiere a las manifestaciones prestadas en fase sumarial cuyo resultado se pretenda integrar en la valoración probatoria, este Tribunal, al analizar la aplicación judicial de lo previsto en los artículos 714 y 730 LECrim, ha resaltado la necesidad de que en estos supuestos, dado su carácter secreto, el contenido de la diligencia practicada en el sumario se reproduzca en el acto del juicio oral mediante la lectura pública del acta en la que se documentó, o introduciendo su contenido a través de los interrogatorios (STC 2/2002, de 14 de enero, FJ 7), pues de esta manera, ante la rectificación o retractación del testimonio operada en el acto del juicio oral (art. 714 LECrim), o ante la imposibilidad material de su reproducción (art. 730 LECrim), el resultado de la diligencia accede al debate procesal público ante el Tribunal, cumpliendo así la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, inmediación y contradicción’.

Finalmente, y en relación con el ámbito de nuestra jurisdicción en materia de presunción de inocencia, ha de recordarse la radical falta de competencia para la valoración de la actividad probatoria practicada en el proceso penal y para enjuiciar el resultado de dicha valoración con criterios de calidad u oportunidad. Así, hemos dicho en la STC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 2, que ‘lejos de la función de volver a valorar la prueba y de cotejar sus conclusiones con las alcanzadas por los órganos judiciales, nuestra misión se constriñe a la de supervisar externamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante’, de modo que ‘la función de este Tribunal no consiste en enjuiciar el resultado alcanzado, sino el control externo del razonamiento lógico seguido para llegar a él’. Y añadimos en dicha Sentencia que por ello ‘sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el ‘iter’ discursivo que conduce de la prueba al hecho probado’. Se expone tal doctrina asimismo, entre otras, en las SSTC 120/1999, de 28 de junio, FJ 2; 249/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 155/2002, de 22 de julio, FJ 7”».

(STC 80/2003, de 28 de abril. Recurso de amparo 1852/2001. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez, «BOE» de 17 de mayo de 2003. En el mismo sentido, STC 206/2003, de 1 de diciembre. Recurso de amparo 404/2001. Ponente: D. Javier Delgado Barrio, «BOE» de 8 de enero de 2004).

### *Presunción de inocencia. Testimonio de referencia como prueba de cargo*

«“El recurso al testigo de referencia ha de quedar limitado a aquellas situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal” (SSTC 79/1994, de 14 de marzo, FJ 4; 68/2002, de 21 de marzo, FJ 10; y 155/2002, de 22 de julio, FJ 17), lo que resultaría aplicable en el presente caso, en el que la víctima es una niña de corta edad, incapacitada para declarar por falta de discernimiento (art. 417.2 LECrim.). Como requisito adicional, aun cumpli-

da la primera exigencia referente a la imposibilidad real y efectiva de que el testigo directo comparezca, hemos requerido además que la declaración de los testigos de referencia se preste en el juicio oral con las debidas garantías de inmediación y contradicción. Cumplidas estas premisas, las declaraciones prestadas por los testigos de referencia pueden servir para desvirtuar la presunción de inocencia; en definitiva, para fundar la condena respetando el contenido esencial de este derecho (SSTC 209/2001, de 22 de octubre, FFJJ 5 y 6; 219/2002, de 25 de noviembre, FJ 3)».

(STS 41/2003, de 27 de febrero de 2003. Recurso de amparo 2709/2001. Ponente: D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, «BOE» de 14 de marzo de 2003)

«Comenzando, pues, por la doctrina de este Tribunal sobre el testimonio de referencia, hemos sostenido que ciertamente puede ser uno de los actos de prueba en los que fundar una decisión condenatoria. Pero, como hemos declarado reiteradamente, se trata de un medio que puede despertar importantes recelos o reservas para su aceptación sin más como medio apto para desvirtuar la presunción de inocencia. Partiendo de esta base hemos dicho que la validez probatoria del testigo de referencia se halla condicionada por la plenitud del derecho de defensa, de modo que, en la medida en que el recurso al testigo de referencia impidiese el examen contradictorio del testigo directo, resultaría constitucionalmente inadmisibles, pues en muchos casos supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos, además de conllevar una limitación obvia de las garantías de inmediación y contradicción en la práctica de la prueba (SSTC 217/1989, de 21 de diciembre, F. 4; 97/1999, de 31 de mayo, F. 6; 209/2001, de 22 de octubre, F. 5; 155/2002, de 22 de julio, F. 17; y 219/2002, de 25 de noviembre (F. 4). Ésta es también la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 19 de diciembre de 1990, caso *Delta*, § 36; de 19 de febrero de 1991, caso *Isgrò*, § 34; y de 26 de abril de 1991, caso *Asch*, § 27).

Tal como textualmente hemos afirmado recientemente en la STC 155/2002, de 22 de julio, “de un lado, incorporar al proceso declaraciones testificales a través de testimonios de referencia implica la elusión de la garantía constitucional de inmediación de la prueba al impedir que el Juez que ha de dictar Sentencia presencie la declaración del testigo directo, privándole de la percepción y captación directa de elementos que pueden ser relevantes en orden a la valoración de su credibilidad (STC 97/1999, de 31 de mayo, F. 6; en sentido similar, SSTC 217/1989, de 21 de diciembre, F. 5; 79/1994, de 14 de marzo, F. 4; 35/1995, de 6 de febrero, F. 3, y 7/1999, de 8 de febrero, F. 2). De otro, supone soslayar el derecho que asiste al acusado de interrogar al testigo directo y someter a contradicción su testimonio, que integra el derecho al proceso con todas las garantías del artículo 24.2 CE (específicamente STC 131/1997, de 15 de julio, F. 4; en sentido similar, SSTC 7/1999, de 8 de febrero, F. 2, y 97/1999, de 31 de mayo (F. 6) y que se encuentra reconocido expresamente en el párrafo 3 del artículo 6 del Convenio europeo de derechos humanos como una garantía específica del derecho al proceso equitativo del artículo 6.1 del mismo (STEDH de 19 de diciembre de 1990, caso *Delta*, §§ 36 y 37)”.

El recurso al testigo de referencia ha de quedar limitado, por lo tanto, a aquellas situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal (SSTC 79/1994, de 14 de marzo, F. 4; 68/2002, de 21 de marzo, F. 10; 155/2002, de 22 de julio, F. 17; y 219/2002, de 25 de noviembre, F. 4). Y los supuestos en los que hemos declarado la existencia de esta imposibilidad real y efectiva han sido aquellos en los que el testigo se encuentra en ignorado paradero, es decir, los casos en los que es imposible citar al testigo directo (STC 35/1995, de 6 de febrero, F. 3), aunque también hemos incorporado los casos en los que la ci-

tación del testigo resultaba resulta extraordinariamente dificultosa (STC 209/2001, de 22 de octubre, F. 5)».

(STC 146/2003, de 14 de julio. Recurso de amparo 3078/2001. Ponente: D. Roberto García-Calvo y Montiel, «BOE» de 13 de agosto de 2003)

### *Presunción de inocencia. Valor probatorio de las declaraciones de coimputados*

«La presunción de inocencia, además de constituir un principio o criterio informador del ordenamiento procesal penal, es ante todo un derecho fundamental en cuya virtud una persona acusada de una infracción no puede ser considerada culpable hasta que así se declare en Sentencia condenatoria, siendo sólo admisible y lícita esta condena cuando haya mediado una actividad probatoria que, practicada con la observancia de las garantías procesales y libremente valorada por los Tribunales penales, pueda entenderse de cargo (STC 51/1995, de 23 de febrero, FJ 2). Y como regla general, la única prueba que puede desvirtuar la presunción de inocencia es la efectuada en el juicio oral bajo los principios de contradicción, publicidad e inmediatez, regla que rige también en materia de prueba testifical, donde la contradicción viene expresamente requerida por el artículo 6.3 d) del Convenio de Roma para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y por el artículo 14.3 e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (SSTC 200/1996, de 3 de diciembre, FJ 2 y 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 3).

[.../...]

Como ha quedado indicado la queja del recurrente se centra en que las citadas declaraciones no accedieron al juicio oral, pese a lo cual han sido utilizadas, en detrimento de las de signo contrario realizadas en la vista, para basar su condena. El problema se reconduce, pues, a determinar el valor probatorio de unas declaraciones realizadas sin posibilidad de contradicción y si el modo en que se han introducido en la vista sana esta deficiencia inicial. Y es que, al mismo tiempo que afirmábamos la regla general de que a los órganos de la justicia penal sólo les vinculan como auténticas pruebas las practicadas en el juicio oral, hemos aceptado que la misma puede excepcionarse, no sólo en relación con las pruebas practicadas anticipadamente –a las que se refieren los artículos 657.3 y 790.5, 791.2 y 792.1, todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal–, sino también de manera específica en los supuestos recogidos en los artículos 714 y 730 del mismo Cuerpo Legal.

En concreto, al analizar la aplicación judicial de lo previsto en los últimos artículos citados, recogiendo abundante doctrina anterior, insistíamos en la STC 2/2002, de 14 de enero FJ 6, en la necesidad de que la diligencia previamente practicada “se reproduzca en el acto del juicio mediante la lectura pública del acta en la que se documentó, pues sólo de esta manera, ante la rectificación o retractación del testimonio operada en el acto del juicio oral (art. 714 LECrim.), o ante la imposibilidad material de su reproducción (art. 730 LECrim.), el resultado de la diligencia accede al debate procesal público, pudiendo así el órgano sentenciador dar verosimilitud a uno u otro testimonio, y la defensa impugnar su contenido haciendo sobre ellas las alegaciones que tenga por oportunas (SSTC 150/1987, de 1 de octubre, FJ 2; 137/1988, de 7 de julio, FJ 3; 93/1994, de 21 de marzo, FJ 4 y 14/2001, de 26 de enero, FJ 7)”. Ahora bien, superando interpretaciones formalistas, hemos insistido en que lo realmente relevante es que el resultado de la diligencia practicada en fase sumarial acceda “al debate procesal público ante el Tribunal, cumpliendo así la triple exigen-

cia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, intermediación y contradicción” (SSTC 155/2002, de 22 de julio, FJ 10, y 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2). [.../...]

5. En una segunda línea argumental el recurrente considera, como queda dicho, que en el caso sometido a nuestro enjuiciamiento se ha vulnerado su derecho a la presunción de inocencia en la medida en que su condena se ha producido exclusivamente como consecuencia de las declaraciones de un coimputado que no han sido corroboradas.

Para poder valorar debidamente esta alegación del demandante de amparo resulta preciso acudir a nuestra doctrina sobre el derecho a la presunción de inocencia cuando la condena se ha dictado con base en las declaraciones de coimputados. Tras una primera fase, que evocábamos en nuestra STC 233/2002, de 9 de diciembre, FJ 3, este Tribunal viene considerando [STC 125/2002, de 20 de mayo, FJ 3, con remisión a la doctrina sentada anteriormente por este Tribunal en las SSTC 153/1997, FJ 6; 49/1998, de 2 de marzo, FJ 5; 115/1998, de 1 de junio, FJ 5; 68/2001, de 17 de marzo, FJ 5 b); 182/2001, de 17 de septiembre, FJ 6; 2/2002, FJ 6; 57/2002, de 11 de marzo, FJ 4; y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia de 25 de febrero de 1993, caso *Funko c. Francia*] que las declaraciones inculpativas de un coimputado carecen de consistencia plena como prueba de cargo si no están corroboradas por otras pruebas.

Por ello hemos exigido al menos una mínima corroboración de las declaraciones de los coimputados cuando dichas declaraciones son las únicas pruebas de cargo en las que se basa la Sentencia condenatoria. Con respecto a lo que constituya esa mínima corroboración hemos advertido también que en sede constitucional no nos es posible exigir una corroboración plena, pues determinar si unas pruebas o datos corroboran plenamente una declaración implica necesariamente una valoración de tales datos o pruebas que nos está vedada; y tampoco hemos ofrecido una definición de lo que haya de entenderse por corroboración más allá de la idea de que la veracidad de la declaración de un coimputado ha de estar avalada por algún dato, hecho o circunstancia externa, debiendo dejar al análisis efectuado caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no (SSTC 68/2001, de 17 de marzo, FJ 5; 72/2001, de 26 de marzo, FJ 4; 182/2001, de 17 de septiembre, FJ 6; 68/2002, de 21 de marzo, FJ 8; 155/2002, de 22 de julio, FJ 11; y 181/2002, de 14 de octubre, FJ 3, entre las últimas).

En suma, la STC 233/2002, de 9 de diciembre, FJ 3, sintetiza la doctrina de este Tribunal sobre la incidencia en la presunción de inocencia de tales declaraciones, cuando son prueba única, en los siguientes términos: “a) la declaración inculpativa de un coimputado es prueba legítima desde la perspectiva constitucional; b) la declaración inculpativa de un coimputado es prueba insuficiente y no constituye por sí misma actividad probatoria de cargo mínima para enervar la presunción de inocencia; c) la aptitud como prueba de cargo mínima de la declaración inculpativa de un imputado se adquiere a partir de que su contenido quede mínimamente corroborado; d) se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración; y d) la valoración de la existencia de corroboración mínima ha de realizarse caso por caso”».

(STC 25/2003, de 10 de febrero. Recurso de amparo 5006/2000. Ponente: D.ª Elisa Pérez Vera, «BOE» de 5 de marzo de 2003)

«Como señala la STC 181/2002, de 14 de octubre (FJ 3), con cita de la STC 68/2001, de 17 de marzo (FJ 5), las declaraciones de un coimputado, por sí solas, no

permiten desvirtuar la presunción de inocencia constitucionalmente reconocida, de modo que para que pueda fundarse una condena en tales declaraciones sin lesionar el derecho fundamental a la presunción de inocencia, es preciso que se adicione a las mismas algún dato que corrobore mínimamente su contenido, destacando las consideradas Sentencias que no es posible definir con carácter general qué debe entenderse por la exigible “corroboración mínima”, más allá de la idea obvia de que la veracidad de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externos para que pueda estimarse corroborada, dejando, por lo demás, a la casuística la determinación de los supuestos en que puede considerarse que ha existido esa mínima corroboración, tomando en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso. Asimismo, debe destacarse que tanto la citada STC 181/2002 (FJ 3) como la STC 72/2001, de 26 de marzo (FJ 5), han puesto de manifiesto que la circunstancia de que la condena se funde exclusivamente en las declaraciones de más de un coimputado no permite tampoco considerar desvirtuada la presunción de inocencia del condenado, siendo exigible también en tales casos la mínima corroboración del contenido de esas declaraciones de la pluralidad de coimputados mediante algún dato, hecho o circunstancia externos a las mismas; es decir, la declaración de un coimputado no constituye corroboración mínima, a los efectos que venimos exponiendo, de la declaración de otro coimputado».

(STC 65/2003, de 7 de abril. Recurso de amparo 2441/96. Ponente: D. Pablo García Manzano, «BOE» de 13 de mayo de 2003)

«Como tuvimos ocasión de recordar [STC 125/2002, de 20 de mayo, FJ 3, con remisión a la doctrina sentada anteriormente por este Tribunal en las SSTC 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 6; 49/1998, de 2 de marzo, FJ 5; 115/1998, de 1 de junio, FJ 5; 68/2001, de 17 de marzo, FJ 5 b); 182/2001, de 17 de septiembre, FJ 6; 2/2002, de 14 de enero, FJ 6; 57/2002, de 11 de marzo, FJ 4, y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia de 25 de febrero de 1993, caso *Funke c. Francia*, § 44], la declaración de un coimputado es sospechosa cuando se trata de la única prueba de cargo en la medida en que el acusado, no sólo no tiene obligación de decir la verdad, sino que puede callar parcial o totalmente, en virtud de sus derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, reconocidos en el artículo 24.2 CE, que son garantías instrumentales del más amplio derecho a la defensa. Por ello hemos exigido al menos una mínima corroboración de las declaraciones de los coimputados cuando dichas declaraciones son las únicas pruebas de cargo en las que se basa la Sentencia condenatoria. Así, recientemente, en la STC 233/2002, de 9 de diciembre, FJ 3.

Con respecto a lo que constituya esa mínima corroboración hemos advertido también que en sede constitucional no nos es posible exigir una corroboración plena, pues determinar si unas pruebas o datos corroboran plenamente una declaración implica necesariamente una valoración de tales datos o pruebas que nos está vedada; y tampoco hemos ofrecido una definición de lo que haya de entenderse por corroboración más allá de la idea de que la veracidad de la declaración de un coimputado ha de estar avalada por algún dato, hecho o circunstancia externa, debiendo dejar al análisis efectuado caso por caso la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no (entre otras, SSTC 181/2002, de 14 de octubre, FJ 3, y 207/2002, de 11 de noviembre, FJ 2, entre las últimas)».

(STC 142/2003, de 14 de julio. Recurso de amparo 4065/2000. Ponente: D. Pablo Cachón Villar, «BOE» de 13 de agosto de 2003)

«Este Tribunal ha reconocido la virtualidad probatoria de las declaraciones de los coimputados, afirmando en la STC 137/1988, de 7 de julio, FJ 4, que la toma en consideración de “las declaraciones de los coencausados por su participación en los mismos hechos no está prohibida por la Ley procesal, y no cabe dudar tampoco del carácter testimonial de sus manifestaciones, basadas en un conocimiento extraprocesal de tales hechos. En concreto, este Tribunal ha declarado en reiteradas ocasiones que la valoración de dichas declaraciones efectuadas en sentido acusatorio no vulnera el derecho a la presunción de inocencia (AATC 479/1986, de 4 de junio; 293/1987, de 11 de marzo; 343/1987, de 18 de marzo, entre otros)”. Ahora bien, la duda objetiva de credibilidad que puede derivar de la coparticipación en los hechos del declarante no supone *per se* una tacha, sino que es simplemente un dato a tener en cuenta por el Tribunal penal al ponderar la credibilidad que le merezca, en función de los factores concurrentes, singularmente la propia personalidad de quien declara y sus relaciones con la persona a quien acusa, así como la presencia de posibles móviles de autoexculpación (en este mismo sentido, las SSTC 98/1990, de 24 de mayo, FJ 2, y 51/1995, de 23 de febrero, FJ 4).

Como tuvimos ocasión de recordar en la STC 233/2002, 9 de diciembre, FJ 3, con remisión a la doctrina sentada anteriormente por este Tribunal (por todas, entre las más recientes, en las SSTC 2/2002, de 14 de enero, FJ 6; 57/2002, de 11 de marzo, FJ 4; 125/2002, de 20 de mayo, F. 3) y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia de 25 de febrero de 1993, caso *Funke c. Francia*, la declaración de un coimputado es sospechosa cuando se trata de la única prueba de cargo en la medida en que el acusado, no sólo no tiene obligación de decir la verdad, sino que puede callar parcial o totalmente, en virtud de sus derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, reconocidos en el artículo 24.2 CE, que son garantías instrumentales del más amplio derecho a la defensa. Por ello hemos exigido al menos una mínima corroboración de las declaraciones de los coimputados cuando dichas declaraciones son las únicas pruebas de cargo en las que se basa la Sentencia condenatoria.

Con respecto a lo que constituya esa mínima corroboración hemos advertido también en sede constitucional no nos es posible exigir una corroboración plena, pues determinar si unas pruebas o datos confirman plenamente una declaración implica de modo necesario una valoración de tales datos o pruebas que nos está vedada; y tampoco hemos ofrecido una definición de lo que haya de entenderse por corroboración más allá de la idea de que la veracidad de la declaración de un coimputado ha de estar avalada por algún dato, hecho o circunstancia externa, debiendo dejar la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no al análisis efectuado caso por caso (por todas, SSTC 68/2001, de 17 de marzo, FJ 5; 182/2001, FJ 6; 68/2002, de 21 de marzo, FJ 8; 181/2002, de 14 de octubre, FJ 3; y 233/2002, de 9 de diciembre, FJ 3).

En suma, cabe sintetizar la doctrina de este Tribunal sobre la incidencia en la presunción de inocencia de tales declaraciones, cuando son prueba única, en los siguientes términos: “a) la declaración inculpativa de un coimputado es prueba legítima desde la perspectiva constitucional; b) la declaración inculpativa de un coimputado es prueba insuficiente y no constituye por sí misma actividad probatoria de cargo mínima para enervar la presunción de inocencia; c) la aptitud como prueba de cargo mínima de la declaración inculpativa de un imputado se adquiere a partir de que su contenido quede mínimamente corroborado; d) se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración; y e) la valoración de la existencia de corroboración mínima ha de realizarse caso por caso” (SSTC 233/2002, de 9 de diciembre, FJ 3; y 25/2003, de 10 de febrero, FJ 5)».

(STC 190/2003, de 27 de octubre. Recurso de amparo 3114/2001. Ponente. D.<sup>a</sup> Elisa Pérez Vera, «BOE» de 26 de noviembre de 2003)

### *Presunción de inocencia. Valor probatorio de la declaración inculpativa de coimputado menor de edad*

«Ante todo, es preciso señalar que la declaración ante el Fiscal de Menores no es una mera actividad policial de investigación, sino una diligencia practicada en el momento inicial de otro procedimiento (el previsto en la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores), con todos los requisitos y garantías formalmente exigibles y ante un órgano al que, conforme a dicha normativa, corresponde incoar el oportuno expediente y dirigir la investigación de los hechos a los efectos de su comprobación y de la participación del menor en los mismos, correspondiéndole también la defensa de los derechos, la observancia de las garantías y de la integridad física y moral del menor. Como señalábamos en STC 60/1995, de 17 de marzo, FJ 5, al analizar la naturaleza del procedimiento de menores previsto en la citada ley, en ella se atribuyen las funciones instructoras al Ministerio Fiscal (correspondiendo al Juez de Menores las de enjuiciamiento y decisión), si bien le están vedados los actos puramente jurisdiccionales, que la Constitución encomienda expresamente a Jueces y Magistrados.

Por otra parte, la posición institucional del Ministerio Fiscal es muy distinta de la de la policía. En efecto, se trata de un órgano integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial (art. 2.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, Ley 50/1981, de 30 de diciembre, modificada por la Ley 14/2003, de 26 de mayo), que ejerce sus funciones, conforme al artículo 124.2 CE, con sujeción, en todo caso, a los principios de legalidad e imparcialidad, principios éstos recogidos y desarrollados en los artículos 2.1, 6 y 7 del citado Estatuto. También hemos de recordar que, conforme a lo previsto en su artículo 5, todas las diligencias que el Ministerio Fiscal practique o que se lleven a cabo bajo su dirección gozarán de la presunción de autenticidad.

6. Sobre esta base, es de subrayar: a) Que, aunque la declaración inculpativa del menor, ahora examinada, no se ha prestado ante la autoridad judicial, se ha producido ante un órgano público que por exigencias constitucionales ejerce sus funciones con sujeción a los principios de legalidad e imparcialidad. b) Que en el procedimiento de menores corresponden al Fiscal las actuaciones de investigación que, si bien formalmente no son sumariales, desde el punto de vista material implican una instrucción funcionalmente equiparable a la del sumario por lo que, dadas las características del Ministerio público, gozan de la presunción de autenticidad. c) Ciertamente, los límites subjetivos del expediente de menores, circunscrito a la comprobación del hecho y de la participación de los menores, dificultan la contradicción en cuanto a los copartícipes en los hechos mayores de edad, pero “la doctrina de este Tribunal nunca ha exigido que la declaración sumarial con la que se confronta la distinta o contradictoria manifestación prestada en el juicio oral haya debido ser prestada con contradicción real y efectiva en el momento de llevarse a cabo, pues cumplir tal exigencia no siempre es legal o materialmente posible. Es la posterior posibilidad de confrontación en el acto del juicio oral la que cumple la exigencia constitucional de contradicción y suple cualquier déficit que, conforme a las previsiones legales, haya podido observarse en la fase sumarial” (STC 155/2002, de 22 de julio, FJ 10).

En estos términos, ha de admitirse la aptitud constitucional de la declaración del menor ante el Fiscal de Menores para incorporarse por la vía del artículo 714 LECrim. al acervo probatorio a tener en cuenta por el Juzgador a la hora de formar su convicción, garantizándose de este modo la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, contradicción e inmediación (por todas, SSTC 2/2002, de 14 de enero, FJ 6; 155/2002, de 22 de julio, FJ 10). Y, como señalábamos en

esta última Sentencia, si se cumplen las exigencias reseñadas, “el órgano sentenciador se encuentra ante pruebas válidas y puede dar credibilidad a uno u otro testimonio y fundar sobre él la condena, ya que la defensa puede impugnar su contenido haciendo a su respecto las alegaciones que tenga por oportunas” (STC 155/2002, FJ 10 y todas las allí citadas).

7. Ahora bien, al tratarse del testimonio de un coimputado o, más precisamente, de un copartícipe en los hechos, su validez como prueba de cargo estaría subordinada –conforme a nuestra jurisprudencia– a la existencia de una mínima corroboración, sin la cual no puede hablarse de base probatoria suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia (SSTC 157/1997, de 29 de septiembre, FJ 6; 49/1998, de 2 de marzo, FJ 5; 115/1998, de 1 de junio, FJ 5; 68/2001, de 17 de marzo, FJ 5; 155/2002, de 22 de julio, FJ 11), exigencia que puede considerarse cumplida en el presente caso, dado que la Sentencia de instancia cita como elementos de corroboración la posesión por los acusados de ciclomotores similares a los usados en el atraco y que el recurrente pintó el suyo de otro color, sin duda para no ser reconocido».

(STC 206/2003, de 1 de diciembre. Recurso de amparo 404/2001. Ponente. D. Javier Delgado Barrio, «BOE» de 8 de enero de 2004).

## ARTÍCULO 25.1

### «Efecto desaliento» de las normas penales

«Como hemos declarado en relación con la libertad de expresión y la aplicación de normas penales, “cuando un órgano judicial aplica una norma penal... que se refiere a conductas en las que se halla implicado el ejercicio de un derecho fundamental... ha de tener presente el contenido constitucional del derecho de que se trate, es decir, el haz de garantías y posibilidades de actuación o resistencia que otorga. De modo que, en este caso ni puede incluir entre los supuestos sancionables aquellos que son ejercicio... [del Derecho] ni puede interpretar la norma penal de forma extensiva, comprendiendo en la misma conductas distintas de las expresamente previstas, pues en virtud de su conexión con el derecho fundamental la garantía constitucional de taxatividad *ex* artículo 25.1 CE deviene aún más reforzada”. Además de estas dos prohibiciones “tampoco puede el Juez, al aplicar la norma penal (como no puede el legislador al definirla) reaccionar desproporcionadamente” frente al acto conectado con el derecho fundamental, “ni siquiera en el caso de que no constituya legítimo ejercicio del derecho fundamental en cuestión y aun cuando esté previsto legítimamente como delito en el precepto penal. La dimensión objetiva de los derechos fundamentales, su carácter de elementos esenciales del Ordenamiento jurídico permite afirmar que no basta con la constatación de que la conducta sancionada sobrepasa las fronteras” de la protección constitucional del derecho, “sino que ha de garantizarse que la reacción frente a dicha extralimitación no pueda producir ‘por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan, o un efecto... disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada’ (sobre tal ‘efecto desaliento’: STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 20; y STEDH de 22 de febrero de 1989, § 29, *Barfod c. Noruega*; respecto a la exigencia de proporcionalidad: STC 85/1992, de 8 de junio, FJ 4, y SSTDH de 13 de julio de 1995, §§ 52 a 55, *Tolstoy Milovslasky c. Reino Unido*, de 25 de noviembre de 1999, § 53, *Nilsen y Johnsen c. Noruega*, y de 29 de febrero de 2000, §§ 49 y 50, *Fuentes Bobo c. España*)” (STC 110/2000, de 5 de mayo, FJ 5; en el

mismo sentido SSTC 2/2001, de 15 de enero, FJ 3; 196/2002, de 28 de octubre, FJ 6)».

(STC 88/2003, de 19 de mayo. Recurso de amparo 5040/98. Ponente: D.<sup>a</sup> María Emilia Casas Baamonde, «BOE» de 10 de junio de 2003)

### *Principio de legalidad*

«El derecho fundamental enunciado en el artículo 25.1 CE incorpora la regla *nullum crimen nulla poena sine lege*, extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo, que comprende una doble garantía. La primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda es de carácter formal, y se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto, como este Tribunal ha señalado reiteradamente, el término “legislación vigente” contenido en dicho artículo 25.1 CE es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora (SSTC 61/1990, de 29 de marzo, FJ 7; 60/2000, de 2 de marzo, FJ 3; 25/2002, de 11 de febrero, FJ 4 y 113/2002, de 9 de mayo, FJ 3). A este respecto es preciso reiterar que, en el contexto de las infracciones y sanciones administrativas, el alcance de la reserva de ley no puede ser tan riguroso como lo es por referencia a los tipos y sanciones penales en sentido estricto; y ello tanto por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de las potestades públicas como por el carácter, en cierto modo insuprimible, de la potestad reglamentaria en determinadas materias, o bien, por último, por exigencias de prudencia o de oportunidad (STC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2). En todo caso, el artículo 25.1 CE exige la necesaria cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal, habida cuenta del carácter excepcional que presentan los poderes sancionatorios en manos de la Administración (SSTC 3/1988, de 21 de enero, FJ 9 y 305/1993, de 25 de octubre, FJ 3). De ahí que la reserva de Ley en este ámbito tendría una eficacia relativa o limitada (STC 177/1992, de 2 de noviembre, FJ 2), que no excluye la colaboración reglamentaria en la propia tarea de tipificación de las infracciones y atribución de las correspondientes sanciones, pero sí descarta que tales remisiones hicieran posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley (STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 4).

[.../...]

No es posible exigir la reserva de Ley de manera retroactiva para anular o considerar nulas disposiciones reglamentarias reguladoras de materias y de situaciones respecto de las cuales tal reserva no existía, de acuerdo con el derecho preconstitucional y, en concreto, por lo que se refiere a las disposiciones sancionadoras, que el principio de legalidad, que se traduce en la reserva absoluta de Ley, no incide en disposiciones o actos nacidos al mundo del Derecho con anterioridad al momento en que la Constitución fue promulgada, aun cuando las habilitaciones ilimitadas a la potestad reglamentaria y las deslegalizaciones realizadas por leyes preconstitucionales, incompatibles con el artículo 25.1 CE, deben entenderse caducadas por derogación desde la entrada en vigor de ésta (SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 5; 15/1981, de 7 de mayo, FJ 7 y 101/1988, de 8 de junio, FJ 4) y no cabe, a partir de la Constitución, tipificar nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones, o alterar el cuadro de las existentes mediante una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado por otra norma de rango legal (STC 6/1994, de 17 de marzo, FJ 2),

con la estricta excepción, como se dice en la ya citada STC 305/1993, del supuesto en que una norma reglamentaria sancionadora constituya una “reiteración de las reglas sancionadoras establecidas en otras normas más generales, por aplicación a una materia singularizada incluida en el ámbito genérico de aquéllas”, pues cuando la norma reglamentaria posconstitucional se limita, sin innovación del sistema de infracciones y sanciones en vigor, a aplicar ese sistema preestablecido al objeto particularizado de su propia regulación material, no cabe entonces hablar propiamente de remisión normativa a favor de aquella disposición, ya que la remisión implica la potestad conferida por la norma de reenvío de innovar, en alguna medida, el ordenamiento por parte de quien la utiliza (STC 42/1987, FJ 4). Fuera de esta excepción, permitir que se actualicen las normas reglamentarias sancionadoras preconstitucionales, por la misma vía reglamentaria, supone alterar el sistema constitucional de producción de normas jurídicas (STC 172/1992, de 2 de noviembre), con el perverso efecto de mantener *in aeternum*, después de la Constitución, infracciones que carecen de cobertura legal (STC 45/1994, 15 de febrero, FJ 5). La pervivencia de normas reglamentarias sancionadoras preconstitucionales tiene como valladar infranqueable la imposibilidad de que se actualicen luego por la misma vía, no respetando así el sistema constitucional de producción de normas (STC 177/1992, de 2 de noviembre), hasta el punto de vedar incluso la viabilidad de un reglamento posterior a la Constitución que se redujera a reproducir el contenido de la regulación anterior (STC 305/1993, de 25 de octubre). En caso contrario se produciría el efecto perverso de mantener *ad calendas graecas* después de la Constitución, infracciones que, se mire como se mire, carecen de la necesaria cobertura legal (SSTC 45/1994, de 15 de febrero y 117/1995, de 17 de julio)».

(STC 50/2003, de 17 de marzo. Recurso de amparo 923/2000. Ponente: D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, «BOE» de 16 de abril de 2003. En el mismo sentido, STC 52/2003, de 17 de marzo. Recurso de amparo 4456/2001. Ponente: D.<sup>a</sup> María Emilia Casas Baamonde, «BOE» de 16 de abril de 2003)

### *Principio de legalidad. Aplicación analógica*

«La garantía material del principio de legalidad comporta el mandato de taxatividad o certeza, que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones (*lex certa*). Esta exigencia tiene implicaciones no sólo para el legislador, sino también para los órganos judiciales. En su labor de interpretación y aplicación de las Leyes penales, estos últimos se hallan también sometidos al principio de tipicidad, en el sentido de que, por un lado, se encuentran en una situación de sujeción estricta a la Ley penal (SSTC 133/1987, de 21 de julio, FJ 5; 182/1990, de 15 de noviembre, FJ 3; 156/1996, de 14 de octubre, FJ 1; 137/1997, de 21 de julio, FJ 6; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4; 232/1997, de 16 de diciembre, FJ 2) y, por otro, les está vedada la interpretación extensiva y la analogía *in malam partem* (SSTC 81/1995, de 5 de junio, FJ 5; 34/1996, de 11 de marzo, FJ 5; 64/2001, de 17 de marzo, FJ 4; 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 12), es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan. El que estas técnicas jurídicas, que tan fértiles resultados producen en otros sectores del ordenamiento jurídico, estén prohibidas en el ámbito penal y sancionador obedece a que en caso contrario las mismas se convertirían en fuente creadora de delitos y penas y, por su parte, el aplicador de la nueva norma así obtenida invadiría el ámbito que sólo al legislador corresponde, en contra de los postulados del principio de división de poderes (SSTC 133/1987, de 21 de ju-

lio, FJ 4; 137/1997, de 21 de julio, FJ 6; 142/1999, de 22 de julio, FJ 3; 127/2001, de 4 de junio, FJ 4).

Precisando nuestro canon de control de constitucionalidad cabe hablar de aplicación analógica o extensiva *in malam partem*, vulneradora de aquel principio de legalidad, cuando dicha aplicación resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, comprobado todo ello a partir de la motivación expresada en las resoluciones recurridas (SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 236/1997, de 22 de diciembre, FJ 4; 56/1998, de 16 de marzo, FJ 8; 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7; 25/1999, de 8 de marzo, FJ 3; 142/1999, de 22 de julio, FJ 4; 174/2000, de 26 de junio, FJ 2; 195/2000, de 24 de julio, FJ 4; 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 11; 127/2001, de 4 de junio, FJ 4; 123/2002, de 20 de mayo, FJ 8; 170/2002, de 30 de septiembre, FJ 12; y 13/2003, de 28 de enero, FJ 3».

(STC 38/2003, de 27 de febrero de 2003. Recurso de amparo 2037/99. Ponente. D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, «BOE» 14 de marzo de 2003)

### *Principio de legalidad de las sanciones*

«Parece pertinente sintetizar la doctrina constitucional sobre el derecho a la legalidad sancionadora, relevante para la resolución del caso.

El punto de partida de esta síntesis ha de ser la doctrina expresada por la STC 42/1987, de 7 de abril. En esta Sentencia se dice lo siguiente respecto del contenido del artículo 25.1 CE: “El derecho fundamental así enunciado incorpora la regla *nullum crimen nulla poena sin lege*, extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo, y comprende una doble garantía. La primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto, como este Tribunal ha señalado reiteradamente, el término “legislación vigente” contenido en dicho artículo 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora” (*loc. cit.*, FJ 2). Recientemente hemos hecho hincapié en esta doble garantía en las SSTC 133/1999, de 15 de julio, FJ 2; 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 6; 25/2002, de 11 de febrero, FJ 4; 75/2002, de 8 de abril, FJ 4; y 113/2002, de 9 de mayo, FJ 3.

En lo que ahora estrictamente interesa debemos señalar que, supuesta la vinculación de la garantía material con el principio de seguridad jurídica, este Tribunal ha precisado que incorpora el mandato de taxatividad o de *lex certa*, “que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones” (entre otras, SSTC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3, y 23/2001, de 4 de junio, FJ 11). Con ello hemos puesto el acento en la consideración de dicho mandato como una garantía de la denominada vertiente subjetiva de la seguridad jurídica (según la expresión utilizada en las SSTC 273/2000, de 15 de noviembre, FJ 11, y 196/2002, de 28 de octubre, FJ 5), lo que hace recaer sobre el legislador el deber de configurar las Leyes sancionadoras con el “máximo esfuerzo posible” [STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 7 c)] para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones.

En palabras de la STC 116/1993, de 29 de marzo, FJ 3, la garantía material lleva consigo la exigencia de que la norma punitiva permita “predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa” [en los mismos o parecidos términos, SSTC 53/1994, de 24 de febrero, FJ 4 a); 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 3; 124/2000, de 19 de julio, FJ 4; y 113/2002, de 9 de mayo, FJ 3]. Observada desde su envés, esta garantía conlleva la inadmisibilidad de “formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador” (STC 34/1996, de 11 de marzo, FJ 5).

En cuanto a la garantía formal, que nos remite al alcance de la reserva de Ley en el ámbito sancionador, este Tribunal tiene dicho que, en el contexto de las infracciones y sanciones administrativas, dicha reserva no puede ser tan rigurosa como lo es por referencia a los tipos y sanciones penales *stricto sensu*, “bien por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de las potestades públicas, bien por el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en ciertas materias –STC 2/1987, de 21 de enero–, bien, por último, por exigencias de prudencia o de oportunidad” (STC 42/1987, FJ 2). Se abre así la posibilidad de que las Leyes se remitan a normas reglamentarias en este ámbito, con el límite infranqueable, en todo caso, de que dicha remisión no facilite “una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley” (SSTC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2; 101/1988, de 8 de junio, FJ 3; 61/1990, de 29 de marzo, FJ 8; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 10; y 25/2002, de 11 de febrero, FJ 4). En definitiva, según se destaca en la STC 113/2002, de 9 de mayo, FJ 3, reiterando lo ya dicho en el fundamento jurídico 3 de la STC 305/1993, de 25 de octubre, “el artículo 25 de la Constitución obliga al legislador a regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones que les sean de aplicación, sin que sea posible que, a partir de la Constitución, se puedan tipificar nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes por una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente pre-determinado o delimitado por otra con rango de Ley”.

De lo expuesto se colige, como hemos recordado en la reciente STC 113/2002, de 9 de mayo, FJ 4, la plena aplicabilidad de las dos garantías comprendidas en el artículo 25.1 CE tanto a la tipificación de las infracciones como al establecimiento de las correspondientes sanciones.

Así, por lo que a éstas se refiere, en la STC 29/1989, de 6 de febrero, este Tribunal entendió que el artículo 13.1 del Decreto 3632/1974, de 20 de diciembre, no se acomodaba a la garantía material antes descrita, en cuanto que establecía para las infracciones muy graves en materia alimentaria multas de 2.500.000 de pesetas “en adelante”. Según tuvimos ocasión de señalar en aquella resolución, “la expresión ‘en adelante’, contenida en el precepto últimamente citado, debe entenderse derogada por la Constitución, ya que introdujo un elemento de indeterminación de la sanción administrativa imponible que resulta incompatible con el alcance material del principio de legalidad enunciado en el artículo 25.1 CE”, de modo que dicha expresión “no satisface las exigencias de *lex certa* que el propio Abogado del Estado identifica como integrante del derecho fundamental garantizado por la citada norma constitucional” (STC 29/1989, FJ 3).

Posteriormente, en la STC 207/1990, de 17 de diciembre, apreciamos la concurrencia de este mismo defecto en la redacción original del artículo 57 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Este precepto, tras definir en su apartado primero las infracciones laborales de los empresarios como “las acciones u omisiones contrarias a las disposiciones legales en materia de trabajo”, establecía los criterios generales para la gradación de las sanciones (apartado segundo) y los límites máximos en fun-

ción de la autoridad administrativa competente para imponerlas (apartado tercero). Pues bien, en la mencionada Sentencia este Tribunal apreció la vulneración del principio de taxatividad en estos dos últimos apartados. Así, respecto del primero, se señaló que “no resultando de norma alguna la distinción entre infracciones muy graves y otras, ni la división de cada una de estas ignotas categorías en distintos grados, es evidente que este modo de graduación *ad hoc* de la sanción correspondiente a cada concreta infracción no garantiza mínimamente la seguridad jurídica de los administrados que, tratándose como se trata en este caso, a diferencia del resuelto por nuestra Sentencia del pasado 21 de diciembre (STC 219/1989), de personas no sujetas a una relación de supremacía especial, sólo a través de vías indirectas (la que resulta, por ejemplo, del principio de la vinculación al precedente) y sólo para el caso de que exista y les sea conocido un precedente aplicable, podrán conocer cuáles son las consecuencias que se siguen de su acción u omisión” (FJ 3). Igualmente afirmamos lo siguiente: “Esta inseguridad se hace aún mayor en virtud de la técnica seguida en el apartado tercero del mismo artículo para definir las sanciones, que no son objeto de graduación alguna, limitándose el precepto a establecer el límite máximo de ellas en razón de cuál sea el órgano que las impone. Como es obvio, además de potenciar, como ya se dice, la inseguridad dimanante del sistema de graduación *ad hoc* que el apartado segundo del artículo hace posible, esta defectuosa técnica infringe en sí misma directamente el artículo 25.1 CE pues de éste, como consagración de la citada regla *nullum crimen, nulla poena sine lege*, se sigue la necesidad, no sólo de la definición legal de los ilícitos y de las sanciones, sino también el establecimiento de la correspondencia necesaria entre aquéllos y éstas, una correspondencia que, como bien se comprende, puede dejar márgenes más o menos amplios a la discrecionalidad judicial o administrativa, pero que en modo alguno puede quedar encomendada por entero a ella” (*ibídem*).

Por el contrario, en la STC 14/1998, de 22 de enero, este Tribunal llegó a una conclusión distinta al efectuar el juicio de constitucionalidad del artículo 89.1 de la Ley de Extremadura 8/1990, de 21 de diciembre, de caza, de acuerdo con el cual las infracciones leves son sancionadas con multa de entre 5.000 y 50.000 pesetas, “pudiendo llevar implícita la retirada de licencia o imposibilidad de obtenerla por un plazo de uno a dos años”. En aquella ocasión se achacaba a la norma legal impugnada dejar a la libre decisión de la Administración la imposición de esta sanción privativa de derechos sin vinculación automática a la comisión de un ilícito administrativo calificado como leve. Sin embargo, este Tribunal no compartió dicho reproche porque “la habilitación legal por la que se faculta a la Administración para ponderar el alcance de la sanción en los supuestos de infracciones leves que tipifica la Ley no es, ni mucho menos, discrecional y enteramente libre. En efecto, en su artículo 88.1 se establecen expresamente los criterios a tener en cuenta por la Administración para la graduación de las sanciones: intencionalidad, daño producido y reincidencia o reiteración. Son, pues, criterios perfectamente definidos y objetivados que condicionan normativamente la actuación de la Administración y que permiten la revisión jurisdiccional de la decisión que, en cada caso, hubiese alcanzado. Se cumplen pues, las exigencias de predeterminación normativa y certeza que se derivan de los mencionados preceptos constitucionales, puesto que la decisión de la Administración sobre la imposición de la sanción de retirada de la licencia no es discrecional, como pretenden los recurrentes, sino que viene condicionada por la concurrencia de los criterios preestablecidos en el artículo 88.1 de la propia Ley” (FJ 10).

En esta misma línea la STC 113/2002, de 9 de mayo, ha confirmado recientemente la constitucionalidad del artículo 67.1 del texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo. Este precepto establecía, en su redacción origi-

naría, que “en el caso de infracciones graves o muy graves podrá imponerse además la sanción de suspensión del permiso o licencia de conducir hasta tres meses”. En el fundamento jurídico 7 de la mencionada Sentencia constatamos que esta previsión se acomoda a las exigencias derivadas del principio de taxatividad pues el legislador ha acotado el ámbito de conductas –infracciones graves y muy graves– “donde es previsible la imposición de la sanción de suspensión, en concordancia con la exigencia de predeterminación normativa que emana del artículo 25.1 CE”, a lo que no es óbice el carácter potestativo de su imposición, toda vez que “la habilitación legal por la que se faculta a la Administración para determinar la imposición y ponderar el alcance de la sanción de suspensión del permiso o licencia de conducir no es ni totalmente discrecional ni enteramente libre, pues la regla del artículo 67.1.1, inciso 2, LSV, aparte de restringida en su aplicación a la comisión de una infracción grave o muy grave, ha de coherarse con el artículo 69.1 de la misma Ley, en el que se establecen los criterios que han de servir para graduar, en general, las sanciones previstas en la Ley y, por consiguiente, también las del precepto cuestionado: gravedad y trascendencia del hecho, antecedentes del infractor y peligro potencial creado”.

Resumiendo nuestra doctrina en esta materia, en el fundamento jurídico 6 de la STC 113/2002, de 9 de mayo, hemos puesto de relieve que “la necesidad de que la Ley predetermine suficientemente las infracciones y las sanciones, así como la correspondencia entre unas y otras, no implica un automatismo tal que suponga la exclusión de todo poder de apreciación por parte de los órganos administrativos a la hora de imponer una sanción concreta. Así lo ha reconocido este Tribunal al decir en su STC 207/1990, de 17 de diciembre, FJ 3, que el establecimiento de dicha correspondencia ‘puede dejar márgenes más o menos amplios a la discrecionalidad judicial o administrativa’; lo que en modo alguno puede ocurrir es que quede ‘encomendada por entero a ella’, ya que ello equivaldría a una simple habilitación en blanco a la Administración por norma legal vacía de contenido material propio, lo cual, como hemos dicho anteriormente (con cita de la STC 42/1987), contraviene frontalmente las exigencias constitucionales”.

(STC 100/2003, de 2 de junio. Recurso de amparo 3201/99. Ponente: D. Pablo Cachón Villar, «BOE» de 1 de julio de 2003. En el mismo sentido, STC 129/2003, de 30 de junio. Recurso de amparo 3081/2000. Ponente: D. Pablo Cachón Villar, «BOE» de 30 de julio de 2002)

### *Principio de tipicidad*

«La garantía formal del artículo 25.1 CE que significa el imperio de la Ley no basta para asegurar la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de los propios actos, ni para garantizar que nadie pueda ser castigado por un hecho no contemplado por la Ley. Por ello, una vez en el momento aplicativo del ejercicio de las potestades sancionadoras por los poderes públicos, éstos están sometidos al principio de tipicidad, como garantía material, en el sentido de que, por un lado, se encuentran en una situación de sujeción estricta a las normas sancionadoras y, por otro, les está vedada la interpretación extensiva y la analogía *in malam partem*, es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas determinan. La tarea del Tribunal Constitucional en este punto se limita a verificar si la interpretación realizada por los órganos judiciales era una de las interpretaciones posibles de la norma en atención a los valores de seguridad jurídica y de monopolio legislativo en la determinación esencial del ilícito administrativo, y a supervisar externamente que la interpretación adoptada responde a unas reglas mínimas de interpretación, de modo que quepa afirmar que la decisión sancionadora era un resultado previsible, en

cuanto razonable, de lo decidido por la soberanía popular, por lo que se proscriben constitucionalmente aquellas otras incompatibles con el tenor literal de los preceptos aplicables o inadecuadas a los valores que con ellos se intenta tutelar (SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 151/1997, de 29 de septiembre FJ 4; y 25/1999, de 8 de marzo, FJ 3)».

(STC 52/2003, de 17 de marzo. Recurso de amparo 4456/2001. Ponente: D.<sup>a</sup> María Emilia Baamonde, «BOE» de 16 de abril de 2003)

### *Principio non bis in ídem*

«El principio *non bis in ídem*, que en su dimensión material (prohibición de duplicidad de sanciones en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento) hemos considerado, desde la STC 2/1981, de 30 de enero, parte integrante del principio de legalidad en materia sancionadora (art. 25.1 CE), posee también una dimensión procesal (prohibición de duplicidad de procesos sancionadores en esos casos) a la que este Tribunal, desde la STC 159/1987, de 26 de octubre, ha reconocido relevancia constitucional, en conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y a la denominada cosa juzgada material.

Como dijimos en la precitada STC 159/1987, FJ 2, “en el ámbito, pues, de lo definitivamente resuelto por un órgano judicial no cabe iniciar –a salvo el remedio extraordinario de la revisión y el subsidiario del amparo constitucional– un nuevo procedimiento, y si así se hiciera se menoscabaría, sin duda, la tutela judicial dispensada por la anterior resolución firme”. Por lo tanto el presupuesto para la aplicación de dicho principio es que se inicie un nuevo procedimiento sancionador por los mismos hechos enjuiciados en otro que ha concluido con una resolución judicial que produzca el efecto de cosa juzgada (SSTC 222/1997, de 4 de diciembre, FJ 4; 2/2003, de 16 de enero, FJ 3 b).

Por lo que respecta al objeto de nuestro análisis, a partir de la doctrina sentada por el Pleno de este Tribunal en la STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 5, nos compete analizar, en primer lugar, si se da el presupuesto de la interdicción de incurrir en *bis in ídem*, esto es, si existió la triple identidad requerida, de sujetos, hechos y fundamentos, pues “la triple identidad constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en *bis in ídem*, sea éste sustantivo o procesal, y delimita el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 25.1 CE, ya que éstos no impiden la concurrencia de cualesquiera sanciones y procedimientos sancionadores, ni siquiera si éstos tienen por objeto los mismos hechos, sino que estos derechos fundamentales consisten precisamente en no padecer una doble sanción y en no ser sometido a un doble procedimiento punitivo, por los mismos hechos y con el mismo fundamento”.

No obstante, como también precisa esta Sentencia, la revisión de la declaración de identidad efectuada por los órganos judiciales ha de realizarse por este Tribunal respetando los límites de esta jurisdicción constitucional de amparo. Por tanto, ha de partirse de la acotación de los hechos llevada a cabo por los órganos judiciales y de la calificación jurídica de estos hechos realizada por ellos, “dado que, de conformidad con el artículo 44.1.b LOTC, en el examen de la vulneración de los derechos fundamentales este Tribunal Constitucional no entrará a conocer –de los hechos que dieron lugar al proceso– en el que se ocasionaron las vulneraciones que se alegan en amparo, y, dado que el artículo 117.3 CE atribuye a los Jueces y Tribunales la potestad jurisdiccional, siendo, por consiguiente, tarea atribuida a éstos tanto la delimitación

procesal de los hechos como su calificación jurídica conforme a la legalidad aplicable» (STC 2/2003, FJ 5)».

(STC Pleno 229/2003, de 18 de diciembre. Recurso de amparo 4455/1999. Ponente: D. Pablo Manuel Cachón Villar, «BOE» de 20 de enero de 2004).

## ARTÍCULO 25.2

### *Fines de la pena privativa de libertad*

«La posibilidad de conceder [...] permisos se conecta con una de las finalidades esenciales de la pena privativa de libertad, cual es la reeducación y reinserción social (art. 25.2 CE), al contribuir a lo que hemos denominado la “corrección y readaptación del penado” (STC 19/1988, de 16 de febrero, FJ 7), y se integra en el sistema progresivo formando parte del tratamiento. Y, aunque hayamos afirmado que el artículo 25.2 de la Constitución no contiene un derecho fundamental sino un mandato al legislador para orientar la política penal y penitenciaria, ello no significa que pueda desconocerse en la aplicación de las leyes; menos aún cuando el legislador, cumpliendo el mandato de la Constitución, establece diversos mecanismos e instituciones en la legislación precisamente encaminados a garantizar la orientación resocializadora, facilitando la preparación de la vida en libertad, uno de cuyos mecanismos es, concretamente, el de la concesión de dichos permisos. Hemos afirmado además que “la simple congruencia de la institución de los permisos penitenciarios de salida con el mandato constitucional establecido en el artículo 25.2 CE no es suficiente para conferirles la categoría de derecho subjetivo, ni menos aún de derecho fundamental (SSTC 75/1998 y 88/1998)”, de modo que “todo lo relacionado con los permisos de salida es una cuestión situada esencialmente en el terreno de la aplicación de la legalidad ordinaria (SSTC 112/1996, 2/1997, 81/1997, 193/1997 y 75/1998; y ATC 311/1997)” (STC 204/1999, de 8 de noviembre, FJ 3, y, en el mismo sentido, STC 137/2000, de 5 de mayo, FJ 3)».

(STC 115/2003, de 16 de junio. Recurso de amparo 3391/2000. Ponente: D. Pablo Manuel Cachón Villar, «BOE» de 17 de julio de 2003)

## ARTÍCULO 120.3

Ver comentario de jurisprudencia del artículo 24.1 Constitución.

## CÓDIGO PENAL

### ARTÍCULO 20.7

#### *Impunidad de actos de ejercicio de un derecho fundamental*

«No resulta constitucionalmente admisible la aplicación de un tipo penal a conductas que constituyan actos de ejercicio de un derecho fundamental.

La anterior afirmación no necesita mayor fundamentación en los supuestos de ejercicio legítimo de un derecho fundamental, esto es, cuando la conducta penalmen-

te reprochada se sitúa inequívocamente en el ámbito del contenido del Derecho y, además, respeta los límites establecidos para su ejercicio, lo que la convierte en lícita. En tales casos, la conducta no puede ser objeto de sanción penal ni de ningún otro tipo de sanción, pues, como hemos afirmado reiteradamente, la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, su carácter de elementos esenciales del Ordenamiento jurídico, impone a los órganos judiciales, al aplicar una norma penal, la obligación de tener presente el contenido constitucional de los derechos fundamentales, impidiendo reacciones punitivas que supongan un sacrificio innecesario o desproporcionado de los mismos o tengan un efecto disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales en juego (SSTC 85/1992, de 8 de junio, FJ 4; 136/1999, de 20 de julio, FJ 20; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 5; 2/2001, de 15 de enero, FJ 3; y 196/2002, de 28 de octubre, FJ 6).

Por ello, si los órganos judiciales prescinden de la circunstancia de que está en juego un derecho fundamental e incluyen entre los supuestos sancionables por aplicación de un tipo penal conductas que, inequívocamente han de ser calificadas como pertenecientes al ámbito objetivo de ejercicio del mismo, vulneran éste, pues aunque la subsunción de los hechos en la norma fuera posible conforme a su tenor literal, hemos afirmado reiteradamente que “los tipos penales no pueden interpretarse y aplicarse de forma contraria a los derechos fundamentales” (SSTC 111/1993, de 25 de marzo, FFJJ 5 y 6; 137/1997, de 21 de julio, FJ 2; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 4; 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 4) y que “los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito” (STC 2/2001, de 15 de enero, FJ 2).

El instrumento penal sólo será constitucionalmente lícito cuando, con independencia de lo alegado por el recurrente, pueda afirmarse que estamos sólo frente a un aparente ejercicio de un derecho fundamental y que la conducta enjuiciada, por su contenido, por la finalidad a la que se orienta o por los medios empleados, desnaturaliza el ejercicio del derecho y se sitúa objetivamente, al margen del contenido propio del mismo y, por ello, en su caso, en el ámbito de lo potencialmente punible».

(STC 185/2003, de 27 de octubre. Recurso de amparo 4628/1998. Ponente: D. Pablo García Manzano, «BOE» de 26 de noviembre de 2003)

## ARTÍCULO 446

### *Delito de prevaricación judicial*

«Del examen del conjunto de los razonamientos esgrimidos en la Sentencia, tanto en relación con el delito de prevaricación en abstracto como de su concurrencia en el caso concreto, cabe concluir que la interpretación y aplicación llevada a cabo por los órganos judiciales del tipo penal de prevaricación al presente supuesto es acorde con las exigencias del principio de legalidad (art. 25.1 CE).

En efecto, partiendo del tenor literal del precepto, comienza diferenciando entre el tipo objetivo (dictar una resolución injusta) y el tipo subjetivo (realizar la acción a sabiendas de su injusticia), efectuando una serie de precisiones en relación con el carácter objetivo de la injusticia, que pueden resumirse en la idea de que ésta concurrirá cuando la aplicación del Derecho se haya realizado desconociendo los medios y métodos de interpretación aceptables en un Estado de Derecho (a lo que se reconducen los adjetivos habitualmente empleados en la jurisprudencia para calificar la antijuridicidad de la resolución). Precizando, a continuación, que al carácter manifiestamente injusto de esa resolución ha de sumarse el haberla dictado a sabiendas para que

concurra el delito. Y en la posterior aplicación de esos criterios generales a cada uno de los supuestos enjuiciados se constata por la Sala enjuiciadora la existencia de resoluciones objetivamente injustas (a partir del análisis de las circunstancias fácticas obrantes en la causa y de la regulación legal aplicable) y se afirma que se dictaron “a sabiendas”, aportando datos objetivos en los que el órgano judicial fundamenta esta afirmación y teniendo en cuenta que el Juez conocía la ley a aplicar y el alcance objetivo de la misma.

Por tanto, en contra de lo sostenido por el recurrente, con esa interpretación no se niega el elemento subjetivo del delito (lo que sería manifiestamente contrario al tenor literal del precepto), sino que se afirma que junto a él existe un elemento objetivo (lo que también viene exigido por el tenor literal del precepto), rechazando interpretaciones conforme a las cuales la injusticia se caracteriza sólo por una actitud subjetiva del Juez al aplicar el Derecho. Tampoco es cierto que se devalúe el elemento objetivo, conformándose con la mera ilegalidad de la conducta, apartándose así de la exigencia de que la antijuridicidad sea “patente, manifiesta y grosera”, sino que —como expresamente señala la Sentencia— se trata de dotar de contenido sustantivo a tales calificativos, atendiendo al bien jurídico protegido por el delito y al papel que los órganos judiciales desempeñan en un Estado de Derecho, que es precisamente el de aplicar únicamente el Derecho, sometiéndose al mismo.

Es más, en la valoración de la injusticia de las resoluciones en el caso concreto se afirma que la misma es perceptible por cualquiera, aunque no sea jurista (respecto del Auto de 15 de mayo de 1997); que es “manifiesta, llamativa e inclusive grosera” la contradicción con la norma y perceptible por “cualquiera que sepa castellano” (respecto del Auto de 28 de febrero de 1997) y que es “manifiestamente ilegal” y “flagrante” la limitación de derechos fundamentales contenida en el Auto de 26 de junio de 1997.

Por lo demás, y desde la perspectiva de control que nos compete, cabe afirmar que tal interpretación del delito de prevaricación y tal subsunción de los hechos en el mismo es posible a la vista del tenor literal del precepto y no puede calificarse de extravagante o imprevisible para sus destinatarios, ni por su soporte metodológico, ni por las pautas valorativas que la inspiran. En efecto, afirmar que el delito de prevaricación tiene un componente objetivo y otro subjetivo, como cualquier tipo delictivo; que la existencia de uno y otro es independiente y que el carácter injusto de la resolución concurrirá cuando el juez se aparte de la función judicial que le es propia, desconociendo su obligación de aplicar el Derecho conforme a los medios y métodos de interpretación aceptables en un Estado de Derecho, es una interpretación no contraria a la orientación material de la norma, que tiene en cuenta el bien jurídico protegido por la misma y los fines a los que se orienta (lo que se hace explícito en la Sentencia impugnada) y que encuentra respaldo en la doctrina científica acerca de este delito.

[.../...]

La Sentencia recurrida, en lo que se refiere al elemento objetivo, expresamente señala que los adjetivos habitualmente utilizados por la Jurisprudencia para calificar la antijuridicidad de la resolución (“flagrante y clamorosa”, “clara y manifiestamente contraria a la ley”, “esperpéntica”, “que puede ser apreciada por un lego”...) reemplazan “a un concepto sustantivo, que será de apreciar, por lo general, cuando la aplicación del Derecho no resulte de ningún método o modo aceptable de interpretación del Derecho” y que tales calificativos han de ser interpretados en el sentido de que exista “un grave apartamiento del derecho en perjuicio de alguna de las partes” y que la prevaricación consiste “en el abuso de la posición que el Derecho otorga al Juez o funcionario, con evidente quebranto de sus deberes constitucionales”. Por tanto en las precisiones doctrinales acerca del elemento objetivo del delito no puede apreciarse un apartamiento de los precedentes jurisprudenciales, sino a lo sumo una concre-

ción del contenido sustantivo de los términos habitualmente empleados por la jurisprudencia, profusamente razonada y motivada. Ello se ve confirmado cuando, al valorar la injusticia de las resoluciones en el caso concreto, se sostiene –como ya destacamos en el FJ 19– que la misma es perceptible por cualquiera, aunque no sea jurista (respecto del Auto de 15 de mayo de 1997); y que es “manifiesta, llamativa e incluso grosera” la contradicción con la norma y perceptible por “cualquiera que sepa castellano” (respecto del Auto de 28 de febrero de 1997); y que es “manifiestamente ilegal” y “flagrante” la limitación de derechos fundamentales contenida en el Auto de 26 de junio de 1997.

Y en relación con el elemento subjetivo se afirma expresamente que el carácter objetivo de la injusticia “no comporta una reducción de ninguno de los aspectos subjetivos del delito”, y que a la injusticia objetiva del acto ha de sumarse el elemento subjetivo “a sabiendas”. Y en la concreción de esa exigencia respecto de cada una de las resoluciones dictadas en el presente caso se afirma expresamente que el Juez obraba “a sabiendas”, lo que se infiere de los datos objetivos obrantes en las actuaciones y del conocimiento que el Juez tenía de lo actuado en la causa y de las normas legales a aplicar.

Por otra parte, como han puesto de relieve el Ministerio Fiscal y alguna de las partes personadas, existen también Sentencias posteriores dictadas por la Sala Segunda del Tribunal Supremo (así, las SSTs de 11 de diciembre de 2001 y de 26 de febrero de 2002) en las que se recoge expresamente la doctrina de la resolución recurrida en amparo, lo que viene a reforzar la tesis de la inexistencia de voluntarismo selectivo.

En atención a todo lo expuesto debemos concluir que no ha existido una arbitraria modificación de la doctrina del Tribunal Supremo en relación con el delito de prevaricación, por lo que no cabe apreciar la denunciada vulneración del principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE)».

(STC Pleno 229/2003, de 18 de diciembre. Recurso de amparo 4455/1999. Ponente: D. Pablo Manuel Cachón Villar, «BOE» de 20 de enero de 2004)

## ARTÍCULOS 571 Y SIGUIENTES

### *Delitos de terrorismo*

«Ha de admitirse, con el Gobierno Vasco, que, en efecto, al “vulnerar sistemáticamente las libertades y derechos fundamentales, promoviendo, justificando o excusando los atentados contra la vida o la integridad de las personas, o la exclusión o persecución de personas por razón de su ideología, religión o creencias, nacionalidad, raza, sexo u orientación sexual”, tal como reza la letra *a*) del artículo 9.2 LOPP, se realizan conductas que pueden tener encaje en preceptos como los artículos 515, 576 y 578 del Código penal. Y que lo mismo puede decirse de las descritas en las letras *b*) (“fomentar, propiciar o legitimar la violencia como método para la consecución de objetivos políticos o para hacer desaparecer las condiciones precisas para el ejercicio de la democracia, del pluralismo y de las libertades públicas”) y *c*) del propio artículo 9.2 (“complementar y apoyar políticamente la acción de organizaciones terroristas para la consecución de sus fines de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, tratando de someter a un clima de terror a los poderes públicos, a determinadas personas o grupos de la sociedad o a la población en general, o contribuir a multiplicar los efectos de la violencia terrorista y del miedo a la intimidación generada por la misma”).

Hay que admitir, con el recurrente, que la coincidencia entre el artículo 9.2 y la Ley Penal no es absoluta; también hay que dejar sentado que en ningún momento se hace referencia a programas o ideologías sino a actividades de colaboración o apoyo al terrorismo o la violencia. En consecuencia, no se abre ningún resquicio a la que se ha llamado “democracia militante” y no hay, por consiguiente, vulneración alguna de las libertades ideológica, de participación, de expresión o de información.

En cuanto al número 3 del artículo 9 LOPP, la defectuosa redacción de su encajamiento puede hacer pensar que las conductas en él enumeradas se sobreañaden a las descritas en el número anterior y que, por lo tanto, han de ser interpretadas con independencia de ellas. Sin embargo, la interpretación sistemática de ambos preceptos y la de todo el artículo en el que se incardinan obliga a entender que en las conductas descritas en el número 3 del artículo 9 han de concurrir los rasgos genéricos a que se refiere el número 2 del mismo precepto. Las conductas enumeradas en el artículo 9.3 LOPP no son sino una especificación o concreción de los supuestos básicos de ilegalización que, en términos genéricos, enuncia el artículo 9.2 de la propia Ley; de tal manera que la interpretación y aplicación individualizada de tales conductas no puede realizarse sino con vinculación a los referidos supuestos contenidos en el artículo 9.2.

Esto sentado, y sin que nos corresponda ahora determinar si la mera ausencia de condena puede ser o no entendida como apoyo implícito al terrorismo, lo cierto es que la legitimación de las acciones terroristas o la exculpación o minimización de su significado antidemocrático y de la violación de derechos fundamentales que comportan puede llevarse a cabo de modo implícito, mediante actos concluyentes, en determinadas circunstancias, siendo claro que, en tales supuestos, no puede hablarse de vulneración de la libertad de expresión.

Idénticas consideraciones son aplicables en el artículo 9.3 d) LOPP, que así entendido deja de ser una simple manifestación ideológica para convertirse en un acto de colaboración con el terrorismo o la violencia. Ciertamente, la utilización de los instrumentos a que se refiere el precepto que examinamos comporta la emisión de un mensaje; pero, como dijimos en la STC 136/1999, de 20 de julio, “con todo, aun teniendo muy presentes estas cautelas, no puede negarse la posibilidad de que existan mensajes que, aun sin hallarse incursos en alguno de los tipos penales de amenazas o coacciones, puedan considerarse intimidatorios, porque anuden, explícita o implícitamente, pero de modo creíble, la producción de algún mal grave o la realización o no realización de determinada conducta por parte del destinatario. Este tipo de mensajes no queda amparado por las libertades de expresión o de información” (FJ 16).

Y lo mismo cabe decir, en general, respecto a la previsión contenida en la letra c) del artículo 10.2 LOPP: “Cuando de forma reiterada y grave su actividad vulnere los principios democráticos o persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático, mediante las conductas a que se refiere el artículo 9”. También aquí es necesario señalar que el precepto se circunscribe a la actividad de los partidos políticos, sin extenderse a sus fines u objetivos programáticos. Por tanto, en los términos de este precepto, sólo incurre en causa de disolución el partido que, no en su ideología, sino en su actividad persiga efectiva y actualmente “deteriorar o destruir el régimen de libertades”.

En conclusión, la interpretación sistemática del artículo 9, entendiendo los supuestos del apartado 3 como especificaciones del género de conductas descritas en el apartado 2, permite descartar que, al configurar aquéllos como supuestos a partir de los cuales puede llegarse a la disolución de un partido político, se hayan vulnerado las libertades ideológica, de participación, de expresión o de información.

[.../...]

Conviene precisar que la colaboración habitual con grupos que actúan de forma sistemática de acuerdo con una organización terrorista o apoyan el terrorismo, debe ser entendida como directamente referida a la específica colaboración con el terrorismo a la que se refiere el artículo 9.3 f). De modo que lo que se describe como presupuesto de la ilegalización no es ninguna clase de ayuda genérica sino aquella específica dirigida a apoyar en concreto la colaboración con el terrorismo. Se trata, pues, de una especie de “complicidad en la complicidad” que no cabe duda de que puede incluirse en el marco del artículo 9.2.

Precisado el apartado f) queda, a la vez, delimitado el campo de aplicación del g). El apoyo desde las instituciones a que se refiere el apartado g) es el apoyo específicamente dirigido a asociaciones que, directa o indirectamente, amparan el terrorismo o la violencia y, justamente, con el objetivo de reforzar esa actividad ilegítima. Sólo entendida así, la conducta descrita en el apartado g) puede inscribirse en el marco establecido por el artículo 9.2.

Ciertamente, los supuestos comprendidos en el artículo 9 LOPP no tienen el grado de concreción que resultaría de haberlos delimitado con términos puramente descriptivos. Como se dijo en la STC 136/1999, de 20 de julio, “nos encontramos ante una constante en lo que al Derecho comparado se refiere en materia de legislación antiterrorista, es decir, la previsión de un tipo muy poco específico de colaboración o apoyo a grupos terroristas, condicionado por la necesidad de no dejar fuera, dentro de lo posible, ninguna forma o variedad de respaldo individual o social al fenómeno terrorista” (F. 30). Dijimos entonces que la tutela frente al terrorismo comportaba un coste en la determinación de la conducta; pero, atendiendo a las consideraciones expuestas, ese coste no nos aboca a una situación en la que resulte imprevisible para los partidos calcular las consecuencias jurídicas de su conducta.

[.../...]

Ninguna de las conductas descritas en el artículo 9 LOPP determina aisladamente la disolución: para que ésta pueda tener lugar, es preciso que sean realizadas “de forma reiterada y grave” como precisa el encabezamiento del artículo 9.2. En segundo lugar, que la existencia de un partido que con su actividad colabore o apoye la violencia terrorista, pone en peligro la subsistencia del orden pluralista proclamado por la Constitución; y, frente a ese peligro, no parece que pueda aplicarse otra sanción reparadora del orden jurídico perturbado que la disolución. Por último, ha de destacarse que el artículo 6 CE contiene una configuración constitucional de partido: en la Constitución, un partido, para merecer la condición de tal, ha de poder ser expresión del pluralismo político y, por lo tanto, no es constitucionalmente rechazable que un partido que con su actuación ataca al pluralismo, poniendo en peligro total o parcialmente la subsistencia del orden democrático, incurra en causa de disolución. En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, considera que si bien el margen de apreciación de los Estados debe ser escaso en materia de disolución de partidos políticos, cuando el pluralismo de las ideas y los partidos, que es inherente a la democracia, está en peligro, el Estado puede impedir la realización o continuación del proyecto político que ha generado ese peligro [STEDH, de 31 de julio de 2001, caso *Refah Partisi (Partido de la Prosperidad) contra Turquía*].

(STC 48/2003, de 12 de marzo. Recurso de inconstitucionalidad 5550/2002, Ponente: D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, «BOE» de 14 de marzo de 2003)

## ARTÍCULO 635

*Ocupación de domicilio, despacho u oficina fuera de las horas de apertura*

«El bien jurídico protegido en la falta regulada en el artículo 635 CP era la inviolabilidad del domicilio de la persona jurídica, que su titular era el Alcalde, y que, expresada la voluntad contraria de éste a la permanencia en el Ayuntamiento de los funcionarios del servicio de extinción de incendios y de la policía local, se habían de considerar concurrentes todos los elementos de la infracción penal. Pues bien, partiendo del tenor literal del precepto –“serán castigados con las penas de arresto de uno a cinco fines de semana y multa de uno a dos meses el que se mantuviere contra la voluntad de su titular, fuera de las horas de apertura, en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional y oficina, o establecimiento mercantil o local abierto al público”– puede afirmarse que la interpretación realizada lo ha respetado, por lo que no es formalmente extensiva del mismo.

Ahora bien, el que la interpretación de la norma y la subsunción de hechos en la misma no sea ajena al significado literal de aquélla no garantiza siempre que la decisión sancionadora se ajuste a las exigencias dimanantes del derecho a la legalidad penal, esto es, a la garantía de previsibilidad en cuanto posibilidad de programar la conducta, pues “el lenguaje es relativamente vago o versátil, las normas son necesariamente abstractas y se remiten implícitamente a una realidad normativa subyacente, y dentro de ciertos límites (por todas STC 111/1993), el propio legislador puede potenciar esa labilidad para facilitar la adaptación de la norma a la realidad” (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7, citando las SSTC 62/1982, de 15 de octubre, y 53/1984, de 3 de mayo). Por ello hemos afirmado que “son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico –una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante– o axiológico –una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional– conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios” (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; por todas en igual sentido STC 42/1999, de 22 de marzo, FJ 4; 13/2003, de 28 de enero, FJ 3).

Desde esta perspectiva, procede ahora examinar finalmente si, más allá de la adecuación de la resolución judicial impugnada al tenor literal del artículo 635 CP, su aplicación a los hechos declarados probados se opone esencialmente a su orientación material teniendo en cuenta el soporte metodológico y axiológico en que se asienta, así como la garantía de previsibilidad que sustenta el principio de legalidad. En este contexto, resulta especialmente relevante si el órgano judicial ha ponderado los derechos fundamentales en conflicto al aplicar el tipo penal, pues, cuando con la aplicación de una norma penal puede resultar afectada una conducta conectada con un derecho fundamental de carácter sustantivo, como ocurre en el presente caso con el derecho de libertad sindical, no basta con razonar a partir de la literalidad del precepto penal, sino que resulta necesario efectuar una ponderación expresa de los derechos y bienes constitucionales implicados. Dicho de otro modo, cuando una infracción penal no menciona ni se refiere literalmente al ejercicio de derechos fundamentales y, dado su amplio y vago tenor literal, no excluye expresamente su aplicación a conductas realizadas en el ejercicio de un derecho fundamental o conectadas objetivamente con un derecho fundamental, no puede sostenerse que el legislador ha efectuado una ponderación de los derechos concernidos, sino, por el contrario, ha de entenderse que ha dejado al órgano judicial dicha labor de ponderación a la luz de las circunstancias del caso.

Por consiguiente, aunque la dicción del artículo 635 CP no excluya expresamente que los trabajadores de una empresa o los trabajadores y funcionarios de una Administración pública puedan incurrir en la conducta tipificada y ser sancionados, ello no significa que la sanción penal impuesta a los representantes sindicales que se mantuvieron en los locales del Ayuntamiento fuera de sus horas de apertura sin consentimiento de su titular pueda sustentarse única y exclusivamente en que la literalidad del artículo 635 CP no impide su aplicación a los trabajadores de los lugares mencionados en dicho precepto. El órgano judicial no puede ampararse en el tenor literal de la Ley para aplicar la infracción penal a los representantes sindicales, sino que habrá de valorar expresamente los hechos y la aplicación de la norma penal teniendo en cuenta la alegada afectación de los derechos que nuestra Constitución reconoce a los funcionarios y a sus legítimos representantes. Mayor esfuerzo de argumentación es exigible a los órganos judiciales cuando se trata no sólo de aplicar esta norma penal a los trabajadores y funcionarios, sino como sucede en el caso, únicamente a los afiliados a los sindicatos, conocidos por su actividad sindical y miembros, gran parte de ellos, de la Junta de Personal. El órgano judicial, ante la alegación de discriminación por razón de afiliación y actividad sindical de los acusados, debe considerar también en la ponderación que efectúe que la sanción penal impuesta exclusivamente a los representantes sindicales y afiliados produce un resultado formalmente selectivo, ya que, en el caso, en los hechos probados constaba expresamente que en el Ayuntamiento de ...estuvieron “un grupo numeroso de funcionarios... entre los que se encontraban” los acusados, y no solamente éstos».

(STC 88/2003, de 19 de mayo. Recurso de amparo 5040/1998. Ponente: D.<sup>a</sup> María Emilia Casas Baamonde, «BOE» de 10 de junio de 2003)

## LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

### ARTÍCULO 579

Ver comentario de jurisprudencia al epígrafe «Derecho al secreto de las comunicaciones. Intervención de las comunicaciones telefónicas» del artículo 18.3 Constitución.

## LEY ORGÁNICA 1/1979, DE 26 DE SEPTIEMBRE, GENERAL PENITENCIARIA

### ARTÍCULO 44.3

*Efectos de la suspensión de la efectividad de sanciones ante la interposición de recurso*

«El propio artículo 44.3 LOGP, al prever con carácter general que la interposición de un recurso contra una disposición sancionadora suspende la efectividad de dicha sanción, constituye una base legal de la que, por el contrario, cabe deducir que

dicha suspensión abarca las consecuencias gravosas que para el sancionado pudieran derivarse de la ejecución inmediata de dicha sanción, entre las que figuraría la pérdida del beneficio de redención de penas por el trabajo durante todo el período de cumplimiento de la misma y hasta tanto no fuera cancelada. Únicamente esta interpretación resulta coherente con el derecho del sancionado a no verse perjudicado por motivo del ejercicio de su derecho a la interposición de cuantos recursos fueran pertinentes en términos de defensa de sus intereses, siendo asimismo la única compatible con las reglas de la lógica por cuanto, pese a no darse esta circunstancia en el presente caso, a ellas se opondría la conclusión de que el período de baja en redención de pena pudiera extenderse incluso cuando la tramitación de los recursos presentados contra una sanción de naturaleza penitenciaria se dilatará en forma excesiva por causas ajenas al recurrente, con la consiguiente repercusión en el período de tiempo de cumplimiento de la pena privativa de libertad a que hubiera sido condenado. Ha de declararse, pues, que el cómputo de la baja del demandante de amparo en redención de pena a partir del día en que recayó el Acuerdo sancionador, y hasta el día en que quedaron canceladas las sanciones que por el mismo se le impusieron, ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva, al ser una decisión carente de base legal e indirectamente ocasionante de un efecto de disuasión del ejercicio del derecho a los recursos por parte de los internos en un centro penitenciario».

(STC 186/2003, de 27 de octubre. Recurso de amparo 307/1999. Ponente: D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, «BOE» de 26 de noviembre)

## ARTÍCULO 47

### *Relación entre los permisos de salida y el derecho a la libertad personal*

«Al analizar la incidencia de los permisos de salida sobre el derecho a la libertad personal de los penados y las exigencias de motivación de los mismos (SSTC 112/1996, de 24 de junio, y 2/1997, de 13 de enero), este Tribunal ha partido de la consideración de que las resoluciones que sobre permisos de salida se dicten en aplicación de la Ley Orgánica general penitenciaria y su Reglamento afectan pero nunca pueden vulnerar el derecho fundamental a la libertad personal de los internos, pues la privación de ésta se ha producido por un título legítimo previo que es la imposición de una Sentencia penal condenatoria a privación de libertad. A partir de dicha premisa hemos reconocido que, puesto que la concesión o denegación de permisos penitenciarios de salida sí afectan a la libertad personal, la motivación exigible para tal afectación ha de ser especialmente rigurosa de manera que el control de este Tribunal se extiende, en estos casos, a valorar si la motivación es “concordante con los supuestos en que la Constitución española permite la afectación” del valor superior “libertad” y por ello “reconducibile” a los supuestos constitucionalmente lícitos de privación de los permisos de salida. Desde la perspectiva expresada no cabe decir que en este caso la denegación del permiso de salida solicitado haya sido inmotivada, o basada en razonamientos arbitrarios o contrarios a la Ley Penitenciaria ni a los principios constitucionales que la inspiran, lo que permitiría, vía artículo 24.1 CE en conexión con el artículo 17 CE, revisar la motivación de los Autos recurridos siguiendo los criterios de la STC 112/1996, de 24 de junio, posteriormente matizados por las SSTC 2/1997, de 13 de enero; 75/1998, de 31 de marzo; 88/1998, de 21 de abril; 204/1999, de 8 de noviembre; 109/2000 de 5 de mayo; y 137/2000, de 29 de mayo».

(STC 167/2003, de 29 de septiembre. Recurso de amparo 2124/2000. Ponente: D. Tomás S. Vives Antón, «BOE» de 23 de octubre de 2003)

### *Función del Tribunal Constitucional en materia de permisos de salida*

«Expresamente hemos declarado (STC 204/1999, de 8 de noviembre, FJ 5, y 109/2000, de 7 de junio, FJ 5, con cita de las SSTC 81/1997, de 22 de abril; 193/1997, de 11 de noviembre, y 88/1998, de 21 de abril) que no le corresponde a este Tribunal, conociendo de un recurso de amparo, determinar cuál sea la interpretación más plausible de los condicionantes legales y reglamentarios de los permisos de salida, ni, por tanto, si el criterio de denegación expuesto en las resoluciones impugnadas resulta o no el más indicado para una correcta política de permisos. Y también hemos afirmado que, dado que el disfrute de dichos permisos no es un derecho incondicionado del interno, sino que en su concesión interviene la ponderación de otra serie de circunstancias objetivas y subjetivas para impedir que la finalidad de la medida se frustre, lo esencial es comprobar que las razones empleadas para fundamentar el rechazo de la pretensión del recurrente no se encuentran desconectadas de los fines de la institución, es decir, de la preparación del interno para la vida en libertad. Tal es lo que sucede en el presente caso, según se ha razonado».

(STC 115/2003, de 16 de junio. Recurso de amparo 3391/2000. Ponente: D. Pablo Manuel Cachón Villar, «BOE» de 17 de julio de 2003)

## **LEY 4/1985, DE 21 DE MARZO, DE EXTRADICIÓN PASIVA**

### *Procedimiento de extradición pasiva. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva*

«Este Tribunal ha puesto de manifiesto (por todas, STC 102/1997, de 20 de mayo, FJ 6) que la extradición pasiva es, por su naturaleza, un acto de auxilio judicial internacional, en cuya fase ante los órganos judiciales españoles (por todas, STC 141/1998, de 29 de junio, FJ 3) no se decide acerca de la hipotética culpabilidad o inocencia del sujeto reclamado ni se realiza un pronunciamiento condenatorio, tratándose, pues, de un proceso sobre otro proceso penal previamente iniciado e incluso concluido sólo que a falta de la ejecución en otro Estado. Ahora bien, cuando los órganos judiciales españoles competentes deciden sobre si se cumplen los requisitos y garantías previstos en las normas de aplicación, bien se trate de Leyes internas o de tratados internacionales, para acordar la entrega del sujeto afectado, desarrollan una labor de la mayor trascendencia, no sólo teniendo en cuenta la relevancia de los derechos e intereses del reclamado que pueden estar en juego, sino también considerando que una vez verificada la entrega al Estado requirente las lesiones de los derechos de aquél que se hayan producido o puedan producirse en el futuro y que se estén denunciando en el procedimiento de extradición van a convertirse, normalmente, en irreparables por los órganos judiciales españoles (o, incluso, por otros poderes públicos de nuestra Nación), en cuanto que éstos van a perder las posibilidades de actuación para conseguir tal finalidad reparadora aun cuando con posterioridad resulte, de una u otra manera, que tales lesiones, efectivamente, se han producido.

En cuanto a la trascendencia de los derechos e intereses del reclamado de extradición que se hallan en juego, este Tribunal ha puesto de relieve (por todas, STC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3) que siempre se verá afectado el derecho fundamental a la libertad, toda vez que la declaración de procedencia de la extradición tendría efectos sobre el eventual derecho del reclamado a permanecer en nuestro país y

como última consecuencia sobre el cumplimiento de una pena privativa de libertad (máxime cuando, como es el caso, nos encontramos ante una solicitud de extradición para el cumplimiento de una condena, esto es, la denominada extradición ejecutiva o de condenado). Pero no sólo eso, debe tenerse presente también que en el procedimiento de extradición el reclamado puede oponerse a ésta por considerar que en el Estado requirente se vulneraron o se van a vulnerar derechos de la mayor relevancia, como pueden ser, por conectar ya con el caso que nos ocupa en el presente recurso de amparo, los derechos a no ser discriminado, perseguido o castigado por razones vinculadas a sus condiciones personales o sociales o a su ideología u opiniones políticas, o los derechos a la vida y a la integridad física o moral.

Estas consideraciones, tendentes a destacar la especial naturaleza y carácter del procedimiento de extradición, fundamentalmente en la que podemos denominar su fase judicial, se encuentran en la doctrina que este Tribunal ha ido estableciendo en torno a la posibilidad de vulneración de derechos fundamentales del reclamado en tal procedimiento de extradición. En la STC 13/1994, de 17 de enero (FJ 4), se alude a que el sometimiento a las resultas de una decisión de extradición determina la concurrencia de circunstancias muy especiales respecto de las posibilidades de control de los actos de los órganos judiciales españoles, derivados de que, en tanto no se materialice la entrega definitiva, el reclamado se encuentra sometido a la jurisdicción de los Tribunales españoles, que conservan, sólo mientras tanto, debemos recalcar ahora, plenas facultades de decisión sobre fundamentales aspectos del reclamado. Añade la indicada Sentencia que la especial naturaleza del procedimiento de extradición determina que si los órganos judiciales españoles, siendo conocedores de la eventual vulneración de los derechos fundamentales del recurrente en el país de destino, no la evitan con los medios de que disponen, a dichos órganos habrá de serles imputables esa eventual vulneración de los derechos fundamentales del reclamado. Y es que, como recoge la citada STC 13/1994, de 17 de enero, en la medida en que con el procedimiento de extradición se concreta un estrecho complejo de actuaciones imbricadas, en el Estado requirente y en el requerido, el destino del extraditado en aquél no sólo no puede ser indiferente para las autoridades de éste, sino que se encuentran obligadas a prevenir (esto es, a impedir que se convierta en daño un peligro efectivo (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 6) la vulneración de derechos fundamentales que se espera de las autoridades extranjeras (o, incluso, las consecuencias perjudiciales que puedan derivarse de una vulneración de derechos ya producida, añadimos), atrayéndose la competencia de los Tribunales españoles por el dominio de que disponen sobre la situación personal del extraditado y, por tanto, por los medios con que cuentan para remediar los efectos de las irregularidades denunciadas.

Todas estas circunstancias determinan, en definitiva, que el procedimiento de extradición, tal y como se halla diseñado por la normativa de aplicación, que en el caso que nos ocupa va a venir esencialmente constituida por el Convenio Europeo de Extradición, de 13 de diciembre de 1957, y por la Ley de Extradición Pasiva (en adelante, LEP), exige una cuidadosa labor de verificación por el órgano judicial en relación con las circunstancias alegadas por el reclamado, con el fin de evitar que, en caso de accederse a la extradición, se pudiera convertir en autor de una lesión contra los derechos del extraditado, bien porque hubiera contribuido a que la lesión de un derecho ya acaecida en el extranjero no fuera restablecida, o a que no se impidiera que de la misma se derivaran consecuencias perjudiciales para el reclamado, bien porque, existiendo un temor racional y fundado de que tales lesiones se produzcan en el futuro, éstas resulten favorecidas por la actuación de los órganos judiciales españoles al no haberlas evitado con los medios de que, mientras el reclamado se encuentra sometido a su jurisdicción, disponen, de modo que la actuación del Juez español produzca un riesgo relevante de vulneración de los derechos del reclamado (SSTC 13/1994,

FJ 4; 141/1998, FJ 1, y 91/2000, FJ 6). Y tal específica obligación judicial de contrastar la veracidad de las denuncias del reclamado cuando, claro está, sean relevantes para la decisión a adoptar, se ve acrecentada por la propia naturaleza del procedimiento extradicional, dado que las posibilidades de acreditación por el reclamado de las lesiones sufridas o de que existe un riesgo real y cierto de que éstas se van a producir se ven notoriamente reducidas, en buena parte de los casos, por la concreta circunstancia de que las citadas lesiones se han sufrido o van a poder sufrirse en país extranjero. Y, por otra parte, esa obligación judicial se va tornando más acusada en función de la mayor trascendencia de los derechos e intereses del reclamado que están en juego, de modo que alcanza una amplia exigencia cuando se trata de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, que les vinculan como bases objetivas de nuestro ordenamiento (por todas, SSTC 13/1994, FJ 4, y 91/2000, FJ 7), y que tienen una especial relevancia y posición en nuestro sistema (por todas, STC 5/2002, de 14 de enero, FJ 4), e, incluso, tal elevada exigencia ha de graduarse en función del derecho o derechos fundamentales que puedan resultar afectados, de modo que, necesariamente alcanzará una especial intensidad cuando sean los reconocidos en el artículo 15 CE los que se encuentren en esa situación o, también desde otra perspectiva, cuando se incida sobre lo que en la STC 91/2000 denominamos contenido absoluto de los derechos fundamentales.

3. Por otra parte, debe señalarse que estas peculiaridades de los procedimientos tramitados en un Estado que tienen por objeto la decisión en torno a si una persona debe salir de su territorio, con independencia de cuál sea la concreta razón o finalidad de esa obligada salida, incluyendo por tanto lo relativo a la solicitud de extradición por un tercer Estado para que le sea entregada, ha sido puesta de relieve reiteradamente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, ya en la Sentencia de 7 de julio de 1989 (caso *Soering*) se afirmó que cuando una decisión de extradición comporta un atentado, por sus consecuencias, al ejercicio de un derecho garantizado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, éste puede, si no se trata de repercusiones muy lejanas, hacer que entren en juego las obligaciones de un Estado contratante en virtud de la disposición correspondiente, de modo que aunque el artículo 1 del Convenio, que señala que las altas partes contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del Convenio, no debería ser interpretado en el sentido de que consagra un principio general según el cual un Estado contratante, no obstante sus obligaciones en materia de extradición, no puede entregar a un individuo sin estar seguro de que las condiciones que se dan en el país de destino cuadran totalmente con cada una de las garantías del Convenio, estas consideraciones no deben, sin embargo, relevar a los Estados contratantes de su responsabilidad por todas o parte de las consecuencias previsibles que una extradición fuera de su jurisdicción entraña (§§ 85 y 86). Precisamente esta Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos fue considerada por la STC 13/1994 para afirmar el marco territorial expansivo en que se mueven los supuestos de extradición y el necesario cuidado que incumbe a las autoridades del país requerido para velar por el respeto de los derechos fundamentales del extraditado.

Asimismo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el marco del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (que prohíbe el sometimiento a tortura o penas o tratos inhumanos y degradantes), ha exigido al Estado que va a obligar a salir a una persona de su territorio que realice un examen riguroso y serio de las quejas de aquél al respecto (Sentencia de 11 de julio de 2000, caso *Jabari contra Turquía*, §§ 39 y 40) y que garantice a la persona la disponibilidad de un remedio para hacer cumplir sustancialmente tales derechos reconocidos en el Convenio (Sentencia de 11 de julio de 2000, caso *G. H. H. y otros contra Turquía*, § 36), refiriéndose in-

cluso a que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha de emplear un criterio riguroso en el examen de la existencia de un riesgo real de malos tratos a la persona, pudiendo reclamar de oficio el material o los elementos que considere precisos a tal fin (Sentencia de 15 de noviembre de 1996, caso *Chahal contra el Reino Unido*, §§ 96 y 97), así como a que el control de la existencia de un riesgo de malos tratos ha de hacerse no sólo sobre la base de las circunstancias que el Estado en cuestión conocía sino también de aquellas que debió conocer cuando adoptó su decisión (Sentencia de 20 de marzo de 1991, caso *Cruz Varas y otros contra Suecia*, § 76).

Por otra parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha recordado (Sentencia de 28 de marzo de 2000, caso *Mahmut Kaya contra Turquía*, §§ 85 y 115) que todo Estado debe tomar las medidas adecuadas para salvaguardar las vidas de aquellos bajo su jurisdicción, así como para que no sean sometidos a torturas ni a tratos inhumanos o degradantes, debiendo adoptar medidas razonables para evitar el riesgo de maltrato que conocieran o debieran conocer, surgiendo la correspondiente obligación positiva del Estado (§ 86) de la circunstancia de que las autoridades sabían o debían saber de la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida del individuo (doctrina que, desde luego, debe resultar de aplicación cuando el riesgo provenga de otro Estado). En ese mismo sentido, este Tribunal Constitucional ha declarado (STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 7) que los poderes públicos están obligados a adoptar las medidas necesarias para proteger la vida o la integridad física de quienes se hallan sometidos a su jurisdicción.

Pero, además, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes en los procedimientos que pueden culminar con la salida de una persona del territorio de un Estado, tanto este Tribunal Constitucional como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no exigen que tal persona acredite de modo pleno y absoluto la vulneración de sus derechos en el extranjero, de la que van a derivarse consecuencias perjudiciales para la misma, o que esa vulneración va a tener lugar en el futuro, toda vez que ello, teniendo en cuenta esas específicas circunstancias, supondría normalmente una carga exorbitante para el afectado y, por otra parte, habida cuenta del ya apuntado riesgo que se deriva de la irreparabilidad de las lesiones por los órganos judiciales internos en el caso de que, posteriormente, quedara en efecto acreditado que esa vulneración se produjo, antes o después de la expulsión o entrega. Así, ya en la STC 13/1994 (FJ 5) nos referimos a que la protección del derecho alegado por el reclamado habría de otorgarse en el caso de que existiera un temor racional y fundado de que el mismo habría de ser vulnerado, y en la STC 91/2000 aludimos (FJ 6) al riesgo relevante de vulneración de los derechos por parte de los órganos de un Estado extranjero, o a las consecuencias previsibles que una extradición entraña fuera de la jurisdicción del Estado (FJ 6 *in fine*, con referencia a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Soering* citada), insistiéndose en el ATC 23/1997, de 27 de enero (FJ 1), en la necesidad de excluir la entrega de sujetos que, presumiblemente, con cierto grado de seguridad, puedan sufrir vulneraciones relevantes, por existir al respecto un temor racional y fundado.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con los derechos a la vida y a no padecer torturas ni penas o tratos inhumanos o degradantes, ha tomado también en cuenta, como hemos dicho, las peculiaridades del supuesto cuando se trata de procedimientos que pueden culminar con la obligada salida de un extranjero del territorio de uno de los Estados contratantes, no exigiendo la prueba cumplida de que la lesión se ha producido o va a producirse, sino acudiendo a otros criterios que tratan, sin duda, de evitar la irreparabilidad de los perjuicios que se ocasionarían para la persona sometida a la decisión si se verificara la entrega y, asimismo, que contemplan las específicas circunstancias que suponen para aquélla una dificultad probatoria. Así, ya la citada Sentencia dictada en el caso *Soering* alude (§ 88)

a la existencia de serios motivos que hagan suponer que exista el peligro de ser torturado o a correr el riesgo de sufrir en el Estado de destino penas o tratos inhumanos o degradantes, refiriéndose en el § 89 a la existencia de motivos serios y acreditados para creer que si el interesado es entregado al Estado requirente correrá un riesgo real de ser sometido a torturas o a penas o tratos inhumanos o degradantes. Asimismo, en posteriores Sentencias se ha referido reiteradamente a la existencia de motivos serios y acreditados para creer que el interesado, en el Estado de destino, correrá un riesgo real de ser sometido a los referidos tratos prohibidos por el Convenio (Sentencia de 17 de diciembre de 1996, caso *Ahmed contra Austria*, § 39; Sentencia de 11 de julio de 2000, caso *G. H. H. y otros contra Turquía*, § 35).

Ciertamente, los referidos pronunciamientos, tanto de este Tribunal Constitucional como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en relación con las características de la prueba de la vulneración de los derechos de la persona en el Estado de destino se han producido esencialmente, y las expresiones utilizadas se adecuan fundamentalmente a ese caso, en relación con lesiones futuras, pero las circunstancias expuestas en torno a las razones en que se apoyarían (dificultad probatoria e irreparabilidad de los perjuicios, esencialmente), determinan que deben también ser aplicables respecto de vulneraciones ya producidas. En cualquier caso, es importante recordarlo, serán todas las circunstancias concurrentes en cada supuesto, en relación con los distintos aspectos que puedan tener relevancia, las que, en definitiva, determinen en cada caso el grado de exigencia a las autoridades judiciales en torno a las actividades que han de desarrollar en el procedimiento de extradición para asegurar una decisión adecuada, así como respecto de los concretos criterios en que ésta habrá de fundarse en cada caso y para cada cuestión controvertida.

[.../...]

Los órganos judiciales, al conocer del procedimiento de extradición, han de valorar las específicas circunstancias concurrentes en el supuesto sometido a su consideración, tomando en cuenta la relevancia de los derechos e intereses que se consideren lesionados o en riesgo de lesión, las consecuencias que pueden derivarse de la entrega al Estado requirente en relación con la imposibilidad de reparación de los perjuicios, la argumentación desplegada por el sometido al procedimiento y los elementos probatorios en la que intenta sostenerla y, en relación con esto último, la dificultad probatoria que para el mismo puede derivarse, precisamente, de encontrarse en un Estado distinto de aquél en el que supuestamente se cometieron o podrían cometerse las vulneraciones. En particular, de acuerdo con las consideraciones que hemos expuesto, siempre que el reclamado haya aportado determinados y concretos elementos que sirvan de apoyo razonable a su argumentación y que no le sea reprochable una actitud de falta de diligencia en la aportación del material probatorio, los órganos judiciales no podrán, sin más, denegar o desatender la relevancia de tal argumentación sobre la base de que la misma no resulta adecuadamente acreditada, sino que, por el contrario, deberán realizar cuantas actuaciones sean precisas, en función de los derechos fundamentales que puedan encontrarse en juego y demás factores en presencia, para conseguir esclarecer las circunstancias alegadas o, incluso, ante la existencia de elementos, temores o riesgos racionales de que las mismas efectivamente se hayan producido, existan, o puedan producirse, sin que aquéllos hayan sido desvirtuados por la información y documentación de la que el órgano judicial dispone, declarar improcedente la entrega del sometido al procedimiento extradicional, evitando así las consecuencias perjudiciales que de una decisión contraria podrían derivarse.

En esta misma línea, ha de tenerse en cuenta que la específica naturaleza del procedimiento de extradición determina que el órgano judicial pueda valerse de todos los medios a su alcance para adoptar la decisión que estime pertinente. En este senti-

do, las facultades del órgano judicial para solicitar documentación o información complementaria se hallan expresamente recogidas en la normativa aplicable, y en tal sentido lo prevé el artículo 13 del Convenio Europeo de Extradición, a cuyo tenor “Si la información proporcionada por la parte requirente resultare insuficiente para permitir a la parte requerida tomar una decisión en aplicación del presente Convenio, dicha parte requerida solicitará la información complementaria necesaria, pudiendo fijar un plazo para la obtención de la misma”, y el artículo 13.1 LEP señala que el Tribunal “podrá reclamar, a petición [del Fiscal o del Abogado defensor] o de oficio, los antecedentes que juzgue convenientes en relación con el artículo siguiente”, que se refiere a los extremos relacionados con las condiciones exigidas por el Tratado aplicable o por la propia Ley de extradición.

En definitiva, de lo hasta aquí expuesto se desprende que cuando el reclamado sostiene la concurrencia de alguna de las circunstancias determinantes de que el órgano judicial pueda o deba denegar la entrega al Estado requirente, y desarrolla al efecto una actividad probatoria mínimamente diligente, de la que pueda extraerse razonablemente la existencia de motivos o indicios para creer que, efectivamente, tales circunstancias pudieron acontecer, el órgano judicial debe desarrollar una actividad encaminada a obtener los datos precisos para adoptar adecuadamente su decisión que, por lo demás, no podrá fundarse sin más en la inexistencia de una prueba plena y cumplida sobre las apuntadas circunstancias alegadas por el reclamado, sino que tendrá que ponderar y valorar todos los factores y aspectos concurrentes para determinar si, a la vista de los mismos, debe accederse o no a la extradición, teniendo en cuenta los riesgos que siempre la misma comporta y a los que nos hemos referido más arriba.

Por lo demás, conviene destacar que este Tribunal Constitucional, en supuestos en que ha apreciado factores análogos a los que hemos expuesto, tales como el carácter de los derechos que estaban en juego, la dificultad probatoria, y la diligencia suficiente al respecto de quien se queja de la vulneración de aquéllos, ha llegado también a soluciones encaminadas a exigir una especial intensidad en la actividad que desarrollen los órganos judiciales dirigida al esclarecimiento de las circunstancias alegadas, así como a reclamar de éstos que en la decisión que adopten tengan en cuenta aquellos factores, en lo que se refiera a las necesidades de la prueba de esas circunstancias (en este sentido, y por todas, SSTC 38/1986, de 21 de marzo, FFJJ 2 y 4, y 41/1999, de 22 de marzo, FFJJ 7 y 8).

(STC 32/2003, de 13 de febrero. Recurso de amparo 179/1999. Ponente: D. Pablo García Manzano, «BOE» de 5 de marzo de 2003)

## LEY ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE JULIO, DEL PODER JUDICIAL

### ARTÍCULO 267

«Es preciso traer a colación la reiterada doctrina de este Tribunal, que constituye ya un cuerpo jurisprudencial consolidado sobre el derecho a la intangibilidad, invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales como dimensión del derecho a la tutela judicial efectiva, recogida, entre otras, en las SSTC 55/2002, de 11 de marzo, 56/2002, de 11 de marzo, o 187/2002, de 14 de octubre. El principio de invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales opera, como es evi-

dente, más intensa y terminantemente en los supuestos de resoluciones firmes que en aquellos otros en los que el ordenamiento procesal ha previsto específicos medios o cauces impugnatorios que permiten su variación o revisión. En este sentido el legislador ha arbitrado con carácter general en el artículo 267 LOPJ un mecanismo excepcional que posibilita que los órganos judiciales aclaren algún concepto oscuro, suplan cualquier omisión o corrijan algún error material deslizado en sus resoluciones definitivas, el cual ha de entenderse limitado a la función específica reparadora para la que se ha establecido, siendo esta vía aclaratoria plenamente compatible con el principio de invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales. Ahora bien, tal remedio procesal no permite alterar sus elementos esenciales, debiendo atenderse siempre el recurso de aclaración, dado su carácter excepcional, a los supuestos taxativamente previstos en la Ley Orgánica del Poder Judicial y limitarse a la función específica reparadora para la que se ha establecido (por todas STC 112/1999, de 14 de junio, FJ 2). En la regulación del artículo 267 LOPJ coexisten dos regímenes distintos: de un lado, la aclaración propiamente dicha, referida a aclarar algún concepto oscuro o suplir cualquier omisión que contengan las Sentencias y Autos definitivos (apartado 1); y, de otro, la rectificación de errores materiales manifiestos y los aritméticos (por todas STC 216/2001, de 29 de octubre, FJ 2).

En relación con las concretas actividades de “aclarar algún concepto oscuro” o de “suplir cualquier omisión”, que son los supuestos contemplados en el artículo 267.1 LOPJ, por definición no deben suponer cambio de sentido y espíritu del fallo, ya que el órgano judicial, al explicar el sentido de sus palabras, en su caso, o al adicionar al fallo lo que en el mismo falta, en otro, está obligado a no salirse del contexto interpretativo de lo anteriormente manifestado o razonado. Por lo que se refiere a la rectificación de los errores materiales manifiestos, se ha considerado como tales, aquellos errores cuya corrección no implica un juicio valorativo, ni exige operaciones de calificación jurídica o nuevas y distintas apreciaciones de la prueba, ni supone resolver cuestiones discutibles u opinables por evidenciarse el error directamente al deducirse, con toda certeza, del propio texto de la resolución judicial, sin necesidad de hipótesis, deducciones o interpretaciones (SSTC 231/1991, de 10 de diciembre, FJ 4; 142/1992, de 13 de octubre, FJ 2).

La corrección del error material entraña siempre algún tipo de modificación, en cuanto la única manera de rectificar o subsanar alguna incorrección es cambiando los términos expresivos del error, de modo que en tales supuestos no cabe excluir cierta posibilidad de variación de la resolución judicial aclarada, si bien la vía de la aclaración no puede utilizarse como remedio de la falta de fundamentación jurídica, ni tampoco para corregir errores judiciales de calificación jurídica o subvertir las conclusiones probatorias previamente mantenidas, resultando igualmente inadecuada para anular y sustituir una resolución judicial por otra de signo contrario, salvo que excepcionalmente el error material consista en un mero desajuste o contradicción patente e independiente de cualquier juicio valorativo o apreciación jurídica entre la doctrina establecida en sus fundamentos jurídicos y el fallo de la resolución judicial (por todas STC 218/1999, de 29 de noviembre, FJ 3). No puede descartarse, pues, en tales supuestos, “la operatividad de este remedio procesal aunque comporte una revisión del sentido del fallo, si se hace evidente, por deducirse con toda certeza del propio texto de la Sentencia, sin necesidad de hipótesis, deducciones o interpretaciones, que el órgano judicial simplemente se equivocó al trasladar el resultado de su juicio al fallo” (STC 19/1995, de 24 de enero, FJ 2). En esta línea el Tribunal Constitucional ha señalado más recientemente que, cuando el error material que conduce a dictar una resolución equivocada sea un error grosero, manifiesto, apreciable desde el texto de la misma sin necesidad de realizar interpretaciones o deducciones valorativas, deducible a simple vista, en definitiva, si su detección no requiere pericia o razonamiento

jurídico alguno, el órgano judicial puede legítima y excepcionalmente proceder a la rectificación *ex* artículo 267 LOPJ, aun variando el fallo. Cosa distinta es que la rectificación, con alteración del sentido del fallo, entrañe una nueva apreciación de valoración, interpretación o apreciación en Derecho, en cuyo caso, de llevarla a efecto, se habría producido un desbordamiento de los estrechos límites del citado precepto legal y se habría vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (por todas STC 140/2001, de 18 de junio, FFJJ 5, 6 y 7)».

(STC 141/2003, de 14 de julio. Recurso de amparo 3796/2000. Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, «BOE» de 13 de agosto de 2003)

## **REAL DECRETO 190/1996, DE 9 DE FEBRERO, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO PENITENCIARIO**

### **ARTÍCULO 242.i)**

«El análisis de la queja ha de empezar por recordar sintéticamente nuestra doctrina jurisprudencial acerca del derecho a la asistencia letrada en los procedimientos disciplinarios penitenciarios (SSTC 74/1987, de 18 de junio; 2/1987, de 21 de enero; 190/1987, de 1 de diciembre; 161/1993, de 17 de mayo; 229/1993, de 12 de julio; 143/1995, de 3 de octubre; 181/1999, de 11 de octubre; 27/2001, de 29 de enero; 104/2002, de 6 de mayo, y 236/2002, de 9 de diciembre), que puede resumirse en los siguientes pronunciamientos:

a) Pese a que el derecho “a la asistencia de Letrado” debe referirse primordialmente a los procesos judiciales, y específicamente al proceso penal, la Administración penitenciaria ha de permitir a los internos contar con asistencia jurídica en los procedimientos disciplinarios en forma y grado tal que pueda ser estimada proporcionada a la naturaleza de la falta imputada, a la sanción imponible y al procedimiento que se siga para decidir sobre su imposición (STC 74/1985).

b) No se trata de un derecho pleno a la asistencia de Letrado que se extienda a su comparecencia personal junto al interno ante los órganos disciplinarios, ni incluye la asistencia jurídica gratuita en caso de necesidad si se carece de medios económicos suficientes para ello, pues tal derecho sólo existe claramente en los procesos judiciales y únicamente cuando los intereses de la justicia así lo requieran (SSTC 2/1987 y 190/1987). De esta manera, puesto que lo que la Constitución garantiza en este ámbito es la posibilidad de contar con un asesoramiento jurídico suficiente, es su obstaculización o impedimento injustificado por parte de la Administración lo que constituye la lesión del derecho de defensa.

c) Cumple suficientemente con la garantía constitucional del derecho de defensa la posibilidad de asesoramiento prevista en el artículo 242.2, letra i), del Reglamento penitenciario vigente (STC 236/2002), que puede ser realizada, no solamente a través de un Abogado, sino también a través de un funcionario del centro penitenciario o por cualquier otra persona que el interno designe, siempre que en este último caso la solicitud de asesoramiento, en cuanto suponga la comunicación con una tercera persona, sea compatible con las exigencias de seguridad, tratamiento y buen orden del establecimiento que legítimamente deben adoptar los responsables del centro penitenciario (STC 27/2001).

d) Al reconocer expresamente la legislación penitenciaria la posibilidad de que los internos soliciten asesoramiento durante la tramitación de los expedientes disciplinarios –art. 242.2, i) RP–, la pasividad o el silencio de la Administración ante una solicitud de este tipo realizada en tiempo y forma ante el órgano competente puede significar la lesión del artículo 24.2 CE si supone la privación definitiva de la oportunidad de recibir una asistencia necesaria y eficaz para la preparación de su defensa (SSTC 143/1995; 128/1996, de 9 de julio; 83/1997, de 22 de abril; 181/1999 y 236/2002), es decir, sólo podrá apreciarse vulneración del derecho de defensa si la que efectiva y concretamente se ha ejercitado en el proceso se manifiesta incapaz de contribuir satisfactoriamente al examen de las cuestiones jurídicas suscitadas en el mismo, lo cual será determinable, en cada caso concreto (STC 233/1998, de 1 de diciembre), atendiendo a la mayor o menor complejidad del debate procesal y a la cultura y conocimientos jurídicos del comparecido personalmente, deducidos de la forma y nivel técnico con que haya realizado su defensa».

(STC 104/2003, de 2 de junio. Recurso de amparo 5340/2000. Ponente: D. Tomás S. Vives Antón, «BOE» de 1 de julio de 2003)

## LEY ORGÁNICA 6/2002, DE 27 DE JUNIO, DE PARTIDOS POLÍTICOS

### *Ilegalización de partido político. Ius puniendi estatal*

«El artículo 9 de la Ley Orgánica 6/2002 establece, en sus apartados 2 y 3, los supuestos en los que “un partido político será declarado ilegal”. El artículo 10.2 de la Ley, por su parte, relaciona los casos en los que “la disolución judicial de un partido político será acordada por el órgano jurisdiccional competente”. El Gobierno Vasco basa su impugnación en el presupuesto de que ambas medidas tienen carácter sancionador y sobre esa base alega una lesión del artículo 25 CE. Es preciso recordar aquí que “los postulados del artículo 25 CE no pueden aplicarse a ámbitos que no sean los específicos del ilícito penal o administrativo, siendo improcedente su aplicación extensiva o analógica, como resulta de las SSTC 73/1982, 69/1983 y 96/1988, a supuestos distintos o a actos por su mera condición de ser restrictivos de derechos, si no representan el efectivo ejercicio del *ius puniendi* del Estado o no tienen un verdadero sentido sancionador” (STC 239/1988, de 14 de diciembre, FJ 2; en el mismo sentido, STC 164/1995, de 13 de noviembre, FJ 4). La ilegalización y disolución de un partido político es, desde luego, una consecuencia jurídica gravosa para el partido mismo, para sus afiliados y, por extensión, también para sus simpatizantes y votantes. Ello no las convierte, sin más, en medidas punitivas, pues en otro caso habría que conceder, como alega el Abogado del Estado, que toda consecuencia jurídica desfavorable o la simple denegación de un beneficio encerraría un componente sancionador.

Como señalamos en las SSTC 164/1995, de 13 de noviembre (FJ 3), y 276/2000, de 26 de noviembre (FJ 4), para determinar si una consecuencia jurídica tiene o no carácter punitivo habrá que atender, ante todo, a la función que tiene encomendada en el sistema jurídico. De modo que si tiene una función represiva y con ella se restringen derechos como consecuencia de un ilícito, habremos de entender que se trata de una pena en sentido material; pero si en lugar de la represión concurren otras finalidades justificativas deberá descartarse la existencia de una pena, por más que se trate de una consecuencia gravosa (en el mismo sentido, ya la STC 239/1988, de 14 de

diciembre, FJ 2). A lo que ha de añadirse que “hemos negado la existencia de una función retributiva porque las medidas impugnadas tenían la finalidad de constreñir a la “realización de una prestación o al cumplimiento de una obligación concreta” (STC 239/1988, FJ 2), perseguían la “simple aplicación” del “ordenamiento por parte de la Administración competente” (STC 181/1990, de 15 de noviembre, FJ 4), o, en fin, tenían como único objetivo “restablecer la legalidad conculcada” (STC 119/1991, FJ 3)”. No basta, pues, la sola pretensión de constreñir al cumplimiento de un deber jurídico (como ocurre con las multas coercitivas) o de restablecer la legalidad conculcada frente a quien se desenvuelve sin observar las condiciones establecidas por el ordenamiento para el ejercicio de una determinada actividad. Es preciso que, de manera autónoma o en concurrencia con esas pretensiones, el perjuicio causado responda a un sentido retributivo, que se traduce en la irrogación de un mal añadido al que de suyo implica el cumplimiento forzoso de una obligación ya debida o la imposibilidad de seguir desarrollando una actividad a la que no se tenía derecho. El restablecimiento de la legalidad infringida deriva siempre en el perjuicio de quien, con su infracción, quiso obtener un beneficio ilícito, del que se ve privado. El carácter de castigo criminal o administrativo de la reacción del ordenamiento sólo aparece cuando, al margen de la voluntad reparadora, se inflige un perjuicio añadido con el que se afecta al infractor en el círculo de los bienes y derechos de los que disfrutaba lícitamente.

En el caso de los preceptos recurridos no se aprecia la concurrencia de un verdadero carácter de pena en la medida de disolución. Antes que a un fin propiamente retributivo, las causas de ilegalización y disolución previstas en la Ley responden a una finalidad de garantía de que su actuación respete las condiciones definidoras de los partidos políticos, en tanto que asociaciones cualificadas por la relevancia constitucional de sus funciones.

El control jurídico de esa vertiente definidora de la asociación como partido consistente en el respeto a las exigencias del ordenamiento jurídico democrático recogidas en el artículo 6 CE ha de ser, por necesidad, un control *a posteriori*. De modo que, al faltar dichas exigencias y producirse una situación de quebranto del orden jurídico pluralista proclamado por la Constitución, se hace preciso restablecer la legalidad conculcada. No hay, por tanto, componente punitivo alguno. Estamos, pues, ante una sanción reparadora, que cabe incluir entre aquellas a las que el propio Código penal niega el carácter de penas (art. 34), por lo que, tal y como anticipábamos, debemos desestimar la vulneración del principio *non bis in idem*.

(STC Pleno 48/2003, de 12 de marzo. Recurso de inconstitucionalidad 5550/2002. Ponente: D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, «BOE» de 14 de marzo de 2003)

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

M.<sup>a</sup> DEL CARMEN FIGUEROA NAVARRO

ABEL TÉLLEZ AGUILERA

Universidad de Alcalá

## ARTÍCULO 16

*Tentativa de homicidio: disparar a dos miembros de la Guardia Civil con el arma descargada, sin conocimiento del acusado, arrebatada a uno de ellos. Tentativa imposible: evolución doctrinal de la punibilidad; Requisitos; Inidónea: distinción entre absoluta y relativa*

Primero.—El único motivo del recurso del Ministerio Fiscal, se formula por infracción de ley, al amparo del núm. 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, alegándose inaplicación de los artículos 138 y 62 del Código penal, pues la Audiencia Provincial después de relatar cómo el acusado Juan José C. M., arrebató el arma reglamentaria a uno de los Guardias Civiles la montó y accionó el gatillo, apuntando sucesivamente contra cada uno de los Agentes, con evidente ánimo de acabar con sus vidas, absuelve a dicho acusado de los delitos de asesinato, u homicidio, en grado de tentativa, por estimar que al estar la pistola descargada, los hechos deben ser considerados como constitutivos de un supuesto de tentativa inidónea, impune en el Código penal actualmente vigente.

El sentido del recurso, pues, se reduce a determinar si la ya relatada conducta del acusado es susceptible de incardinación en lo preceptuado en el Código penal de 1995 artículos 138 y 139 en relación con el artículo 62 o debe estar desprovista de sanción.

La polémica sobre el castigo o impunidad de la denominada tentativa inidónea y/o delito imposible es una de las más caracterizadas en nuestra doctrina, desde la vigencia del Código penal de 1995.

Los partidarios de la tesis impunista, se basan en dos fundamentales argumentos: *a)* La supresión del párrafo 2.º del antiguo artículo 52, que expresamente señalaba sanción para estos supuestos y *b)* El empleo del adverbio «objetivamente» en la definición de la tentativa Si los actos no deben producir el resultado objetivamente independientemente, pues de la intención del autor, el hecho no será punible.

Otro sector doctrinal, tal vez más numeroso, sostiene la opinión contraria, alegando que la supresión del artículo 52, sólo supone que el legislador lo ha considerado superfluo e innecesario, y de otro lado, que el empleo del término objetivamente

«excluye la punibilidad de la tentativa irreal, pero subrayando que ello no impide, sin embargo, la punición de la tentativa o delito imposible no irreal».

En conclusión, se sostiene que el fundamento de la punibilidad de la tentativa consiste en que a través de su intento, el autor expresa su desobediencia a una norma realmente existente. El mayor o menor peligro que genera su ánimo será evaluado penológicamente a través del artículo 62 del Código penal vigente «atendiendo al peligro inherente al intento».

A) Dicha polémica existió también en el ámbito jurisprudencial, y así, frente a sentencias como las de 10 y 12 de marzo de 1993, la de 10 noviembre de 1997, señalaba que la doctrina de esta Sala, con relación a la tentativa inidónea, viene exigiendo los siguientes condicionamientos: 1.º resolución de delinquir, de realizar un acto delictivo de los tipificados penalmente, presidido por un dolo directo o eventual; 2.º traducción de tal propósito en una determinada actividad tendente a la consecución del fin antijurídico propuesto o aceptado; 3.º falta de producción del fin querido de un modo absoluto, bien por haber empleado medios inidóneos, por su propia naturaleza, con respecto a dicha finalidad, o porque el sujeto los creía idóneos y carecían de aquella aptitud natural y necesaria para conseguir lo apetecido, bien porque no pueda producirse lo deseado por carencia íntegra y total del delito; 4.º presencia de antijuridicidad, puesta en peligro del orden jurídico que conmueva la conciencia del ente social, cierto peligro de lesionar el bien jurídicamente protegido. La tentativa inidónea supone, pues, la imposibilidad de consumación del delito intentado en razón a la inidoneidad de los medios utilizados, la imposibilidad de ejecución o a la inexistencia del objeto, la imposibilidad de producción sobre que se pretendía actuar, o de ambas cosas a la vez (sentencias de 24 de mayo de 1982, 11 de octubre de 1983 y 5 de diciembre de 1985).

Conforme a tan pacífica doctrina jurisprudencial sólo está excluida de la penalidad la tentativa inidónea, con inidoneidad absoluta, o sea la irreal o imaginaria, que pretende matar al enemigo con conjuros o prácticas mágicas, pero no la de idoneidad relativa, que puede revelar la ineficacia temporal o momentánea en atención a las circunstancias, pero que no empece que acredite su virtualidad en otras condiciones.

Sin embargo, posteriormente el 28 de mayo de 1999, se dictó una resolución, según la cual: la punición del delito imposible y de la tentativa inidónea, en el anterior Código penal, procede de la antigua Ley de Vagos y Maleantes de 1933 y se incorpora al Código penal entonces vigente por la vía del artículo 52 párrafo segundo (la misma regla se observará en los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del resultado), es decir, se imponía la pena inferior en uno o dos grados a la del delito consumado. Esta opción punitiva del Código anterior, se basa fundamentalmente en la peligrosidad del sujeto cuya voluntad criminal se había exteriorizado y no en la lesión de bienes jurídicos concretos, con lo que se entraba en un peligroso terreno en el que lo realmente penado era el comportamiento del autor. Esta posición ha desaparecido del Código vigente ya que ni en el artículo 62, que hereda el antiguo artículo 52, ni el artículo 16, en el que se define la tentativa, incluyen entre sus presupuestos mención alguna a los supuestos de imposibilidad de ejecución o de producción del resultado. Como ha señalado un importante sector de la doctrina, por fin el Código de 1995 ha dado el esperado paso de renunciar a la punición expresa de la tentativa inidónea y del delito imposible, que en la práctica tenían una casi nula incidencia y, en cambio en el plano del Derecho formal, contribuía a dar una imagen de hipertrofia de la importancia del ánimo del autor, cual si éste fuera por sí solo, fundamento bastante de cualquier decisión punitiva.

Ello quiere decir se añade, que, el delito imposible y la tentativa inidónea, ya no son punibles por imperativo del artículo 4.1 del Código penal vigente que no admite la aplicación de las leyes penales a casos distintos de los comprendidos en ellas, vedando, como es lógico, toda interpretación extensiva.

No obstante, existe ya una consolidada doctrina jurisprudencial, sentencias de 21 de junio de 1999 y 13 de marzo de 2000, según las cuales la tentativa inidónea es punible en el Derecho vigente, pues la introducción del adverbio «objetivamente» en la definición de la tentativa en el artículo 16 del Código penal vigente no limita los casos de las tentativas punibles a las idóneas. Por el contrario, «objetivamente» quiere significar que el plan o actuación del autor, «objetivamente» considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado.

Se trata de supuestos, se dice, en los que la intervención penal se justifica plenamente porque el autor ha decidido vulnerar el bien jurídico tutelado, a través de una acción que no resulta ajena a la órbita del tipo y utilizando medios generalmente idóneos, aun cuando no lo sean en el caso concreto. La concepción contraria equivaldría, prácticamente, a la opción, no aceptada por el legislador, de la despenalización de la tentativa, pues desde una perspectiva *ex post* toda tentativa implica, en cierto modo, un error de su autor sobre la idoneidad de la acción.

Por último, la de 2 de junio de 2000, ratificando dicha doctrina, afirma que la tentativa inidónea es punible en el Derecho vigente, pues la introducción del adverbio «objetivamente» en la definición de la tentativa en el artículo 16 del Código penal vigente no limita los casos de las tentativas punibles a las idóneas. Por el contrario, «objetivamente» quiere significar que el plan o actuación del autor, «objetivamente» considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado.

Existe pues, una doctrina jurisprudencial consolidada sobre la punición de la tentativa inidónea relativa.

B) Aplicando tal doctrina al caso debatido, el comportamiento del autor, en todos sus actos, hubiera llevado inexorablemente a la consumación del resultado criminal propuesto, a no ser por la circunstancia, que desconocía, que el arma no estaba cargada, aunque accionó el gatillo, cuando apuntó sucesivamente a cada uno de los agentes de la Guardia Civil.

El plan del acusado, pues, era racionalmente apto para la consecución del fin propuesto. Cuando la idoneidad de los actos realizados para llegar a dicho fin, son meramente ocasionales o circunstanciales, la tentativa debe ser tomada en consideración, en su categoría de relativamente inidónea.

Partiendo, pues, del relato de hechos probados de la sentencia impugnada, en el presente caso, el acusado dio principio a la ejecución del delito perseguido, dar muerte a los dos agentes, por hechos exteriores, al apuntarles sucesivamente con la pistola reglamentaria que arrebató a uno de los agentes, y accionado el gatillo del arma en ambas ocasiones.

Estos hechos «objetivamente» hubieran podido producir el resultado perseguido, sin que se trate de una acción objetivamente inocua, que pueda reputarse de ningún tipo de inidoneidad absoluta, pues el resultado no se produjo por el hecho de estar descargada el arma.

(Sentencia de 20 de enero de 2003)

*Tentativa de asesinato: miembro de ETA que se sitúa cerca de concejal con pistola con bala en la recámara, lo que constituye comienzo de la ejecución de la muerte de la víctima; pena inferior en dos grados al ser detenido el miembro de ETA en la primera fase de ejecución de la muerte de tercero*

Tercero.—Se ha alegado infracción de ley, de las del artículo 849.1.º LECrim. en concreto, de los artículos 572.1.1.º (y, dado el contexto, no del 564.1.1.º), 139.1 y 16.1 y 62, todos del Código penal. El argumento es que los hechos probados en la

sentencia carecerían en todo caso de aptitud para integrar el delito de asesinato terrorista intentado, dado que en ella no hay constancia de la realización de hechos exteriores objetivamente aptos para producir el resultado, es decir, que pudieran ser tenidos como principio de ejecución del delito atribuido. En todo caso y subsidiariamente, incluso de rechazarse esta vertiente de la impugnación, tendría que revisarse la condena en cuanto a la pena por el delito de asesinato, para imponer la inferior en dos grados a la del tipo, a tenor del nivel de desarrollo de la acción.

El artículo 16.1 CP, para que pueda hablarse de tentativa punible requiere, en el plano externo, la concurrencia de un principio de ejecución. Esto es, la materialización, siquiera incipiente, de algún acto inequívocamente preordenado a un resultado criminal, de forma que quepa tener a éste por efectivamente querido.

Así las cosas, siendo el imputado un delito contra la vida, lo exigido es el comienzo de una actuación efectivamente encaminada, en concreto, a la realización de ese fin antijurídico, y dotada de potencial aptitud para alcanzarlo.

En el supuesto contemplado, el núcleo de la acción prevista en el tipo habría consistido en disparar sobre un centro vital de una persona, lo que normalmente habría ocasionado su muerte. Y para ello, el ejecutor, además de disponer de un instrumento apto, en este caso el arma corta lista para el uso, debería estar situado en la proximidad de la víctima, para actuar sobre ella con eficacia.

Pues bien, el que recurre, armado con una pistola y ya con una bala en la recámara, había ocupado esa posición. Así, es claro que había llevado a cabo un segmento objetivable de la acción proyectada (de significación sin duda homicida), y claramente idóneo y funcional a la plena realización de la misma. Y, al hacerlo, había invadido de manera actual y efectiva el ámbito de seguridad del sujeto pasivo, generando un peligro grave y real para su vida.

Por tanto, la univocidad de los actos y la evidente preordenación material de los mismos al fin que se les atribuye en la sentencia, obliga a concluir que su calificación jurídica fue correcta, a la luz del precepto invocado.

Ahora bien, sí tiene razón el recurrente al cuestionar la pena impuesta, en función del desarrollo del *iter criminis*; y ello por dos motivos. El primero, que en la sentencia de nuevo, de forma tan difícil de comprender como inaceptable no se argumenta en lo más mínimo el porqué de haber reducido aquella sólo en un grado, cuando lo cierto es que tal modo de proceder, por su relevancia para el derecho del acusado, debería haberse motivado, en la línea de lo que claramente exige el artículo 66.1 CP que, sin embargo, se cita (STS de 18 de julio de 2000). Y, el segundo, porque el artículo 62 CP reclama que la reacción punitiva se adecue al grado de perfección de la acción, que, cuando fue sorprendido el acusado se hallaba en el primer momento de la fase propiamente ejecutiva, y conceptualmente a notable distancia de la consumación. Algo que tendría que haberse valorado para imponer la pena inferior en dos grados.

Por eso, debe acogerse la impugnación en este único aspecto.

(Sentencia de 17 de julio de 2003)

## ARTÍCULO 20.7

*Eximente de cumplimiento de un deber: requisitos. Eximente incompleta por actuación desproporcionada de policía que dispara tres veces contra portón trasero de vehículo produciendo lesiones*

Cuarto.—El correspondiente motivo, formalizado por la vía que autoriza el artículo 849.1.º LECrim., estima indebidamente aplicada la atenuante de eximente

incompleta de cumplimiento de deber del artículo 21.1, en relación al 20.7.º del CP. Por el contrario, dejó de aplicarse, cuando debió haberlo sido, la exigente completa del mismo nombre (art. 20.7 CP).

1. Antes de resolver la cuestión planteada resulta ilustrativo recordar la doctrina seguida por esta Sala, en casos similares, consagrada en innumerables sentencias que resulta ocioso mencionar.

«Conocidos son los requisitos que esta Sala viene exigiendo para la aplicación de la exigente de cumplimiento del deber cuando, como aquí, se trata de la actuación de un agente de la autoridad que tiene no sólo la facultad, sino también, el deber de actuar en el ejercicio de su cargo utilizando medios violentos, incluso las armas, que reglamentariamente tienen asignadas, en su misión de garantizar el orden jurídico y servir a la paz colectiva con la decisión necesaria y sin demora cuando de ello depende evitar un daño grave, inmediato e irreparable, pero al mismo tiempo rigiéndose por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad, como dice el apartado c) del artículo 5.4 LO 2/1986, de 13-3, cuyo apartado d) concreta que solamente deberán utilizar las armas en situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o la de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior. Lo que responde al mandato del artículo 104 CE y se halla inspirado en las líneas marcadas por la Declaración de la Policía hecha por el Consejo de Europa de 8-5-1979, y por el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17-12-1979. Conforme a tales normas y directrices, en estos casos, para la aplicación de la exigente de cumplimiento del deber es necesario que concurran los requisitos siguientes: 1.º que el sujeto activo sea una autoridad o funcionario público autorizado por las disposiciones correspondientes a hacer uso de medios violentos en el ejercicio de los deberes de su cargo; 2.º que el posible delito se haya producido en el ejercicio de las funciones del cargo correspondiente; 3.º que para el cumplimiento del deber concreto en cuyo ámbito se está desarrollando su actividad le sea necesario hacer uso de la violencia (necesidad en abstracto) porque, sin tal violencia, no le fuera posible cumplir con la obligación que en ese momento le incumbe. Si faltan cualquiera de esos tres primeros requisitos que constituyen la esencia de esta exigente, no cabe su aplicación, ni siquiera como exigente incompleta; 4.º que la violencia concreta utilizada sea la menor posible para la finalidad pretendida, esto es, por un lado, que se utilice el medio menos peligroso, y, por otro lado, que ese medio se use del modo menos lesivo posible, todo ello medido con criterios de orden relativo, es decir, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso, entre ellas las posibilidades de actuación de que dispusiere el agente de la autoridad (necesidad en concreto); y 5.º proporcionalidad de la violencia utilizada en relación con la situación que origina la intervención de la fuerza pública».

2. El recurrente sostiene, a pesar de lo doctrina enunciada, que el recurso a la fuerza fue el racionalmente necesario y lo utilizó en una medida proporcionada, es decir, idónea en relación a los medios disponibles y la gravedad de la infracción.

La justificación de la intervención, ciertamente, resultaba incontestable, incluso el recurso limitado a medios violentos, para cumplir con su obligación deteniendo a los fugitivos.

Aunque la sentencia no lo precise, debemos acudir a las actuaciones, por la vía del artículo 899 LECrim. para esclarecer los motivos de la persecución o detención. Se habla en la sentencia de que los ocupantes del turismo perseguido habían rebasado un semáforo en rojo y realizado un giro prohibido, pero de las diligencias también resulta que el vehículo era robado (véase declaración del representante de la Casa Avis, Manuel P.); uno de ellos, el conductor, según su propia declaración sumarial,

estaba quebrantando un permiso carcelario; a ambos, de nacionalidad chilena, se les incoó expediente de expulsión, lo que nos indica que residían irregularmente en nuestro país, etc., datos todos indicativos de que ante la persistente desobediencia (que puede integrar una infracción delictiva) a los requerimientos policiales, los agentes estaban obligados a proceder a su detención.

3. Ahora bien, la obligación de detenerlos no nos conduce a que el único medio posible y práctico de llevarla a cabo fuera hiriendo gravemente a uno de ellos, poniendo en peligro su vida.

En nuestro caso concurrieron los tres primeros requisitos enunciados en la doctrina jurisprudencial, pero no los últimos, en que es indudable que existió una actuación desproporcionada del recurrente.

El motivo debe rechazarse.

(Sentencia de 15 de enero de 2003)

## ARTÍCULO 21.4

*Confesar la infracción a las autoridades: por analogía: apreciable: facilitar datos e identificar personas que pertenecen a organización para el tráfico de drogas, sin que tal colaboración dé como resultado la detención de personas, aprehensión de cantidad de droga, ni la apertura de una línea de investigación policial concreta*

Primero.—El único motivo del recurso del Ministerio Fiscal, se formula por infracción de ley, al amparo del núm. 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 21.5 del Código penal.

El Tribunal *a quo* entiende que el dato fáctico obrante en los hechos probados, donde se afirma que «al ser ingresado en prisión se arrepintió de lo que había hecho e intentó paliarlo, colaborando con el Juzgado que instruyó la causa al que proporcionó toda la información que estaba en su poder sobre las formas y los modos de actuar de la organización que le propuso el viaje y el transporte de su mercancía» deduce la concurrencia de la circunstancia de atenuación prevista en el núm. 5 del artículo 21 del Código penal, que aprecia además como muy cualificada.

Sobre la reseñada base fáctica se articula la aplicación de la atenuante del artículo 21.5, la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral. Señala la sentencia que los datos facilitados han sido «muy valiosos para descubrir la forma y el funcionamiento de la organización que le captó y que no se detalla en esta sentencia por prudencia» y que «sus intervenciones permitieron a los miembros de la policía conocer nuevos datos sobre el tráfico de pastillas de éxtasis en una zona de esta capital», lo que, en definitiva, «debe tener reflejo en el reproche penal que finalmente se aplique al acusado».

El acusado fue detenido en el aeropuerto de Madrid-Barajas el día 3 de agosto de 2001 cuando llevaba consigo una maleta en cuyo doble fondo se alojaban 11.491 pastillas de MDMA con un peso de 1.631,7 gramos al 49,1 por 100 de pureza. El día 4 de septiembre de 2001 firma una carta, cuando se encuentra ingresado en prisión, que remite al Juzgado, carta en la cual señala que ha sido objeto de amenazas por parte de las personas que le encomendaron el transporte de la sustancia que le sería intervenida, describiendo la forma en que fue captado y la dinámica de los acontecimientos que tendrían lugar, añadiendo que está dispuesto a colaborar para el esclare-

cimiento de los hechos si se garantiza su protección. Con su declaración indagatoria el procesado aporta un sobre en el cual se facilitan una serie de datos sobre los cuales la Policía realiza una investigación que concluye con la emisión de un informe incorporado a la causa y en el que se identifican a determinadas personas que al parecer están vinculadas a cierta organización de origen dominicano para la cual se sospecha que tales personas han realizado operaciones de transporte análogas a la efectuada por el acusado, concluyendo como colofón que «las informaciones aportadas por Cosme, si bien pudieran ser ciertas, corresponden al último escalón de la organización, es decir el de la distribución». Los datos que se aportan lo son en relación a otros presuntos delitos contra la salud pública no acreditados y que no guardan relación con el que es objeto de acusación.

Como dice el Ministerio Fiscal, es evidente que la atenuación que ha aplicado el Tribunal *a quo*, no es la correcta, toda vez que no se cumplen los requisitos que exige el artículo 21.5 del Código penal. En todo caso, la que procedería, sería la atenuante analógica del artículo 21.6.º, en relación además no con el núm. 5.º sino con el núm. 4.º, ambos del mismo precepto citado, pues en realidad, lo que verifica el recurrente, es confesar determinados hechos y facilitar la identificación de determinadas personas que al parecer, como se ha dicho, están vinculadas a cierta organización de origen dominicano en relación con operaciones de transporte análogas a las efectuadas por el acusado, sin que su aportación, tenga carácter relevante, al no argumentarse tal conclusión, manifestándose que no se especifican «por prudencia».

Pese a lo expuesto, y aun cuando pueda apreciarse la circunstancia cuestionada, como en su escrito de impugnación *in fine* así se propugna, por el Ministerio Fiscal lo que puede prosperar del recurso de éste, es la aplicación de la misma como muy cualificada.

En efecto, por atenuante muy cualificada entendió la doctrina de esta Sala *ad exemplum*, sentencias de 26 de junio de 1985, 29 de octubre de 1986, 29 de enero de 1988, 21 de diciembre de 1989, 30 de mayo de 1991, 26 de marzo de 1998 y 19 de febrero de 2001, aquellas que alcanzan una intensidad superior a la normal de la respectiva circunstancia, teniendo en cuenta las condiciones del culpable, antecedentes del hecho y cuantos elementos o datos puedan detectarse y ser reveladores del merecimiento de la conducta del inculpado.

Tratándose, además de atenuantes por analogía, ha puesto de relieve su dificultad la sentencia de 24 de octubre de 1994, pues la analogía supone un término comparativo con otra recogida expresamente en la Ley, de tal manera que si esta última (la que sirve de comparación) no puede aplicarse de modo directo, mal puede entenderse la analógica con el carácter de «duplicada». En todo caso para reputar una atenuante como muy cualificada es necesario que la sentencia lo declare expresamente o se deduzca de los hechos declarados probados (Sentencia citada de 29 de octubre de 1986) y que deben estimarse como muy cualificadas cuando de las circunstancias concurrentes se deduzca una menor dolosidad o malicia en la intencionalidad delictuosa, bien por la menor libertad volitiva del sujeto para delinquir o por la menor entidad del propósito criminoso o acercamiento a la justificación (Sentencia de 22 de septiembre de 1990), habiendo señalado la Sentencia de 26 de mayo de 1986, que para que proceda la estimación de esta especial cualificación, es preciso: 1.º Que su intensidad sea superior a la normal respecto a la atenuante correspondiente. 2.º Que se atienda a la circunstancialidad del hecho, del culpable y del caso. Por lo demás, la más reciente Sentencia de 11 de septiembre de 1996, la negó en la analoga de arrepentimiento espontáneo.

Por otra parte se ha venido entendiendo por esta Sala, que tan sólo de forma excepcional las atenuantes analógicas pueden ser consideradas como muy cualificadas, de forma tal, que para el caso que nos ocupa, tan sólo en aquellos supuestos en que la

colaboración prestada haya sido especialmente relevante puede acogerse tal cualificación. En el presente supuesto, la colaboración no da como resultado la detención de ninguna persona ni la apertura de ninguna línea de investigación policial concreta, ni la aprehensión de cantidad alguna de droga la propia sentencia, silencio cualquier extremo al respecto «por prudencia», siendo que, además, la presunta aportación de datos, lo es a efectos de otros delitos contra la salud pública no acreditados y que no guardan relación con el que es objeto de acusación.

(Sentencia de 4 de abril de 2003)

## ARTÍCULO 21.5

*Atenuante de reparación del daño o disminución de sus efectos. No es imprescindible su efectividad. Requisitos*

Segundo.—El siguiente y último motivo formalizado, también por la vía del artículo 849.1 LECrim., denuncia la infracción por indebida inaplicación de la atenuante del artículo 21.5 CP, haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, circunstancia apreciada por el Tribunal del Jurado y que el Tribunal Superior de Justicia dejó sin efecto estimando el recurso de las acusaciones. También en su breve desarrollo aduce el recurrente que el culpable desplegó todos los medios que tuvo a su alcance para aminorar los efectos de su acción, con independencia de la eficacia o éxito de la misma, es decir, lo que se pone en cuestión es el alcance de dicha atenuación en relación a si exige o no la reparación absoluta y efectiva del daño causado o la disminución de sus efectos, como sería el caso.

El hecho probado, intangible en casación, describe que tras el apuñalamiento de la víctima el ahora recurrente «abrió la puerta del apartamento y salió a la escalera a pedir ayuda, volviendo a entrar el solo al apartamento donde cogió a R., la cual no había perdido la conciencia, la sacó del mismo, la bajó hasta el portal y solicitó a la portera del edificio que llamara a la policía y a un taxi o ambulancia. Cogió un taxi en la puerta del edificio que en ese momento pasaba y la trasladó al ambulatorio... se quedó en el Centro de Salud y cuando llegó un coche patrulla, confesó la autoría de los hechos. Los servicios médicos del Centro de Salud no pudieron hacer nada para salvar la vida de R....».

Como se ha señalado con reiteración la atenuante de reparación el daño o disminución de los efectos del delito (art. 21.5 CP) obedece a una decisión del Legislador de política criminal ordenada directamente a la protección de las víctimas, de donde se deduce, por tratarse de un comportamiento posterior al hecho, que la misma no influye ni en la dimensión del injusto ni en la imputación personal de aquél, siendo por ello su fundamento la conveniencia o necesidad de disminuir la pena al sujeto activo del delito cuando con posterioridad a éste objetivamente realiza las conductas previstas en la Ley, siendo por ello irrelevante la motivación que impulse dichas acciones. Ahora bien, la exigencia de la efectividad de la reparación o disminución de los efectos del delito, teniendo en cuenta lo anterior, no debe entenderse como un requisito necesario para estimar la atenuante, pues ello equivaldría en muchas ocasiones a subordinar su apreciación a circunstancias o hechos ajenos al ámbito de disposición del propio sujeto activo y por ello no sería posible individualizar conductas distintas al objeto de disminuir la pena correspondiente. Lo que en todo caso sí es exigible es la plena disponibilidad del autor del delito según sus propias capacidades y posibilidades, por una parte, y, por otra, la constancia de la potencial utilidad para la víctima de la conducta del mismo con independencia de las circunstancias ajenas a la disponibi-

lidad mencionada, es decir, no debe minusvalorarse la conducta del autor en aras del resultado final siempre y cuando mediante la primera haya desplegado todas las posibilidades a su alcance y el hecho no sea absolutamente irreversible teniendo en cuenta su razonable apreciación. Por otra parte, también es claro que en el presente caso no puede considerarse, ni como hipótesis, el supuesto del desistimiento de la tentativa del artículo 16.2 CP puesto que se trata de una tentativa completa que por ello impide dicho desistimiento, pues el delito ya se había consumado, y siendo ello así sólo puede aplicarse la atenuante del artículo 21.5 señalada.

El hecho probado acotado relata suficientemente la conducta desplegada por el recurrente, conforme a sus posibilidades, y también consigna el estado de conciencia de la víctima cuando sale del apartamento para pedir auxilio.

(Sentencia de 21 de octubre de 2003)

## ARTÍCULO 21.6

### *Apreciación de la atenuante analógica de alteración psíquica por adicción prolongada en el tiempo a drogas tóxicas y alcohol*

Quinto.—En el cuarto motivo del recurso alega nuevamente error en la apreciación de la prueba, ahora evidenciado, según dice, por los informes obrantes en la causa, a los que se refiere concretamente, que demuestran la existencia de una adicción prolongada a sustancias de efectos severos que, según la doctrina de esta Sala, debería haber dado lugar a la apreciación de una eximente o, en su caso, de una atenuante del artículo 21, números 1 o 2. Aunque no lo plantea correctamente, pues para ello hubiera sido necesario formalizar un motivo más por infracción de ley del núm. 1.º del artículo 849 de la LECrim, puede entenderse cuál es su voluntad impugnativa.

El Ministerio Fiscal impugnó el motivo.

Los documentos que el recurrente designa son el informe psicosocial y de toxicomanía, de fecha 23 de abril de 2002, en el que se señala como diagnóstico «dependencia a heroína en remisión total temprana; dependencia a cocaína en remisión parcial temprana y abuso del alcohol». El certificado emitido por la Agencia Antidroga en el que se significa que «durante el período de mayo a diciembre de 2000 se produce una recaída en el consumo de cocaína, razón por la cual demanda ayuda y retoma abstinencia a partir de enero de 2001». Y el informe emitido por el médico forense en el que se constata que el acusado refiere consumir habitualmente cocaína y alcohol. Del contenido de estos documentos puede apreciarse la existencia de una adicción a heroína y cocaína, cuya duración temporal e intensidad no pueden precisarse, sin que se haya acreditado la producción de efectos en las facultades del sujeto, combinada con un abuso del alcohol, expresión esta última que denota un alto consumo.

La doctrina de esta Sala en la materia ha establecido que la aplicación de la eximente completa del artículo 20.1.<sup>a</sup> será posible cuando se haya acreditado que el sujeto padece una anomalía o alteración psíquica a causa del consumo prolongado e intenso de sustancias de graves efectos, como ocurre con la heroína, de forma que no sea capaz de comprender la ilicitud de su conducta o de actuar conforme a esa comprensión. Por otro lado, en el artículo 20.2.<sup>a</sup> se contemplan los supuestos en los que esos efectos se producen como consecuencia de una intoxicación plena por consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, o bien por encontrarse bajo un síndrome de abstinencia a causa de su dependencia de tales sustancias. Cuando los efectos de la anomalía, de la intoxicación o del síndrome de abstinencia, aun siendo profundos, no

sean totales, será de aplicación la eximente incompleta del artículo 21.1.<sup>ª</sup>, y en este sentido esta Sala ha admitido que la adicción prolongada en el tiempo e intensa a sustancias que causan graves efectos, provoca una disminución intensa de la capacidad del sujeto. Y en los casos en los que se acredite una grave adicción a esas sustancias y además que ésta sea la causa del delito enjuiciado, nos encontraremos ante la atenuante prevista en el artículo 21.2.<sup>ª</sup> del Código penal.

Ninguno de estos supuestos son aplicables al hecho que resulta de los documentos designados, que no acreditan la existencia de una perturbación total o profunda, ni se desprende de ellos la relación causal entre la adicción al alcohol y el delito enjuiciado, por lo que no es posible apreciar la concurrencia de eximentes completas o incompletas ni tampoco de la atenuante de drogadicción del artículo 21.2.<sup>ª</sup>. Sin embargo, no pueden ignorarse algunos efectos atenuatorios por disminución de la capacidad de culpabilidad del sujeto cuando se constata un consumo de heroína, un consumo prolongado de cocaína y además un abuso del alcohol, por lo que será posible estimar el motivo y apreciar una atenuante analógica.

El motivo se estima.

(Sentencia de 9 de diciembre de 2003)

## ARTÍCULO 22.1

*Agredir a un escayolado, no implica necesariamente la concurrencia de alevosía. La modalidad de alevosía consistente en atacar a persona indefensa por su propia condición (niño, anciano, inválido, ciego), no es aplicable a quien por tener una pierna escayolada, tiene dificultades en sus movimientos pero no se encuentra imposibilitado para defenderse*

Cuarto.-1. Se funda en un solo motivo amparado en el artículo 849.1.º LECrm. Se dice que hubo infracción de ley por no haberse aplicado al caso el artículo 22.1.º CP que define la circunstancia agravante de alevosía.

2. Por lo dispuesto en el núm. 1.º del artículo 22 del CP, la alevosía se encuentra expresamente delimitada en su ámbito de aplicación a los delitos contra las personas, apareciendo como la primera de las circunstancias que cualifican el asesinato en el artículo 139, y siendo definida por la utilización de medios, modos o formas de ejecución que tienen como fin asegurar la realización del delito para que no haya riesgo respecto del sujeto activo del hecho que procediera de la defensa que pudiera hacer el ofendido.

Es decir, el núcleo del concepto de alevosía se halla en una conducta que tiene por finalidad eliminar las posibilidades de defensa por parte del sujeto pasivo.

Tal eliminación de posibilidades de defensa puede derivarse de la manera de realizarse la agresión, bien de forma proditoria o aleve, cuando se obra en emboscada o al acecho a través de una actuación preparada para que el que va a ser la víctima no pueda apercebirse de la presencia del atacante o atacantes hasta el momento mismo del hecho, bien de modo súbito o por sorpresa, cuando el agredido, que se encuentra confiado con el agresor, se ve atacado de forma rápida e inesperada. También puede haber alevosía como consecuencia de la particular situación de la víctima, ya por tratarse de persona indefensa por su propia condición (niño, anciano, inválido, ciego, etc.), ya por hallarse accidentalmente privada de aptitud para defenderse (dormida, drogada, sin conocimiento, anonadada, etc.).

En todos estos supuestos existe una mayor peligrosidad y culpabilidad en el autor del hecho, que revela en este modo de actuar un ánimo particularmente ruin, perverso, cobarde o traicionero (fundamento subjetivo), y también una mayor antijuricidad por estimarse más graves y más lesivos para la sociedad este tipo de comportamientos en que no hay riesgos para quien delinque (fundamento objetivo).

Asimismo, ha de ponerse de relieve la particular significación que tiene el dolo en esta forma peculiar de asesinato, al ser necesario que el conocimiento y la voluntad del autor del delito abarque no sólo el hecho de la muerte, sino también el particular modo en que la alevosía se manifiesta, pues el sujeto ha de querer el homicidio y ha de querer también realizarlo con la concreta indefensión de que se trate, requisito que ha de concurrir en este delito como en cualquier otro de carácter doloso, que aparece recogido en el texto legal con la expresión «tiendan directa y especialmente a asegurarla».

En estos términos se viene manifestando con reiteración la doctrina de esta Sala (Sentencias de 9-2-89, 19-4-89, 26-10-89, 24-11-89, 23-1-90, 28-2-90, 29-6-90, 22-9-90, 15-10-90, 19-1-91, 15-4-91, 22-7-91 y 18-10-91, 15-2-93, 8-3-94, 10-6-94, 3-2-95, 6-4-95, 18-3-96, 3-3-97, 9-7-97, 2-12-97, 18-6-98 y 24-4-2000, entre otras muchas).

3. En el caso presente el recurrente pretende que debe aplicarse esta circunstancia agravante porque considera que nos hallamos ante uno de esos supuestos de alevosía en que la indefensión deriva de la particular situación en que se encontraba la víctima, que estaba con una pierna escayolada y, por ello, no podía hacer frente a su agresor.

Esta sala, como acabamos de decir, como uno de esos tres casos en que cabe apreciar la alevosía, la aplica cuando ha habido imposibilidad de defenderse, bien por la propia condición del sujeto agredido: niño, anciano, inválido, ciego, etc., bien por hallarse accidentalmente privada de aptitud para tal defensa, por encontrarse dormido, drogado, ebrio, anonadado, sin conocimiento, etc.

La persona que, por tener la pierna escayolada, tiene dificultades en sus movimientos, para andar, levantarse o agacharse, no se encuentra imposibilitada de defenderse, por más que esta defensa pudiera serle más difícil en algunas ocasiones ante las menores posibilidades de moverse.

Veamos las circunstancias concretas de este caso.

R. había llegado cerca de la casa de su novia y se sentó en un banco para esperar a que ésta bajara con su perro al que iban a sacar a pasear. En tal situación se le acercó J., ambos se insultaron recíprocamente y es entonces cuando éste le golpea a aquél con el puño cerrado en la cara.

Alevosía es claro que no existe. No hubo indefensión total, pues R. pudo defenderse con sus manos o moviendo la parte superior de su cuerpo, dado que se encontraba sentado. Fue atacado con las manos y él con las manos pudo defenderse. Ni siquiera cabe aplicar al caso la agravante de abuso de superioridad del núm. 2.º del mismo artículo 22, que viene considerándose como la frontera inferior de la alevosía o como una alevosía de grado menor. La cojera del agredido, en las circunstancias expuestas, poco tuvo que ver en los hechos descritos. Otra cosa habría podido ser si, al ser agredido, R. se hubiera encontrado de pie. Entonces sí habría podido influir en sus posibilidades de defenderse la grave torpeza en los movimientos que lleva consigo el tener una pierna escayolada.

Por otro lado, tampoco puede hablarse de ataque sorpresivo cuando dos personas se encuentran insultándose y entonces una a otra la alcanza en la cara con un puñetazo.

La Audiencia Provincial actuó correctamente al rechazar esta agravante del núm. 1.º del artículo 22 CP.

(Sentencia de 2 de diciembre 2003)

## ARTÍCULO 28

*Es autor y no cooperador necesario quien planea, junto con el autor directo, la muerte de la víctima*

Quinto.—Al amparo del artículo 849.1.º LECrim. (infracción de ley), en su motivo tercero, entiende la recurrente aplicado indebidamente el artículo 28.2.º del Código penal.

1. Es indudable que, en una interpretación técnicamente correcta, la calificación jurídica que debió merecer la conducta de la acusada es la de coautora del párrafo 1.º de ese artículo y no la del apartado b), del párrafo 2.º del mismo artículo, en cuanto participó en la realización del hecho en conjunción con otro u otros. En el hecho probado núm. 4 de la sentencia dictada por el Magistrado-Presidente, de acuerdo con el objeto del veredicto (inalterado en apelación), se dice: «Ante la situación creada... los acusados Adela G. V. y Jesús G. B. planearon la muerte del marido de aquella, Felipe Prieto García, para así desembarazarse del obstáculo que suponía en sus relaciones amorosas».

Concurren los elementos para calificar la conducta de autoría, por cuanto al concierto previo (*pactum sceleris*) se añadió una aportación causal o relevante a la realización del hecho punible, concretamente, facilitando una información indispensable para la culminación de los propósitos homicidas, «referida a la indagación de los hábitos de su marido y a la fijación de la hora y del lugar en que debía ejecutarse el hecho», en una población desconocida para los ejecutores materiales. Prueba de ello es que, actuando conforme a esas instrucciones, se consiguió dar muerte a Felipe P. En cualquier caso, en aplicación del principio de «imputación recíproca» la acusada respondería de los actos de los demás, en cuanto fueron consecuencia del cometido o tarea, que en el pacto criminal se les asignó, con plena aquiescencia de todos.

2. La queja, de suyo, carece de finalidad práctica, ya que según el mismo artículo 28 en relación al 61 del Código penal, a los cooperadores necesarios se les considera autores, a efectos de punición.

El Magistrado-Presidente, se planteó el supuesto más favorable a la acusada, y partiendo de la hipotética inexistencia de concierto delictivo, estimó que, individualmente valorada la conducta desplegada por aquella, merecería la consideración de cooperación necesaria.

Es evidente que la modalidad comisiva de la cooperación necesaria implica la intervención o participación en el hecho criminal de otro, y el crimen surgió como algo propio entre la acusada y la pareja con la que mantenía relaciones afectivas (Jesús G.), adhiriéndose después, asumiendo actos ejecutivos nucleares, José G.

Pero la actividad desarrollada por la recurrente en orden a la culminación de los planes ilícitos se reputó necesaria, aplicando la teoría comúnmente admitida para la delimitación conceptual de esta modalidad participativa, cual es, la «teoría de los bienes escasos».

Tan escasos eran que la sentencia, con buen criterio, califica la actividad contributiva de la censurante de insustituible. Es la única persona que podía aportar tal información, y la información era indispensable para llevar a cabo la muerte de Felipe, tal como se planeó. Ya vimos que el Jurado no aceptó ni creyó la explicación ofrecida por Jesús G. al guardia civil núm. ...., prestada con indudable ánimo liberatorio de su «amante», asegurando que él mismo había seguido en dos ocasiones a la víctima.

Acudiendo a la propia definición legal de la cooperación necesaria descrita en el Código («actos sin los cuales no se habría efectuado la ejecución del delito»: artículo 28 CP) que evoca la teoría de la *condictio sine qua non* o bien con base en la doc-

trina del «dominio funcional del hecho», más propia para caracterizar al autor del delito *stricta sensu*, también merecería la conducta de Adela la catalogación de cooperación necesaria.

Hubiera bastado una llamada telefónica suya a los que iban a cometer el hecho homicida para decirles que no era el momento adecuado para materializarlo; bien porque había posibilidades de interferencia de circunstancias capaces de abortar el plan; o bien porque habían sobrevenido acontecimientos nuevos, que aconsejaban suspender lo acordado, para que aquellos Jesús G. y la persona que le iba a auxiliar en la ejecución, José G. desistieran del proyecto criminal.

El motivo no puede prosperar.

(Sentencia de 14 de febrero de 2003)

## ARTÍCULO 29

*Participación omisiva: inexistencia: simple acompañante de los autores al lugar de los hechos: aunque supiera la intención de éstos, que no se acredita, no tiene más obligación que la de cualquiera de impedirlos, por lo que, como máximo, sería responsable de un delito de omisión del deber de impedir delitos*

Undécimo.—Al amparo del artículo 849.1.º LECrim. denuncia infracción de los artículos 139, 140 y 29 del Código penal. Se cuestiona, en suma, la intervención del recurrente en los hechos, que en ningún caso puede calificarse de complicidad.

1. Lo primero que procede proclamar, resultado de una atenta lectura de los hechos probados, es que Rubén desconocía cuál era la razón del viaje de su padre y Jesús a Onda.

En ellos, todas las referencias que se hacen a Rubén G. lo son para no proclamar su intervención en la realización de los actos delictivos, ni siquiera prestando alguna colaboración secundaria (véanse los numerados como 12, 14, 15 y 16) o incluso cuando acompaña a su padre y a Jesús a Onda, éste sólo les indicó que su propósito era «entrevistarse con una persona que no identificó».

No constando que supiera las intenciones de su padre y de Jesús, sólo se limitó a acompañarles a la población vecina, sin que el coche fuera suyo, ni por ende lo condujo, ni consta siquiera que presenciara el hecho delictivo.

Su posible responsabilidad sólo podría derivarse lo que es un absurdo de permanecer esperando en el coche, sin que interviniera de forma alguna, ni siquiera con carácter secundario, en la preparación o realización del hecho delictivo, por haber observado las manchas de sangre que presentaban los asesinos después de su acción criminal.

Ello podría constituir, a lo sumo, un delito de encubrimiento, por el que no ha sido acusado.

2. Las referencias a la posible actuación del recurrente realizadas en el *factum*, deben completarse con una última que merece consideración aparte. Nos dice el hecho probado núm. 19: «Sólo los acusados Jesús G. B. y José G. M. realizaron el hecho conjuntamente, limitándose Rubén G. P. a cooperar con actos anteriores y simultáneos».

La ausencia en todo el relato fáctico, de los actos concretos en que consistió su intervención, dejan vacía e inoperante la afirmación.

Realmente, nos hallamos ante un supuesto de predeterminación del fallo, al referir los hechos probados la descripción de los caracteres jurídicos que integran la

conducta de complicidad (art. 29 CP), pero sin relatar cuáles sean estos actos, para poderles calificar de «actos de cooperación anteriores o simultáneos».

El último inciso del hecho probado núm. 19, no debe tenerse en cuenta, por su inoperancia.

3. Tal orfandad descriptiva no se resuelve en los Fundamentos jurídicos de la Sentencia del Tribunal de Jurado, como muy bien apunta el Ministerio Fiscal.

En ellos se dice que: «la conducta de Rubén no excede del ámbito de la complicidad porque aunque adoptó una postura pasiva a pesar de que, por lo que sabía, podía esperar que ocurriera lo que ocurrió...» indicándose más adelante como bases de su inculpación el que «sabiendo que su padre había recibido la citada oferta por matar a Felipe, fue con aquél y éste en el coche hasta las inmediaciones del lugar donde iban a matarlo, y sabiendo o por lo menos intuyendo, lo que iban a hacer, se quedó en el coche esperando que terminara el macabro plan, sin tratar de impedirlo. No es ilógica ni arbitraria la convicción del Jurado de que favoreció la realización del delito, porque si los hubiera denunciado a la policía o tratado de disuadirles lo hubiera podido impedir».

4. El Magistrado-Presidente habla de que podía esperar lo que ocurrió, o también de que sabiendo o por lo menos intuyendo lo que iban a hacer... no trató de impedirlo.

El Magistrado-Presidente podrá desarrollar y estructurar el *factum* sentencial o perfilarlo en detalles secundarios, pero sin apartarse de lo estrictamente afirmado y constatado como probado en el veredicto por el cuerpo de jurados (art. 70.2 Ley de Jurado).

El recurrente, en el motivo 3.º, invoca el derecho a la presunción de inocencia, lo que nos permite indagar en el proceso la existencia de pruebas válidas y suficientes para sostener las afirmaciones de naturaleza fáctica contenidas en la fundamentación de la sentencia.

Ningún dato aflora que permita acreditar que antes de los hechos el censurante supiera el proyecto criminal que ejecutaba su padre y Jesús G. B.

El Magistrado-Presidente en la fundamentación jurídica habla de que el supuesto cómplice se quedó en el coche en las inmediaciones del lugar del crimen.

Sin embargo, al folio 28 del acta del juicio un guardia civil declara que del cuerpo sin vida de Felipe al coche habría 1 km. En el folio 40 de la misma acta se dice por otro guardia civil, que los acusados coincidieron en afirmar que el coche lo aparcaron en la Avda. del Mar; y en el 41, que el plano del lugar del crimen no refleja el punto (exacto o aproximado) en que los acusados dejaron el coche. Estos son los únicos elementos probatorios relativos a la ubicación del lugar de aparcamiento del coche en que se trasladaron a Onda los acusados.

5. En última instancia y si nos atenemos a la base argumental de la sentencia, al impugnante se le condena como cómplice, por no haber impedido la comisión del delito.

Para que esto ocurriera sería preciso partir del hecho no probado de que aquél tenía conocimiento de que su padre y acompañante iban a matar a una persona. No obstante a efectos dialécticos, y en atención a las consideraciones fácticas del Magistrado-Presidente, podemos argumentar sobre hipótesis. Plantea de este modo la sentencia la posibilidad de la llamada «complicidad omisiva».

No es fácil construir por vía omisiva, una colaboración no esencial, en la realización de un hecho delictivo. El artículo 29 CP nos habla de actos anteriores y simultáneos. El término acto en su significación gramatical y etimológica sugiere una actuación de carácter positivo.

No obstante, el artículo 11 del Código penal, previsto para la delimitación de las conductas de comisión por omisión de los autores, evoca una idea, que no puede ser extraña a las demás modalidades participativas en el delito.

La jurisprudencia de esta Sala también ha admitido la responsabilidad por complicidad omisiva en los delitos de resultado, respecto de aquellas personas que teniendo un deber normativo de actuar y con posibilidad de hacerlo, nada hacen para impedir un delito que se va a cometer o para limitar sus consecuencias, sin perjuicio de la dificultad de concretar si esa omisión del deber jurídico de actuar ha de ser subsumida en la autoría o en la participación, necesaria o no... (véase STS de 13 de octubre de 1999).

La participación omisiva, encuadrable en la complicidad, parte de unos presupuestos que esta Sala ha enumerado del siguiente modo:

- a) de carácter objetivo: favorecimiento de la ejecución;
- b) de carácter subjetivo: voluntad de facilitar la ejecución;
- c) de carácter normativo: infracción del deber personal de impedir la comisión del delito o posición de garante.

Todo ello abrazado por el dolo, según el cual el omitente debe conocer su especial posición de garante y la posibilidad de actuar con arreglo a la posición ostentada y, sin embargo, omite el comportamiento que le era exigible posibilitando el actuar del autor material.

6. Aunque hipotéticamente el recurrente hubiera conocido los propósitos de los ejecutores materiales del crimen, ninguna obligación específica le afectaba para impedir el hecho, distinta a la que todo ciudadano tiene de impedir la comisión de determinados delitos. Ninguna obligación de actuar impuesta por ley o por contrato le afectaba, y ningún riesgo creó para el bien jurídico protegido (posición de garante).

No consta, por tanto, que conociera el macabro plan y de haberlo conocido, pudo haber sido responsable, en el peor de los casos, de un delito del artículo 450 por el que no ha sido acusado.

El motivo debe ser estimado, sin que sea preciso examinar los demás, aunque se haya hecho alguna referencia al tercero (presunción de inocencia).

(Sentencia de 14 de febrero de 2003)

## ARTÍCULO 105

*Medidas de seguridad: no privativas de libertad: sumisión a tratamiento en centros médicos: enferma con depresión acompañada de brotes psicóticos que atacó a otra paciente dejándola ciega: el tratamiento médico prestado de modo continuado, permite desarrollar una vida sin riesgo para terceros por efecto del control y la observación médica regular*

Primero.—La sentencia recurrida consideró que había existido un delito de lesiones, pero hubo de dictar sentencia absolutoria por concurrir en la autora de los hechos exención de responsabilidad criminal debido a la enfermedad mental que padecía, razón por la que se encontraba internada en un hospital psiquiátrico. Precisamente los hechos ocurrieron cuando, en ausencia de la persona que estaba encargada de su custodia, dicha enferma se abalanzó sobre la señora que tenía como compañera de habitación y la agredió causándole el estallido de un globo ocular y la avulsión del otro lo que produjo la ceguera total y permanente de esta última.

La mencionada sentencia acordó, como medida de seguridad, el tratamiento externo en un centro médico por un período de cinco años.

La acusación particular de la referida lesionada y una hija suya recurren ahora en casación por diez motivos que hemos de rechazar de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal y con la impugnación realizada por la representación del referido centro médico que fue condenado en calidad de responsable civil subsidiario.

El letrado de la señora causante de las lesiones ha presentado escrito manteniendo la misma posición mostrada a lo largo del proceso: no entrar a valorar los motivos relativos a la cuantía de las indemnizaciones acordadas, dado que su defendida es insolvente y, en definitiva, quien habrá de pagarlas será el citado responsable civil subsidiario.

(...)

Cuarto.—En el motivo 3.º, por la vía del artículo 849.1.º LECrim., se alega infracción de ley por aplicación indebida del artículo 105 CP.

Como son varias las cuestiones que aquí se plantean, hemos de contestarlas de modo separado a cada una de ellas:

A) Ante todo hay que decir que la sentencia recurrida no infringió el citado artículo 105.

El artículo 101, como norma general aplicable a los casos en que se aprecia la eximente completa de anomalía o alteración psíquica del núm. 1.º del artículo 20, prevé la aplicación de la medida de seguridad consistente en el internamiento para tratamiento médico o educación especial, medida privativa de libertad que puede ser sustituida «razonadamente» desde un principio o durante la ejecución de la sentencia por alguna de las no privativas de libertad que se relacionan en el artículo 105, siendo la primera de ellas precisamente la adoptada en la sentencia recurrida: sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos sociosanitarios por tiempo no superior a cinco años.

Este artículo 105 permite tal sustitución como facultad del Tribunal de Instancia («podrá», dice el artículo 105 en su encabezamiento), si bien, como no podía ser de otro modo, tal facultad la limita en el sentido de que obliga a argumentar sobre este acuerdo de medida no privativa de libertad cuando manda que se adopte «razonadamente», lo cual quiere decir dos cosas: 1.ª que ha de explicarse en el texto de la propia sentencia el porqué de tal acuerdo y 2.ª que, si esta explicación no se encuentra debidamente argumentada, puede ser objeto de modificación por vía de recurso, que es lo que solicita aquí la recurrente.

Pues bien, en el caso presente, aunque de modo sucinto, queda suficientemente explicado el acuerdo referido en el fundamento de derecho 5.º de la sentencia recurrida, y hemos de añadir que a esta Sala la razón expuesta le parece convincente: de acuerdo con las pruebas periciales practicadas, el tratamiento, posterior a los hechos referidos, de la enfermedad padecida por Inmaculada, una depresión acompañada de brotes psicóticos (fundamento de derecho 4.º), prestada de modo continuado, permite desarrollar una vida sin riesgo para terceros por efecto del control y la observación médica regular que se viene practicando y habrá de permanecer. Acuerdo que está en la línea de la psiquiatría actual que patrocina el tratamiento de las enfermedades psiquiátricas en régimen de libertad, siempre que ello sea posible, como forma de asistencia médica más acorde con la dignidad de la persona, fuente de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (art. 10.1 CE).

Por tanto, no cabe decir que en el caso presente haya sido infringido el artículo 105 CP.

B) En cuanto a la alegación del recurrente de que «parece aconsejable, dados los antecedentes personales y fácticos del caso, establecer un mayor control sobre el tratamiento ambulatorio que rige por un período de cinco años» y sobre la conveniencia de que «el Tribunal sea informado puntualmente de las visitas que efectúe la señora Inmaculada (la enferma) al psicólogo y/o psiquiatra que la trate, así como de

advertir cualquier pauta que pueda significar un aumento de peligrosidad (...)», hay que decir simplemente que nos encontramos ante un recurso fundado en infracción de ley conforme al artículo 849.1.º LECrim., y tales mayores controles no aparecen impuestos por el legislador, que sólo prevé tal control de una manera genérica en el artículo 32 CP. Parecen razonables y podrían haberse adoptado en el caso los reclamados ahora por la recurrente, pero su no adopción no constituye infracción legal alguna, ya que el CP nada concreta sobre estos extremos. Tales precisiones caen dentro de una discrecionalidad no reglada ajena al ámbito del recurso de casación.

C) Y en cuanto a la cita que hace aquí el recurrente del artículo 106 CP y a su solicitud concreta relativa a determinada información periódica, sólo hemos de decir, ahora en este recurso, que la concreción de la medida complementaria de la específicamente acordada conforme al artículo 105, medida que ordena este artículo 106 («dispondrá»), al no haberse dispuesto en la sentencia, podrá hacerse en el trámite de su ejecución. Parece lógico que, una vez concretada «la ayuda o atención que precise y legalmente le corresponda al sometido a medidas de seguridad no privativas de libertad» a prestar por los «servicios de asistencia social competentes», que es lo que manda este artículo 106, se ordene al respecto un informe periódico al Tribunal por parte de ese servicio de asistencia social.

(Sentencia de 9 de junio de 2003)

## ARTÍCULO 120

*Responsabilidad civil subsidiaria: Personas titulares de vehículos: omisión de las medidas impuestas con carácter general por el Reglamento de Armas en su custodia: podría servir de fundamento para la declaración de responsabilidad civil subsidiaria del propietario: no es lógico que se derive la responsabilidad del uso de vehículos y no de instrumentos mucho más peligrosos; improcedencia: propietario de arma utilizada por un tercero: no se demuestra negligencia alguna en su custodia*

Sexto.—El sexto motivo de recurso, por infracción de ley, interesa se declare la responsabilidad civil subsidiaria del hermano del condenado, propietario del arma utilizada para cometer el delito. Estima la parte recurrente que la sentencia infringe el artículo 120 del Código penal de 1995 en relación con el artículo 144 del Real Decreto 137/1993, por el que se regula el Reglamento de Armas pues el propietario del arma no la tenía guardada en lugar seguro ni había adoptado las medidas de precaución necesarias para evitar su pérdida, robo o sustracción. Como sustrato fáctico de su pretensión se apoya la parte recurrente en las modificaciones del relato fáctico que pretendía introducir a través del motivo segundo por error de hecho en la valoración probatoria, concretamente en que el arma se guardaba sin protección alguna y en que el acusado la había cogido en ocasiones anteriores con la autorización de su hermano.

Esta Sala ha apreciado en ocasiones la responsabilidad civil subsidiaria de los propietarios de un arma utilizada para cometer un determinado hecho delictivo. Así en la Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala 2.ª de 14 de octubre de 2002, se considera que esta responsabilidad civil subsidiaria puede tener un doble fundamento.

En primer lugar el párrafo tercero del artículo 120 del Código penal de 1995 que establece la responsabilidad civil subsidiaria de 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 relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción.

En la citada Sentencia de 14 de octubre de 2002 se utiliza un concepto amplio de establecimiento, aplicable por ejemplo a un molino propiedad de la familia, que se considera como un establecimiento de tipo agrícola. Y asimismo se señala que en realidad los requisitos exigidos por este apartado quedan limitados a que se trate de un establecimiento y a la infracción de los reglamentos de policía o de las disposiciones de la autoridad relacionadas con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción. No se refiere a ninguna clase de relación personal entre el autor del delito y el titular del establecimiento, por lo cual no se excluye que la relación se establezca entre familiares. En consecuencia la omisión de las medidas impuestas con carácter general por el Reglamento de Armas en la custodia de la escopeta, podría efectivamente servir de fundamento, conforme a esta doctrina, para la declaración de responsabilidad civil subsidiaria del propietario que incurre en negligencia en la custodia de la misma.

En segundo lugar el apartado quinto del mismo artículo 120, se refiere a la responsabilidad civil subsidiaria de los titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros por los delitos o faltas cometidos en la utilización de aquéllos por sus dependientes o representantes o personas autorizadas. En principio podría sostenerse que este apartado debe interpretarse en el sentido de excluir cualquier supuesto que no se refiera a los propietarios o titulares de vehículos. Pero tal interpretación conduce al absurdo si se valora la finalidad y el espíritu de la norma, pues carece de sentido establecer la responsabilidad civil subsidiaria de los titulares de vehículos basándose en que su utilización puede crear riesgos para terceros y negarla para quienes lo son de otros instrumentos u objetos en cuya utilización se pueden crear riesgos incluso superiores.

Una interpretación extensiva que atienda al sentido, finalidad y espíritu de la norma no sólo conduce a la responsabilidad civil de los titulares de los objetos por los daños causados cuando se trate de la utilización de vehículos, sino también de los daños causados como consecuencia del uso de cualesquiera objetos cuya utilización cree riesgos apreciables para terceros (Sentencia de 14 de octubre de 2002).

La titularidad de un arma de fuego, bien para la caza o bien para otras finalidades, supone la asunción de toda una serie de obligaciones establecidas en el Reglamento de Armas y en otras normas, que se imponen en atención al peligro que puede suponer para terceros una utilización indebida o descuidada de la misma. El peligro inherente al uso de un arma de fuego es evidente, y cuando esa utilización es constitutiva de delito o falta, además de la responsabilidad penal y de la civil directa de quien ejecuta la conducta ilícita, es razonable exigir responsabilidad civil subsidiaria al titular que ha permitido su uso, sobre la base del riesgo creado con la utilización de un objeto de su pertenencia por sus dependientes, representantes o por personas autorizadas (Sentencia de 14 de octubre de 2002).

En consecuencia, cabría apreciar responsabilidad civil subsidiaria del propietario del arma, tanto en el supuesto de que se estimase acreditada la vulneración de la norma reglamentaria que ordena la adopción de medidas para su custodia (art. 120.3.º) como en el supuesto de que constase igualmente acreditado que el condenado estaba autorizado por su hermano para el uso de la misma. Pero ninguno de dichos datos fácticos esenciales consta en el relato fáctico, y, como ya hemos expresado, este relato no puede ser modificado en casación a partir exclusivamente de pruebas de carácter personal, pues las declaraciones testificales deben ser interpreta-

das por el Tribunal de instancia, que es el que dispone de intermediación. El artículo 849.2.º únicamente admite variaciones fácticas fundadas en pruebas documentales. En consecuencia, la desestimación del motivo segundo por error en la valoración de la prueba determina necesariamente la desestimación del presente.

(Sentencia de 27 de junio de 2003)

## ARTÍCULOS 120 y 121

*Responsabilidad civil subsidiaria: Relación existente entre el responsable civil subsidiario y el responsable civil directo; no puede declararse una responsabilidad civil subsidiaria no pedida por nadie. Renuncia de acciones frente a dos responsables subsidiarios: se hace extensiva frente a un tercer responsable subsidiario dada la solidaridad existente. Personas dedicadas a industria o comercio: requisitos; principio de creación del riesgo; existencia: sindicato respecto de las actuaciones realizadas por persona vinculada al mismo. Del Estado y demás entes públicos: no cabe pedir la condena del Estado no habiendo sido parte en el proceso; inexistencia: gestor de cooperativa acusado de apropiación indebida que no mantiene ninguna relación con el Estado*

Decimoquinto.—En el sexto de los motivos (por error no se formula 5.º) se alega infracción de ley, por la vía del artículo 849-1.º Ley de Enjuiciamiento Criminal, al considerar aplicado indebidamente el artículo 22 del CP de 1973.

1. Considera la parte recurrente que se ha producido la aplicación indebida del citado precepto penal porque se ha declarado la responsabilidad civil subsidiaria del sindicato UGT, sin que concurren las circunstancias que en aquel precepto se establecen para la procedencia de tal declaración.

Y alega que la Sentencia no define una vinculación entre el acusado y el sindicato como responsable civil subsidiario, sino entre éste y las entidades IGS y PSV, lo que nos traslada a un supuesto de vinculación indirecta que no es admitida por la jurisprudencia de la Sala. Además, la sentencia no aclara en que consistía esa vinculación entre el sindicato y aquellas entidades.

Sobre la relación de UGT con Carlos Miguel indica la sentencia que UGT eligió a aquél para el desarrollo de PSV e IGS, permitiéndole tan amplio ejercicio de poderes y facultades que, de facto, ponía en sus manos toda la actividad con los resultados ya conocidos.

Sin embargo, señala la recurrente que esta afirmación constituye un juicio de inferencia que carece de todo apoyo probatorio, argumentando que la relación del acusado con PSV se inicia con la formalización del contrato de gestión de 16 de junio de 1998, entre la cooperativa e IGS como sociedad a la que la entidad cooperativa encomienda la administración y dirección técnica de su proyecto de construcción de viviendas, lo que ni lo realiza el sindicato, ni se concreta en la persona de Carlos Miguel, ni en su virtud se produce una situación de dominio sobre la actuación del mismo.

En definitiva entiende, referido a IGS y a PSV, que ni la actividad de una entidad ni la actuación de la otra tienen nada que ver con la satisfacción de los intereses del sindicato ni con el desarrollo de su actividad de carácter político e institucional, de

todo lo cual se desprende que la posición real de UGT en la relación societaria no es de dominio, efectivo o potencial, dado el juego de las mayorías.

2. Planteado así el motivo es oportuno recordar los requisitos o exigencias jurisprudenciales para que entre en aplicación el artículo 22 del CP de 1973 (equivalente a la regla 4.<sup>a</sup> del artículo 120 del Código vigente), que resumen adecuadamente, entre otras, las Sentencias de 22 de septiembre de 2000 y de 29 de mayo de 2003. Esta última señala las dos condiciones siguientes:

«a) la existencia de una relación de dependencia entre el autor del delito o falta y la persona individual o jurídica bajo cuya dependencia se halla. Sobre este elemento la interpretación jurisprudencial ha sido flexible, alcanzando tal situación de dependencia a cualquier relación jurídica o de hecho o cualquier otro vínculo por el cual el autor del delito se halla bajo la dependencia onerosa o gratuita, duradera y permanente o puramente circunstancial o esporádica; o al menos, que la tarea, actividad, misión, servicio o función que realiza el autor del hecho delictivo cuente con el beneplácito o aquiescencia del supuesto responsable civil subsidiario.

b) que el agente de la actividad delictiva actúe dentro de las funciones de su cargo, aunque sea extralimitándose en ellas. Es preciso, por consiguiente, en lo atinente a este elemento constitutivo, que el delito que genera una y otra responsabilidad se halle inscrito dentro del ejercicio normal o anormal de las funciones encomendadas en el seno de la actividad, cometido o tarea confiados al infractor».

3. Según la doctrina expuesta, la responsabilidad civil subsidiaria dimanante de delito no aparece ya basada en la *culpa in vigilando* o *in eligendo*, propia de la responsabilidad civil *stricto sensu*, sino en el principio de creación del riesgo, que se genera cuando el responsable criminal actúa con la anuencia del presunto responsable civil subsidiario.

Es, pues, la utilidad potencial que a favor del *dominus* puede generarse con la actividad del sujeto, al que se imputa el hecho delictivo, la que fundamenta la responsabilidad civil. Se responde responsabilidad *in re ipsa* porque quien obtiene beneficios de un servicio que otro le presta, también tiene que soportar los daños que tal actividad puede ocasionar a terceros.

Siendo esto así, si el *factum* expresa que los proyectos de UGT le fueron encomendados a Carlos Miguel por el propio sindicato, es obvio que deberá responder por él, ya que según precisa la fundamentación jurídica, con valor fáctico (p. 210), él es «la persona que planea, planifica y desarrolla el proyecto de economía social del sindicato; dirige, administra y ejecuta el mismo de modo presidencialista. Nada se decide o hace sin que Sotos dé su visto bueno. Es el máximo ejecutivo de todas y cada una de las sociedades que conforman el grupo, y en el único supuesto en el que no puede legalmente asumir la presidencia de una de ellas (la cooperativa) tiene el cargo de director, con tal amplitud de competencias que vacía de contenido al resto de los órganos de la misma».

4. Perfilada en tales términos la doctrina jurídica que establece los cimientos de la responsabilidad civil subsidiaria, corresponde ahora analizar los hechos probados al objeto de comprobar si de ellos se desprenden las conexiones fácticas y jurídicas que determinarían la exigencia de tal responsabilidad.

En ese sentido resulta oportuno resaltar los pasajes más relevantes del *factum*, habida cuenta de que la naturaleza del motivo obliga a partir de la inalterabilidad del mismo.

a) En las páginas 62 y 63 de la Sentencia se dice que:

«el sindicato Unión General de Trabajadores (UGT) siguiendo el ejemplo de otras organizaciones sindicales europeas, decide patrocinar e impulsar la prestación de servicios y actividades distintas y más amplias que las estrictamente vinculadas a

la defensa de los derechos de los trabajadores («actividad sindical inmediata») y se recoge la conclusión aprobada en el 34.º Congreso celebrado en 1986, añadiéndose que «tal idea se concretó en el estudio y desarrollo de proyectos para la intervención, entre otros, en el sector financiero, el ocio y el tiempo libre y en lo que se denominó como economía social, y se articuló a través de distintas sociedades mercantiles, una para cada tipo de negocio, controladas por una sociedad matriz que las participaba mayoritaria o totalmente (sociedad dominante) según la recomendación efectuada por el congreso confederal. La ejecución se encomendó a Carlos Miguel».

«Para realizar ese proyecto único, impulsado y respaldado por el sindicato UGT, pero con autonomía respecto de las organizaciones de éste, se constituyó el 15 de junio de 1988. Iniciativas y Gestión de Servicios Urbanos, Sociedad Anónima» (IGS, S. A.).

b) En la página 75 se sigue afirmando que:

«Promoción Social de Viviendas, PSV, Soc. Coop. (nombre adoptado en escritura de 26 de julio de 1989) se constituyó el 1 de junio de 1988, otorgándose a tal efecto documento público ante el Notario de Madrid... Su objeto social era, básicamente, la construcción de viviendas de protección oficial destinadas a familias de renta media y baja», y tenía su domicilio social en la calle Fuencarral, núm. 121 de Madrid, que fue también el domicilio social de IGS, S. A. hasta el 28 de septiembre de 1990, añadiéndose que «la dirección efectiva de la cooperativa se realizó siempre desde las oficinas de IGS, S. A.».

c) La designación del acusado condenado se expresa en la p. 76, en estos términos:

«nombró director de la cooperativa a Carlos Miguel, confiriéndose funciones tan amplias que le permitían tener el control exclusivo, permanente y directo de la gestión empresarial, ejerciendo funciones como la representación de la sociedad en juicio y fuera de él».

d) El mecanismo para actuar en la cooperativa se describe en la p. 78, en donde se manifiesta que «al ser PSV una sociedad cooperativa y no poder ser participada y dominada por IGS se ideó un sistema de control consistente en encomendar la gestión integral de aquélla a ésta, lo que se hizo constar en los estatutos, de modo que, *de facto*, la cooperativa carecería de autonomía traspasando inmediatamente la totalidad de sus ingresos y fondos a cuentas de IGS, que los aplicaba según requiera el proyecto global mediante un sistema de caja única, si bien luego se confeccionaban por ella misma contabilidades separadas. Para dar cobertura legal a tal sistema de funcionamiento, Carlos Miguel y Leonardo, en nombre y representación, respectivamente, de la sociedad anónima y la cooperativa, suscribieron al día siguiente de la constitución de IGS, S. A. un contrato en el que se encomendaba a ésta la gestión, asesoramiento y prestación de los servicios siguientes...»:

e) Asimismo en la p. 83 nos dice el *factum*:

«la participación del sindicato Unión General de Trabajadores en el proyecto impulsado, creado y patrocinado por él, se efectuó mediante la continua presencia de altos cargos del mismo en el Consejo rector de la cooperativa y en el Consejo de administración de IGS, S. A.».

Y en el apartado 5.2 (Relaciones económico-financieras con UGT) de la misma página se expresa que «además de su vocación social, el proyecto del sindicato buscaba el saneamiento económico del mismo y la rentabilidad... Para ello se usaron básicamente dos procedimientos: el primero, transitorio, incidental, consistía en liberarse de empresas deficitarias o cuya gestión gravaba o lastraba sus cuentas; el otro, de carácter más estable, consistió en la creación de una fuente de ingresos por la pres-

tación de determinados servicios, especialmente por la promoción de la actividad inmobiliaria de la cooperativa PSV».

Después describe la Sentencia, en sus hechos probados las relaciones económicas entre PSV y IGS, articulándose mediante el contrato de 24-junio-1988, en el que no fue parte la cooperativa, firmándolo Leonardo en su condición de apoderado de UGT, y el director de la cooperativa, Carlos Miguel, aunque como apoderado de IGS, S. A.

f) Y sigue diciendo la narración histórica de la Sentencia (p. 84) que «en virtud del mismo (del contrato) UGT ponía a disposición de la IGS, S. A. toda su infraestructura, locales y demás medios materiales y humanos en todo el territorio nacional para la difusión, información y comercialización de las viviendas que promociona PSV. A cambio IGS pagaría a UGT la cantidad de 80.000 pesetas por cada vivienda que promocionara PSV».

«En total UGT recibió por esta vía unos 1.723 millones de pesetas» (p. 85).

g) De las relaciones económicas entre IGS, S. A. y UGT se ocupa también la descripción fáctica de la sentencia en sus páginas 85 y ss. y allí se consigna que «...tales relaciones alcanzaron entre 1988 y 1993 un volumen superior a los 4.000 millones de pesetas, comprendiendo préstamos, anticipos de dinero, desembolsos de capital por la participación en sociedades del grupo, compraventa de acciones y edificios, repercusión de gastos financieros, facturaciones, etc.» describiéndose pormenorizadamente dichas operaciones en las páginas 86 a 88 de la Sentencia, siendo de destacar que en lo referente a la adquisición por IGS, S. A. del edificio del sindicato de calle Hortaleza, núm. 88 de Madrid, por 1.600 millones de pesetas, obtenidos por la compradora mediante un préstamo con garantía hipotecaria concedido por el Banco Español de Crédito con un tipo de interés variable (entre 12,5 y 16,16 por 100), los ingresos que el comprador obtendría por el arrendamiento del bien adquirido eran inferiores (seis millones de pesetas mensuales pagaderos por años vencidos) al coste de la operación de compra por lo que se dice en la Sentencia «fue una forma de financiar al sindicato».

5. Del amplísimo resumen del relato fáctico, se puede concluir, sin mucho esfuerzo, lo siguiente:

a) La actuación del señor Carlos Miguel se enmarca en la esfera del servicio o beneficio para el principal (UGT).

b) La unicidad del proyecto tenía no sólo como objetivo la prestación de servicios con vocación social sino, y sobre todo, la de una rentabilidad económica, financiera y política del sindicato.

c) Se producía un nexo de ocasionalidad como se desprende de que fue UGT quien ideó el proyecto de intervención en diversos sectores en el que se enmarca PSV y que puso a disposición de IGS, S. A. toda su infraestructura, locales y personal para la promoción y publicidad de las viviendas, en virtud del contrato suscrito el 24-6-88.

d) El sindicato atribuye competencias y facultades a Carlos Miguel, pues él lo eligió, le asignó los dos cargos más importantes de la cooperativa y de IGS; el acusado es el que personalmente celebraba los contratos, con el logotipo de UGT.

e) El Sindicato UGT prestó su aquiescencia o anuencia, puso su patrimonio como garantía de la obtención de 8.000 millones concedido a IGS para llevar a buen fin los procesos de segregación de la Cooperativa.

f) Apariencia externa de legitimidad, evidenciada por la publicidad de la cooperativa con el anagrama, frases y logotipo de «con la garantía de UGT», hasta el punto de conocerse la cooperativa como la de UGT.

6. Con todo lo que acabamos de relatar no es posible afirmar que la Sentencia no defina la vinculación entre el sindicato y las entidades PSV e IGS, así como la existente entre el acusado y el sindicato.

La elección de Carlos Miguel, realizada por el sindicato, para el desarrollo del amplio proyecto con los mayores poderes y facultades, permite afirmar que la tarea, actividad, misión, servicio o función que el acusado realizaba contaba con el beneplácito, anuencia y aquiescencia de la entidad sindical, suficiente para poder derivar la responsabilidad civil subsidiaria de la misma, en virtud del principio de derecho, ya reiterado, de que quien obtiene beneficios de un servicio que otro le presta, debe soportar los perjuicios que tal servicio o actividad produce.

El motivo debe rechazarse.

Decimosexto.—Al amparo del artículo 849-1.º Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el séptimo de los motivos (según enumeración dada en el recurso) se alega la inaplicación del artículo 1.156 en relación al 1.145 del Código civil, al no tomar la Sentencia en consideración, en cuanto a la declaración de responsabilidades civiles, los efectos extintivos realizados por los actos de los perjudicados. La invocación de los preceptos sustantivos debe ponerse en relación con el artículo 22 del Código penal de 1973.

1. La parte recurrente basa su argumentación en los siguientes puntos:

a) La causa de excluir la indemnización civil subsidiaria de IGS y PSV, no se halla en que la renuncia de los perjudicados lo haya sido por las relaciones societarias o contractuales de la sociedad con los perjudicados. La recurrente distingue perfectamente el origen, aunque entiende, que no se expresó adecuadamente en la instancia.

b) Por ello considera que partiendo de que las indemnizaciones patrimoniales son como dice la Sentencia restitutorias de las de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la actividad ilícita de Carlos Miguel (fuente de obligaciones distinta a las deudas y créditos entre sociedad y cooperativistas: artículos 1089 y 1092 Código civil) en esa obligación extracontractual concurren, en su lado pasivo, tanto IGS, PSV, como la propia UGT es perfectamente factible que en la misma obligación incidan simultáneamente diversos obligados, aunque fuera con fundamento u origen distinto (art. 1140 Código civil).

c) Así resulta según el recurrente que el efecto extintivo de la obligación producido por los actos llevados a cabo entre la sociedad responsable y los perjudicados, de naturaleza convencional, ha de extenderse y beneficiar a los restantes responsables civiles subsidiarios, ya que éstos se encuentran situados frente a los perjudicados en régimen de solidaridad pasiva.

d) Consecuentemente sigue razonando el pago o cumplimiento y la remisión o condonación, por parte de la sociedad agente a los perjudicados, producirá efecto extintivo sobre las obligaciones de carácter civil que beneficia a todos los responsables, que se hallen en el mismo nivel de vinculación.

e) Por último, no se han producido otros actos del imputado, Carlos Miguel, que directamente y sin mediación societaria le hayan relacionado con los afectados.

2. Para resolver la compleja cuestión planteada hemos de partir del principio del respeto a los hechos probados, y en base a tal principio es oportuno destacar:

1) La Sentencia, en su fundamentación jurídica (p. 222) fija la cuantía indemnizatoria en el porcentaje de las aportaciones que cada cooperativista perdió como consecuencia de la suspensión de pagos de la cooperativa y de la sociedad gestora. Y así, los cooperativistas que cedieron su crédito a I.C.O. tuvieron una pérdida del 25 por 100 del importe de sus aportaciones, cantidad en la que la sentencia dice han de ser indemnizados.

En igual porcentaje se redujo el crédito de los cooperativistas incluidos en la suspensión de pagos, por lo que también sufrieron una merma del 25 por 100 de lo satisfecho, que también ha de ser pagado por vía de responsabilidad civil.

Existe un tercer grupo de aquellos que se integraron en promociones independientes o separadas suscribiendo acuerdos en tal sentido, los que no perdieron parte de sus aportaciones sino que tuvieron que incrementarlas con una derrama del 7 por 100, al tiempo que se recalculó el valor de la gestión hasta entonces devengada, compensando en parte el incremento. Para éstos la indemnización se ha de calcular disminuyendo de ese 7 por 100 el tanto por ciento en que se calculó la gestión devengada respecto de la que consta en el hecho probado.

2) En la fundamentación jurídica (p. 228) se expresa que el ejercicio de acciones civiles frente a IGS, S. A. y PSV ha sido renunciado por los perjudicados y en concreto se dice que aquellos socios que vendieron su crédito al ICO suscribieron un contrato cuya cláusula séptima establecía que «... el cedente renuncia a cualquier reclamación contra PSV o IGS, renuncia que expresamente extiende al ejercicio de acciones judiciales civiles directas o indirectas, derivadas del ejercicio de acciones penales contra las citadas entidades».

3) En igual sentido, la aprobación y el cumplimiento del convenio de la suspensión de pagos de PSV e IGS opera como causa extintiva de las acciones frente a las mismas (no frente a terceros) para todos aquellos que no ejercieran su derecho de abstención (arts. 16 y 17 de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de junio de 1922. Lo mismo cabe decir de la transacción que representa la firma de los acuerdos conciliatorios de saldos de las promociones separadas o acuerdos de separación (arts. 1815 y 1816 del Código civil).

4) No estamos ante créditos o deudas de las sociedades y los cooperativistas, sino ante indemnizaciones patrimoniales restitutorias de los daños y perjuicios sufridos por la actividad delictiva, lo que la Sentencia expresa al consignar (p. 226) que «ahora se les reintegra la pérdida de sus aportaciones económicas como consecuencia de la crisis» y se fija en esos porcentajes de pérdidas de sus aportaciones.

3. Partiendo de las anteriores consideraciones, es oportuno analizar ahora la valoración entre la renuncia de los acreedores al ejercicio de las acciones referidas a las indemnizaciones pendientes frente a dos de las entidades que podían resultar responsables civiles subsidiarias (IGS y PSV) por una parte, y los preceptos sustantivos que se dicen infringidos por otra.

Partiendo, como es preceptivo, del más absoluto respeto a los hechos probados, dado el cauce procesal que se utiliza, de ellos se extrae una idea inconcusa, según la cual, la renuncia a indemnizaciones sólo se refería a dos de las entidades societarias (las antes referidas) y a ninguna otra más, lo que constituye la base para condenar en el fallo al sindicato UGT, como único responsable civil subsidiario.

Resulta patente que una renuncia *stricto sensu* a la percepción del crédito indemnizatorio sólo se produce respecto a las cantidades percibidas (75 por 100).

Ello tiene relevancia, en orden al mantenimiento y exigibilidad de las cantidades pendientes de percibir, frente a los posibles responsables directos, en otro plano o nivel de exigencia obligacional.

Entre el responsable civil directo y los subsidiarios no existe solidaridad, sino simple subsidiariedad, como el propio nombre indica. Los responsables civiles subsidiarios sólo responderán, en la hipótesis de que los acreedores no hayan sido resarcidos de los perjuicios ocasionados por el delito (o en la medida en que no lo hayan sido) a través de los autores y cómplices, que responden directamente y en primer término, del daño.

Planteado así el problema es obvio que no resulta de aplicación el artículo 1145 del Código civil, que se dice infringido, pues ningún deudor solidario ha hecho pago de los daños y perjuicios no percibidos.

4. Ahora bien, avanzando un paso más resulta que la renuncia expresa de los acreedores a reclamar por el resto no pagado (una vez percibido el 75 por 100) frente a dos responsables civiles subsidiarios (IGS y PSV) si llegase el caso de responder, es tanto como una remisión o condonación (o si se quiere transacción o novación) de la deuda hecha a esos dos deudores solidarios, que a su vez se hallan en el mismo nivel de solidaridad que el sindicato recurrente UGT, lo que determina la aplicación del artículo 1143 del Código civil, que no se invoca, en relación al 1156 p. 3 del mismo Texto legal, que sí se cita, operando la remisión del crédito indemnizatorio también respecto al sindicato con los consiguientes efectos extintivos pretendidos en el motivo.

La aplicación del precepto tiene su razón de ser en la *ratio jurídica decidendi* concurrente en UGT. En efecto, resulta de todo punto lógico que sea así, pues IGS y PSV no son otra cosa que el sindicato UGT interviniendo a través de aquellas formas jurídicas, en la actividad desplegada por las mismas, desencadenante del delito y de los perjuicios de él derivados.

El motivo debe ser acogido.

Decimoséptimo.—También por corriente infracción de ley (art. 849-1.º Ley de Enjuiciamiento Criminal) se impugna, en el octavo motivo, la inaplicación del artículo 3-2 del Código civil en relación con los artículos 1156 y 1145 del mismo cuerpo legal, al no tomar la Sentencia en consideración, en cuanto a la declaración de responsabilidad civil subsidiaria de UGT, los efectos extintivos de los actos realizados por los perjuicios con IGS y PSV.

1. Arguye el recurrente que, admitiendo a los solos efectos del motivo el carácter instrumental de aquellas sociedades, tal tesis debería ser mantenida en toda su extensión por aplicación, a sensu contrario, del principio *cuius commoda*. Por ello, si los actos que realizaban dichas sociedades vinculaban al sindicato, de igual modo los actos beneficiosos de aquéllas y, entre ellos, los que produjeron la extinción de la responsabilidad contraída, debieran comportar la extinción de esa misma responsabilidad para el sindicato, máxime cuando todos esos actos han supuesto un desplazamiento patrimonial correlativo a favor de los perjudicados, esto es, no son renunciaciones gratuitas, sino actos de verdadero cumplimiento, enmarcados en un ámbito de sacrificios económicos.

2. La argumentación del motivo es del mismo tenor que el precedente, únicamente que el resultado final pretende alcanzarlo a través de fundamento distinto, que dada la cita del Código civil, sería la equidad.

Debemos insistir una vez más que IGS y PSV al caer en suspensión de pagos fueron intervenidas por organismos oficiales que arbitraron unos mecanismos financieros para dar salida a la situación de crisis económica creada, cuyos beneficiosos efectos recayeron en los cooperativistas, que vieron minorados sensiblemente los daños esperados.

Pero los acreedores no fueron reintegrados en la totalidad del perjuicio ocasionado por el delito. Las responsabilidades civiles *ex delicto* se hicieron efectivas por vía penal, circunstancia que hace que su régimen jurídico deba acomodarse a principios, criterios y normas de naturaleza civil, en cuanto no exista alguno especial en el ámbito penal, previsto para armonizar las dos pretensiones simultáneamente ejercitadas (penal y civil).

Entre estos principios o normas figura el principio dispositivo, al socaire del cual los perjudicados pudieron renunciar y renunciaron a hacer efectiva la deuda indemnizatoria pendiente frente a IGS y PSV, y en aplicación del artículo 1143 en relación al 1156, p. 3.º, ambos del Código civil, debe extenderse a UGT, unida a las anteriores entidades en relación de solidaridad.

Ésa es la base jurídica que determinaría la estimación del motivo, y no la difusa referencia a la equidad.

En definitiva, reiterándose la misma razón impugnativa que en el anterior motivo, es procedente la estimación del mismo.

Decimoctavo.—En el noveno motivo de los que articula UGT y sirviéndose del mismo cauce procesal que en los precedentes, aduce la falta de aplicación del artículo 1101 del Código civil, en relación al artículo 22 del Código penal de 1973, al no declarar la Sentencia de instancia la responsabilidad civil subsidiaria de Iniciativas de Gestión y Servicios Urbanos, S. A.

1. En síntesis, el recurrente explica que al haberse expuesto en el motivo anterior las razones por las que estima que IGS ha de responder por los actos realizados por su administrador, en razón a lo establecido en el artículo 1101 del Código civil, del que se desprende la obligación de aquella entidad de indemnizar a los perjudicados por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de sus obligaciones, por la misma razón debe declararse la responsabilidad civil de la entidad que, a juicio del recurrente, debe ser directa y no subsidiaria. Y ello sin perjuicio de que, por efecto de la aplicación de las bases contenidas en la Sentencia, dicha responsabilidad hubiera quedado extinguida frente a todos los perjudicados, lo que no es óbice para la declaración de su existencia.

La cuestión que se formula en su opinión no es intrascendente, pues en el caso de que algún perjudicado acreditara la inexistente extinción de su obligación, las consecuencias de la resolución judicial perjudicarían la posición de responsable de la recurrente.

Por ello procede y así se solicita que se declare en el fallo, para el caso de no absolver al condenado, la responsabilidad civil subsidiaria de Iniciativas de Gestión y Servicios Urbanos, S. A. con los efectos que resultan de lo antes expuesto.

2. No puede declararse una responsabilidad civil subsidiaria no pedida por nadie (principio dispositivo) y menos por el recurrente, que carece de legitimación. Por este solo hecho el motivo debe desestimarse. No obstante, a efectos dialécticos, podemos afirmar que de poco sirve como pretende el sindicato recurrente manifestar que IGS fue responsable civil subsidiario por los actos de su ... condenado, hasta que los perjudicados transigieron y acordaron no reclamar nada a tal sociedad, en el ejercicio de su facultad dispositiva.

El argumento, por lo demás, carece de sentido a la vista de la estimación de los dos precedentes motivos.

Por otra parte los tribunales penales están obligados a pronunciarse sobre las responsabilidades civiles si no se renuncian o reservan para ejercitarlas fuera del proceso penal. Si existió algún acreedor en la suspensión de pagos, que hizo uso de su derecho de abstención, podrá ejercitar la reclamación por la vía civil, como establece la Ley de Suspensión de Pagos de 1922 y el artículo 111 Ley de Enjuiciamiento Civil.

Salvo estos supuestos, los perjudicados comparecidos o no, que no hayan renunciado a las indemnizaciones civiles, si las mismas son solicitadas por el Ministerio Fiscal que les representa, están sometidos a los términos de la sentencia (art. 110, p. 2 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Y siendo ello así, es lo cierto que ninguno ha recurrido poniendo en entredicho los pactos transaccionales de renuncia a reclamar contra determinadas personas jurídicas por las compensaciones recibidas.

El motivo no debe merecer acogida.

(Sentencia de 9 de octubre de 2003)

## ARTÍCULO 121

*Responsabilidad civil subsidiaria: del Estado por delitos de lesiones y contra la integridad moral cometidos por policías al detener a una persona, extralimitándose en sus funciones; responsabilidad civil no atenuada al no haber contribuido la víctima a la contribución del daño producido en delito de lesiones de policías a detenido*

Sexto.—En su primer motivo, formalizado por infracción de ley, al amparo de lo permitido en el artículo 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la infracción del artículo 121 del Código penal, sobre la responsabilidad civil subsidiaria del Estado.

En su desarrollo, argumenta que si los policías nacionales condenados se ven obligados a actuar en el ejercicio de sus cargos y funciones, es evidente que no procede tal declaración de responsabilidad civil subsidiaria, porque su actuación inicial es absolutamente legítima.

El repetido artículo 121 del Código penal ha introducido y regulado de forma expresa la responsabilidad subsidiaria del Estado y demás entes públicos (de los que se citan la Comunidad Autónoma, la Provincial, la Isla y el Municipio) acabando así con la necesidad de referirse a un precepto penal, como lo era el del artículo 22 del Código penal anteriormente vigente, que se refería a personas, entidades, organismos y empresas dedicadas a cualquier género de industria, entre las que, desde lejana fecha, la jurisprudencia de esta Sala venía incluyendo la del Estado. Requieráanse ahora como exigencias para que tal responsabilidad subsidiaria surja: 1.º que una persona declarada penalmente responsable por delito doloso o culposo a los que se ha entendido también como asimilables las faltas haya de responder por la causación de daños; 2.º que esa persona sea autoridad, agente y contratados de la misma o funcionarios públicos; 3.º que, al actuar, estuvieran en el ejercicio de sus cargos o funciones; 4.º siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieran encomendados. Si la segunda de estas exigencias presenta un carácter expansivo al incluir a todas las personas que puedan tener una relación subordinada al Estado y demás entes públicos, incluyendo a las personas meramente contratadas, las exigencias tercera y cuarta tienen una finalidad de restringir cuando esa responsabilidad subsidiaria se produce, condicionándola a que la persona dependiente del ente público esté en el ejercicio de sus funciones y a que la actividad de desempeño de servicio público que realizaba determine directamente la lesión como consecuencia (STS de 5 de julio de 2002).

La doctrina de esta Sala ha presentado una tendencia, calificada de progresiva y expansiva, de los casos en que la responsabilidad civil subsidiaria surge, ya en tiempos en que para definirla se recurría al derogado artículo 22 del Código penal precedente. Y así, considerando que la demanda de las realidades sociales lo aconsejaba, se comenzaron a dictar sentencias en que se sobrepasaban los viejos criterios de la culpa *in eligiendo e in vigilando* para acoger, con interpretación extensiva, el más progresivo de la doctrina de la creación del riesgo, llegándose a una responsabilidad cuasi objetiva (Sentencias de 6 de abril de 1990, 2 de junio y 16 de septiembre de 1992, 13 de octubre y 21 de diciembre de 1993, 29 de septiembre de 1994, 21 de octubre de 1997 y 29 de mayo de 2001).

Con estos parámetros interpretativos, el motivo tiene que ser desestimado, en tanto que se cumplen todos y cada uno de los requisitos exigidos por la ley para declarar tal responsabilidad civil subsidiaria, pues la extralimitación del cometido de

los policías acusados actuantes fue de tal evidencia que resultaron condenados como autores de un delito de lesiones y otro contra la integridad moral; únicamente por el primero, ya se deduce la declaración de responsabilidad del Estado, por encontrarse de servicio practicando un detención inicialmente legítima, que acabó con un acto de extralimitación tan ilícitamente intolerable que resultó ser delictivo, dadas las lesiones sufridas por el perjudicado Luis Andrés...

(Sentencia de 16 de abril de 2003)

## ARTÍCULO 132.2

*Interrupción de la prescripción: interpretación del término «el procedimiento se dirige contra el culpable» en orden a la interposición o admisión de la querrela: corrientes doctrinales. No existe prescripción en el caso de querrela presentada el último día del plazo de prescripción, con ausencia de poder suficiente, repartida y ratificada posteriormente: vale como denuncia y existe procedimiento judicial pues se anotaron en el registro general del juzgado*

Primero.—Al amparo del artículo 849.1.º LECrim. (LEG 1882/16) el Fiscal y las acusaciones estiman infringido por aplicación indebida el artículo 114 del Código penal de 1973, en relación a la prescripción de los delitos imputados a Alberto C. y Alberto A.

Entienden éstos que la presentación de la querrela efectuada cuando aún no había transcurrido el plazo de prescripción produjo la interrupción de la misma, por lo que no debieron haberse estimado prescritos los delitos por los que se les acusaba.

1. Antes de resolver el problema, bueno será que delimitemos el supuesto fáctico.

Los hechos que se declaran probados se estimaron constitutivos de un delito de estafa de los artículos 528 y 529.7.º del Código penal de 1973 y otro delito de falsedad documental, de los artículos 303 y 302.6.º del mismo texto legal. La pena a imponer no excedería de 6 años, a pesar de que la sentencia omite la expresa estimación de la agravación específica apreciada como muy cualificada. En el fondo partía de su acogimiento, lo que hacía que, conforme a los artículos 113 y 114 del Código penal, los delitos estuvieran prescritos tomando como base, según es preceptivo en estos casos, el castigo de mayor pena.

No existe, pues, controversia entre partes acusadoras y acusadas, ya que arrancando de la calificación de la Audiencia Provincial, el término prescriptivo era de 5 años, y por tanto concluía el día 7 de enero de 1993.

La querrela, acompañada de un poder cuyo alcance jurídico se discute, fue presentada en el Juzgado de guardia el día 6 de enero (festivo en toda España) en donde se tomó nota de dicha presentación, remitiéndola al Juzgado Decano para reparto, lo que se produjo el día 7 de enero de 1993, correspondiendo el conocimiento del asunto al Juzgado de Instrucción núm. 18 de Madrid, que, en fecha 20 de enero, incoó y registró las Diligencias Previas (Procedimiento Abreviado) núm. 1079/1993, no admitiendo a trámite la querrela hasta tanto se produjera la ratificación de la misma, hecho lo cual se acordaría. Los querellantes se ratificaron dos meses y dos días después de ser rebasado el límite temporal de la prescripción.

2. Sobre ese sustento fáctico la Audiencia Provincial, Sección 7.ª, a quien correspondió enjuiciar el asunto, estima que los hechos están prescritos, haciendo una

interpretación formalista del artículo 114 CP/1973, al enfocar exclusivamente al análisis de la naturaleza de la querrela, desde su condición de instrumento procesal de parte, iniciadora del proceso, y a su vez, interruptora del término prescriptivo.

Se pregunta el Tribunal de origen si el procedimiento puede ser abierto o no por el Juez Instructor a partir de la simple presentación física del documento ante el Juzgado competente.

No se acompaña a la querrela el preceptivo poder especial, ante cuya omisión el Juez no pudo considerarla como tal, absteniéndose de todo pronunciamiento sobre su admisión o inadmisión hasta tanto no se hubiesen subsanado las deficiencias esenciales de que adolecía. Cuando fue ratificada, el 9 de marzo de 1993, pasaban ya dos meses y dos días del término de prescripción.

Tampoco el Tribunal consiente atribuir el carácter de denuncia, a la querrela defectuosa, ya que al igual que la querrela sólo tiene existencia legal y eficacia cuando se presenta personalmente o por medio de mandatario con poder especial (art. 265 LECrim.).

El apoderamiento notarial que se adjuntaba a la querrela, aun intitulándose de especial, sólo concreta que se otorga para presentar denuncias y querellas por delitos de estafa, apropiación indebida o maquinaciones para alterar el precio de las cosas.

EL Ministerio Fiscal, ante tal decisión considera que la querrela sin poder especial es susceptible de sanación, y en cualquier caso, podría operar como denuncia. A ello se añade la doctrina sostenida por esta Sala en los últimos tiempos, al reputar la simple presentación de una querrela o denuncia en el Juzgado una actuación procedimental, susceptible de subsumirse en la expresión legal: «dirigir el procedimiento contra el culpable» (el legislador debió decir inculpado, ya que nadie es culpable antes de ser condenado por una sentencia firme).

3. Con carácter previo al análisis del tema prescriptivo que nos ocupa, debemos preguntarnos sobre el alcance y consecuencias de la deficiencia formal de la querrela.

Los argumentos de los querellantes y el Ministerio Fiscal pueden resumirse en los siguientes:

- a) Existía poder especial.
- b) Aun no existiendo, se produjo la ratificación posterior sanadora, con efectos de *ex tunc*, enjugando el vicio padecido (art. 11.3 LOPJ).
- c) No obstante esos defectos formales, pudo y debió operar como *notitia criminis*; y por consiguiente con aptitud para iniciar de oficio el proceso penal.

4. Como respuesta a la primera cuestión es obvio que a pesar de la declaración notarial calificando de especial el poder, no lo es. El apoderamiento bastante a que se refiere el artículo 277 LECrim. no es otro que el poder «especialísimo», que en términos de nuestro Código civil, sería aquel que «se otorga para un negocio determinado» (art. 1712 Código civil).

Hubiera sido preciso delimitar el objeto de la imputación delictiva y las personas concretas contra quien la dirige.

Poder especialísimo según es definido por la doctrina científica más cualificada, es «el poder otorgado después del acaecimiento del hecho delictivo, en el que se autoriza expresamente al Procurador para presentar querrela precisamente por ese hecho».

La querrela se hallaría, pues, huérfana de poder especial. Tampoco serviría ese mandato o poder para calificarla de denuncia, ya que ésta exige la firma personal del denunciante y si no puede hacerlo, otra persona a su ruego, o actuar mediante poder especial (art. 265 LECrim.).

5. Respecto a los efectos de la ratificación, que los recurrentes pretenden extenderlos desde la presentación, una vez sanadas las deficiencias formales, debemos

precisar que la retroacción de efectos, a lo sumo, tendría lugar en «las relaciones internas entre poderdante y apoderado, pero no frente a terceros». En el ámbito procesal la ratificación del querellante otorgaría al mismo las posibilidades de actuar en el proceso, perdidas o no utilizadas, desde la presentación de la querella, permitiendo hacer uso de las mismas en la medida de lo posible, si no lo impedían exigencias impuestas por el nivel de la instrucción.

La ratificación realizada por el querellante, no puede afectar, ni siquiera de modo indirecto, al transcurso del tiempo para completar la prescripción, que actúa de modo objetivo e implacable. Entender otra cosa, sería tanto como atribuir a dicha ratificación efectos modificadores sobre el artículo 113 del Código penal de 1973 (tiempo de prescripción).

6. Por último, sí es posible otorgarle a la querella la condición de cauce legítimo para poner en conocimiento del Tribunal un hecho delictivo perseguible de oficio (*notitia criminis*).

La querella cumple una doble finalidad, que no alcanzó a perfilar la sentencia combatida en sus argumentaciones:

por un lado, es un medio de poner en conocimiento de las autoridades judiciales la *notitia criminis*, conforme al artículo 312 LECrim., al igual que la denuncia (art. 269 LECrim.) y el atestado (art. 297 LECrim.).

Por otro lado, constituye un medio a través del cual los querellantes se convierten en parte procesal (art. 270 LECrim.).

Consecuentes con ese dúplice aspecto, resulta que la querella sin poder especialísimo no es óbice para que el proceso penal se inicie en averiguación de los hechos narrados en la misma contra las personas a quienes se atribuye su comisión.

El Procurador, aun careciendo de poder especial para querellarse y denunciar, actúa como mandatario (poder general) de otro que le encomienda la comunicación al Juzgado de unos hechos presuntamente delictivos, que imputa a personas determinadas.

7. Recurrentes y recurridos sobre esta particular confrontación dialéctica traen a colación innumerables sentencias de esta Sala, alguna de las cuales en lugar de clarificar, oscurece la decisión del problema, al dirigirse su doctrina a la precisión de otros aspectos de la prescripción, distintos a la capacidad legal de la denuncia o querella para interrumpirla.

Nos estamos refiriendo a los siguientes fenómenos:

a) La identificación nominal de los presuntos responsables. No puede afirmarse el efecto interruptivo, ni de la denuncia ni de la querella ni de la investigación, si en tales modalidades de incoación del proceso penal no aparecen nominadas una o unas personas determinadas o fácilmente determinables.

b) Ello debe ser complementado por la delimitación fáctica de los hechos que se imputan al inculcado o inculcados, que permitan conocer el alcance genérico de la infracción que se pone de manifiesto.

c) Determinación de la naturaleza de la actuación judicial necesaria en un proceso ya abierto para que la paralización del procedimiento se entienda alzada. Es el supuesto contemplado en el último inciso del parr. 2.º del artículo 114 («o se paralice el procedimiento»).

Tampoco las características de esta incidencia procesal deben confundirse con la interrupción de la prescripción por «dirigirse el procedimiento contra el culpable».

Cuando el proceso en marcha se paraliza sólo tienen virtualidad interruptiva de la prescripción aquellas resoluciones judiciales que ofrezcan un contenido sustancial, propio de una puesta en marcha del procedimiento, reveladoras de que el trámite procesal avanza superando la inactividad y la parálisis.

Las decisiones o diligencias puramente formales, inocuas o intrascendentes que no afecten al avance del procedimiento, no pueden ser tomadas en cuenta a efectos interruptivos.

8. Delimitado así el problema, hemos de partir, en nuestro caso, de que la querrela defectuosa contenía la descripción precisa de los hechos considerados delictivos y la concreta identificación de los presuntos autores.

Sobre la concreta interpretación de cuando se considera que «el procedimiento se dirige contra el culpable» existen dos corrientes doctrinales, que han tenido su reflejo en la jurisprudencia de esta Sala:

a) La primera de ellas entiende que no cabe pensar que la querrela o denuncia sean actos procesales mediante los cuales se pueda dirigir el procedimiento contra el culpable y por tanto aptos para interrumpir la prescripción. Dentro de esta tendencia, basta para operar la interrupción una resolución judicial que recaiga sobre tal denuncia o querrela.

Otra línea interpretativa más rígida exige un acto formal de imputación, procesamiento o en el peor de los casos una simple citación del sospechoso para ser oído.

Bastaría, en una concepción más flexible, con la decisión judicial que abre el procedimiento, en tanto en cuanto es presupuesto imprescindible la existencia de procedimiento para poderlo dirigir contra el culpable. La Ley establece esa conexión, aunque no señale ni precise la calidad ni la intensidad de la misma, como ha tenido oportunidad de recordar el Tribunal Constitucional (Sentencia TC núm. 69 de 17 de marzo de 2001). La conexión se produce tras la admisión a trámite de la querrela dados los términos de la misma, ya que esa admisión a trámite sí es una actuación procesal en el sentido propio, susceptible de integrarse, en cuanto a su dominio subjetivo, con los propios términos de la querrela y entenderse dirigida contra los querrelados. Una muestra de esta tendencia interpretativa sostenida por la Sala Segunda en su línea moderada, de no exigir ningún acto de imputación formal, aparece directa o indirectamente reflejada en Sentencias de 21 de enero y 26 de febrero de 1993; 30 de septiembre de 1994; 31 de mayo y 16 de octubre de 1997; 25 y 29 de septiembre de 1999 y 25 de enero de 2000, entre otras.

b) La segunda corriente interpretativa entiende que la denuncia y querrela con que pueden iniciarse los procesos penales forman parte del procedimiento. Si en dichos escritos aparecen ya datos suficientes para identificar a los presuntos culpables de la infracción correspondiente, hay que decir que desde ese momento ya se dirige el procedimiento contra el culpable a efectos de la interrupción de la prescripción, sin que sea necesario, para tal interrupción, resolución alguna de admisión a trámite.

Esta segunda tendencia es la sostenida en los últimos años y aparece bastante consolidada en esta Sala. Ejemplo de ello lo tenemos en las Sentencias de 3 de febrero y 6 de noviembre de 1995; 11 de febrero y 13 de junio de 1997; 25 de abril y 29 de julio de 1998; 23 de abril y 26 de julio de 1999; 6 de noviembre de 2000 y 30 de octubre de 2001.

Son de destacar de forma especial, por lo reciente, las de 4 y 5 de febrero de 2003.

9. La Sala, a la vista de la inequívoca tendencia prevalente, últimamente mantenida, debe acogerla en su integridad. Es evidente que los supuestos contemplados en las sentencias antes reseñadas no coincidirán exactamente con el que a nosotros nos atañe, en cuanto éste es un caso de querrela defectuosa, pero ello no empece para que la doctrina proclamada se acomode plenamente a nuestra hipótesis.

La querrela tuvo la virtualidad de integrar una denuncia, que aun carente de poder especial, a efectos de traslado de responsabilidades al denunciador (v. gr. denuncia falsa), bastó con la firma o suscripción del mandatario, con poder general, para

trasladar al Tribunal la *notitia criminis* que debió obligarle a actuar, al tratarse de delito perseguible de oficio, sin perjuicio de que la ulterior ratificación de la querrela permitiera la atribución de la condición de parte procesal en la causa, al querellante.

Existió, a su vez, procedimiento judicial, que se colma, según jurisprudencia de esta Sala, con la anotación en el registro general del Juzgado (Sentencia de 4 de febrero de 2003), circunstancia que dota de certeza y de seguridad jurídica a la hora de computar los términos (art. 9.3 CE).

El Juzgado de guardia, que actúa a prevención de los demás, en casos de inactividad de los otros de su mismo Partido Judicial (el día de la presentación de la querrela era festivo), es tanto como si se hubiera presentado en el Juzgado al que por turno correspondió instruir el asunto. Prueba de la competencia eventual o excepcional, es que de haber sido precisa la práctica de alguna diligencia urgente, que no admitiera demora, la debió practicar el Juzgado de guardia; pero ése no fue el caso.

Por todo lo expuesto, procede estimar el motivo que analizamos, simultáneamente formalizado por el Ministerio Fiscal y las partes acusadoras y actoras civiles, estimando no prescritos los hechos denunciados.

(Sentencia de 14 de marzo de 2003)

## ARTÍCULO 139

*Provocar incendio con el fin de acabar con la vida de su marido sin conseguirlo: aplicación de asesinato con alevosía en tentativa. Concurso de leyes con incendio*

Sexto.-1. En este motivo denuncia el error de derecho padecido en la sentencia al aplicar indebidamente el artículo 139.1 del Código penal y el artículo 77 también del Código.

A la argumentación que expresa hay que restarle todo el contenido referido a la no acreditación de los hechos probados, extremo ajeno a la vía impugnatoria elegida que, sabido es, parte del respeto al hecho declarado probado.

2. Desde la perspectiva del relato fáctico ningún error resulta en la subsunción. El hecho de que fuera intervenida quirúrgicamente no supone la ausencia de dolo, pues cuando los hechos se ejecutan éstos son realizados con evidente intención y conocimiento de lo que se realizaba, sin que en ningún momentos se refiera en el hecho probado una situación de dolo eventual que, por otra parte, en nada alteraría la calificación realizada.

3. Discute la presencia de la alevosía típica del asesinato, al argumentar que desde la pobreza del hecho probado no es posible determinar si el golpe en la cabeza fue de espaldas o de frente y tampoco queda acreditada la cantidad de gasolina que se empleó en la causación del incendio.

El relato fáctico es claro en la descripción de una situación de indefensión, provocada por la víctima, y el empleo de medios tendentes a asegurar el resultado evitando las posibilidades de defensa del perjudicado. Así se relata que la acusada aprovechando la situación de somnolencia del perjudicado, provocado por la ingesta subrepticia que sobre él había realizado de metanol y de medicamentos, «llegando incluso a tambalearse» le hizo bajar al garaje de la casa donde había producido un fuego y le golpeó en la cabeza «dejándole allí junto al coche para que la acción del fuego y el humo acabaran con su vida».

La alevosía, hemos afirmado reiteradamente, tiene su núcleo esencial en la anulación de las posibilidades de defensa de la víctima. En su explicación hemos distin-

guido distintas modalidades de alevosía, la proditoria o a traición, la alevosa o sorpresiva y el aprovechamiento de situaciones de desvalimiento que roza el abuso de superioridad y respecto al que la diferenciación se perfila, poco a poco, en los pronunciamientos jurisprudenciales.

En la proditoria o a traición destaca como elemento esencial el abuso de confianza con el que actúa el sujeto activo respecto al pasivo que no teme, dada la relación de confianza existente, una agresión como la efectuada. Así en la STS de 11 de marzo de 1996, se recuerda que «la alevosía requiere esencialmente más el aprovechamiento de la confianza de la víctima, generadora de la situación de indefensión, que una superioridad física y material del autor». En el mismo sentido la STS de 7 de marzo de 2000, que afirma que la modalidad de alevosía proditoria «requiere traición y éste presupone una especial relación de confianza que ha sido defraudada por el autor».

Resulta patente, desde el hecho probado, la declaración de una situación de previa indefensión del perjudicado, propiciada por la ingesta de sustancias que aminoraban sus reflejos y le aturdieron hasta el punto de tambalearse. Además, le propina un golpe en la cabeza, «obteniendo su inconsciencia» asegurando que el fuego producido por ella misma acabe con la vida del perjudicado. El empleo de un incendio es un miedo esencialmente alevoso en cuanto asegura el resultado sin riesgo para el autor, a lo que hemos de añadir el estado de inconsciencia que produjo la recurrente en la víctima, tanto por la ingesta de sustancias químicas, como por el golpe en la cabeza.

4. Denuncia, también, la indebida aplicación del concurso ideal entre el delito de asesinato y el de incendio. Para el estudio del motivo recordamos que el relato fáctico declara probado que la acusada con intención de matar prendió fuego al garaje de la vivienda en el que estaba inconsciente el perjudicado para que el fuego y el humo acabaran con su vida.

En la argumentación que desarrolla reproduce una Sentencia de esta Sala, dictada para un supuesto absolutamente distinto. En ésta se discutía la existencia de concurso ideal respecto a unos resultados producidos por una única acción un artefacto explosivo que produce una pluralidad de resultados contra la integridad física y en el que se discute la concurrencia de la alevosía. Esa doctrina no guarda relación alguna con los presentes hechos en los que el concurso de delitos por el que se condena a la recurrente es un delito contra la vida, en su modalidad de asesinato, y otro de incendio que pone en peligro a las personas.

No obstante lo anterior, la voluntad impugnativa del recurrente que discute la existencia del concurso ideal será aprovechada para que, desde una perspectiva distinta a su planteamiento, estimar la impugnación.

El relato fáctico describe el siguiente hecho: empleo de incendio además de otros medios para acabar con la vida de una persona. Ese hecho admite dos posibilidades de subsunción: artículo 139.1, muerte de una persona mediante incendio subsumido en la alevosía, de una parte, y artículo 351 delito de incendio con peligro a la vida y artículo 139.1, homicidio más alevosía. La redacción del tipo penal era la vigente al tiempo de los hechos, anterior a su modificación por LO 7/2000 que añadió un segundo párrafo que tipifica el delito de incendio sin peligro para la vida o integridad física.

Para la sentencia impugnada, nos encontramos ante un concurso ideal de delitos, el asesinato intentado y el incendio con peligro para la vida e integridad física.

Por el contrario, comprobamos que el hecho intentar matar a una persona mediante incendio, agrede un bien jurídico cuya protección penal aparece recogida en toda su dimensión antijurídica y culpable por el tipo penal del asesinato del artículo 139.1 del Código penal. Desde esta perspectiva la aplicación, además, del artículo 351 del Código penal supondría una vulneración del principio *non bis in ídem*

lo que haría incompatible la aplicación simultánea de ambos preceptos. La aplicación del concurso ideal de ambos delitos sería posible si advirtiéramos en el hecho una pluralidad de bienes jurídicos atacados y para responder penalmente a ese hecho sea necesario la aplicación de los tipos penales en concurso para contemplar en su total dimensión la antijuricidad de la conducta.

En el supuesto objeto del procedimiento el tipo penal del asesinato con alevosía comprende la totalidad del injusto de la muerte dolosa mediante incendio. La punición, además, por el delito de peligro, artículo 351 en la redacción vigente al tiempo de los hechos, vulneraría el principio *non bis in ídem*.

Nos encontramos, pues, ante un concurso de normas a resolver por las normas contenidas en el artículo 8 del Código penal toda vez que el potencial peligro que previene el tipo del incendio del artículo 351 queda absorbido por la previsión del resultado muerte en el delito de asesinato, la intención de matar y su realización tiene su específica tipificación en el artículo 139 del Código penal, reputando alevoso la utilización del fuego como medio de producir la muerte.

En el concurso de normas lo existente es un hecho único que es objeto de una única valoración jurídica, al entenderse que el hecho lesiona del mismo modo las normas concurrentes en su aplicación, por lo que el contenido del reproche queda cubierto en su integridad por una de las normas concurrentes en la aplicación. Cual sea la norma aplicable la proporcióna el artículo 8 del Código penal. En el concurso ideal de delitos, por el contrario, nos encontramos ante un único hecho que agrede dos bienes jurídicos con dos posibles subsunciones, de modo que para cubrir todo el injusto previsto en la norma es preciso a su doble punición con una regla específica en la aplicación de la pena.

El hecho probado, al declarar la intención de la mujer de dar muerte a su marido para lo que, tras diversas visicitudes, prende fuego al garaje donde se encontraba inconsciente, admite, en principio, la doble subsunción del delito de incendio con riesgo para la vida y el delito de asesinato, pero es este último el aplicable pues la previsión del resultado que presenta el delito de resultado frente al potencial peligro hace que éste quede absorbido por el asesinato.

Procede, consecuentemente estimar parcialmente este motivo y conformar un nuevo título de condena por delito de asesinato del artículo 139 del Código penal a la pena prevista para el delito intentado en su mitad superior por la concurrencia de la circunstancia de agravación de parentesco. Procede imponer la pena de 14 años de prisión, atendiendo a la gravedad del hecho probado la escenificación del crimen proyectado y el grado de ejecución alcanzado, y la culpabilidad que en el mismo se declara.

(Sentencia de 20 de marzo de 2003)

*Animus necandi: criterios para su inferencia; existencia: ataque de varias personas en grupo propinándole numerosas patadas en la cabeza y partes más sensibles del cuerpo. Autoría conjunta*

Tercero.—Una vez examinados los motivos que han sido formalizados por quebrantamiento de forma, se examinarán los demás, por infracción de preceptos constitucionales o infracción de ley, siguiendo el orden de los respectivos recursos, comenzando por los interpuestos por los condenados.

Recurso de Gaspar:

En el primer motivo del recurso, al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim., alega la aplicación indebida del artículo 139 del Código penal, pues entiende que no

concorre la alevosía, pues las víctimas se percatan de que va a producirse una acción violenta y porque las manifestaciones de la víctima al iniciarse los hechos demuestran que aceptó una posible riña.

Dispone el artículo 22.1.<sup>ª</sup> del Código penal que es circunstancia agravante «ejecutar el hecho con alevosía» y que hay alevosía «cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido».

De acuerdo con esta definición legal, para apreciar la alevosía, es necesario, en primer lugar, un elemento normativo consistente en que se trate de un delito contra las personas. En segundo lugar, que el autor utilice en la ejecución medios, modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurarla mediante la eliminación de las posibilidades de defensa, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad. En tercer lugar, que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Y en cuarto lugar, que se aprecie una mayor antijuridicidad en la conducta derivada precisamente del *modus operandi*, conscientemente orientado a aquellas finalidades (STS de 7 de noviembre de 2002).

De lo antes expuesto se entiende que la esencia de la alevosía se encuentra en la existencia de una conducta agresora que tienda objetivamente a la eliminación de la defensa. Como señalábamos en la STS de 19 de octubre de 2001, el núcleo de la alevosía se encuentra en el aniquilamiento de las posibilidades de defensa; o bien en el aprovechamiento de una situación de indefensión, cuyos orígenes son indiferentes (STS de 13 de febrero de 2001). De manera que así puede ocurrir tanto cuando la situación de indefensión se crea por el agresor para asegurar la ejecución e imposibilitar la defensa, como cuando una situación de objetiva indefensión se aprovecha deliberadamente para el mismo fin de asegurar la ejecución, en la confianza de que será imposible o muy difícil que el agredido se defienda (STS de 4 de febrero de 2000).

Una de las modalidades de ataque alevoso es el realizado por sorpresa, de modo súbito e inopinado, imprevisto, fulgurante y repentino (STS de 13 de marzo de 2001 y las que se citan en ella). En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él, al menos en la medida de lo posible. Esta modalidad de la alevosía es apreciable en los casos en los que se ataca sin previo aviso. También reviste este carácter cuando, aun habiendo mediado un enfrentamiento, se produce un cambio cualitativo en la situación (STS de 13 de febrero de 2001, ya citada), de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, no podía ser esperada por la víctima en modo alguno en función de las concretas circunstancias del hecho.

Especial consideración merecen los supuestos de ataques realizados por un grupo de personas, más o menos numeroso, contra otra u otras, que no tienen motivos razonables para esperar el empleo de una tal clase de violencia contra ellos, haya habido o no algún contacto previo, visual, verbal o de otro tipo. En estos casos, y sin perjuicio del examen de cada supuesto en particular, aun cuando la víctima hubiera podido apreciar algún indicio de la acción agresora, es precisamente la absoluta irracionalidad del ataque lo que lo hace inesperado, de tal forma que se anulan las posibilidades de defensa, ya limitadas por las propias características del ataque en grupo, lo que es aprovechado conscientemente por los agresores. En algunas ocasiones (STS de 11 de julio de 1991) se ha hecho mención a un principio de confianza, refiriéndose a situaciones en las que no hay razón para que la víctima deba esperar un

ataque que pudiera precisar de la organización de alguna clase de defensa; lo cual, aunque está más relacionado con la modalidad llamada proditoria o de traición, no es ajeno al ataque por sorpresa, ni tampoco a estos supuestos de ataques realizados en grupo contra otra u otras personas que circulan por las vías públicas confiadas en la inexistencia de motivos para ser gravemente agredidas. En otras (STS de 2 de enero de 2003), se ha considerado alevoso un ataque realizado por un grupo contra una persona que caminaba por la calle, acercándose a él en actitud provocativa, a pesar de lo cual el Tribunal entendió que la víctima no pudo prever que iba a ser objeto de una agresión que, por ello, fue calificada de súbita e inesperada. Y, en otras, la Sala afirmó que es «el propio carácter irracional, absurdo e inmotivado del ataque lo que refuerza el efecto sorpresa, provocando la absoluta indefensión de la víctima, e integrando la alevosía» (STS de 29 de diciembre de 1995).

En todos estos supuestos, la víctima no puede reaccionar ante el ataque al verse sorprendida por el agresor, lo que éste conoce y aprovecha, y es esta situación de indefensión lo que hace que la acción pueda ser calificada como alevosa.

En los hechos probados de la sentencia, que deben ser respetados en su integridad dada la vía casacional elegida, se describe precisamente un suceso de esta clase, en el que tiene lugar un ataque del grupo integrado por algunos de los procesados contra otras tres personas, las cuales, después de salir de la discoteca al cerrar ésta, se disponían a subir a su coche con la intención de abandonar el lugar, sin que hubiera mediado entre ellos enfrentamiento alguno. El ataque, caracterizado por la inexistencia de motivos previos, se describe en el relato fáctico como «súbito e inesperado», de tal manera que Álvaro, mientras sus dos amigos conseguían introducirse en el vehículo, «sólo tuvo tiempo de gritar qué más queréis, encima que os devolvemos la cazadora, instantes antes de que el menor Marcelino propinara al citado Álvaro un fuerte puñetazo en la cara». «A partir de ahí» sigue diciendo el relato fáctico de la sentencia, «en una secuencia rápida, formando cerco alrededor de Álvaro, el grupo integrado por Jesús Manuel, Sergio, Gaspar, Javier, Diego y el propio Marcelino, la emprendieron a puñetazos y patadas con Álvaro, en secuencia ininterrumpida, al que dichos procesados, una vez abatido y en el suelo, en posición de cúbito supino, manteniendo el cerco, siguieron golpeando con gran intensidad por diversas partes de su cuerpo, incluso pisándolo en algún momento, dirigiendo deliberadamente los golpes hacia zonas sensibles del mismo, tales como la cabeza, el cuello, el abdomen y testículos, con intención de acabar con su vida, tal como aconteció».

Con independencia de las inferencias o juicios de valor contenidos en el anterior relato, cuya razonabilidad se desprende de los propios términos de la relación de hechos además de aparecer correctamente explicadas en la fundamentación jurídica de la sentencia, de la descripción anterior puede fácilmente extraerse, no sólo el carácter brutal de la agresión, sino además su carácter gratuito, carente de cualquier explicación mínimamente aceptable, lo que hace que desde cualquier punto de vista haya resultado inesperado y sorpresivo para quienes son agredidos, los cuales de ninguna forma podían esperar un ataque por parte del grupo de los procesados y, menos aún, de la intensidad y bestialidad del realmente ejecutado por éstos.

Es cierto que en el hecho probado se relata un mínimo incidente inmediatamente anterior. Uno de los procesados había sustraído en la discoteca una cazadora que depositó junto a las ruedas de uno de sus vehículos (habían llegado al lugar distribuidos en varios coches). Al llegar al aparcamiento el grupo de los agredidos, uno de ellos, Raúl, al observar la cazadora en el suelo junto a un vehículo cercano al que ellos ocupaban, la cogió y miró en los bolsillos. En ese momento se acercaban los procesados y al apercebirse de que la cazadora estaba en manos de Raúl, uno de ellos dio la voz de «nos roban» o «nos están robando», ante lo cual la mayoría echó a correr hacia el punto donde se encontraba Raúl, quien, «sin mediar ningún tipo de pelea o forcejeo

previo» se desprendió de la cazadora lanzándola hacia uno de ellos al tiempo que se introducía en el coche.

El recurrente se basa en estos elementos del hecho para sostener que los agredidos estaban prevenidos ante el ataque subsiguiente y que, por lo tanto, no es posible apreciar la alevosía.

Sin embargo, la situación descrita y el limitadísimo intercambio de palabras habidas entre los integrantes de ambos grupos, no pueden considerarse como suficientes para entender que los agredidos debieran o, al menos, pudieran esperar cualquier ataque de los procesados y que por ello no estaban desprevenidos, pues, como ya hemos señalado, en las circunstancias descritas, sin ninguna clase de enfrentamiento previo, ni siquiera verbal, no es razonable esperar una agresión física de entidad, como a pesar de ello ocurrió. El primer golpe, «un fuerte puñetazo en la cara», y los que le siguen resultan inesperados en la forma en la que se producen, de la que cabe destacar, una vez más, además de su rapidez, su carácter especialmente brutal.

La sentencia impugnada sigue describiendo los hechos probados, ahora en relación a otro de los jóvenes agredidos, y declara que «en ese mismo contexto y dinámica de ataque mortal contra Álvaro, sin que se fraccionara esa rápida secuencia muy poco antes iniciada, coordinadamente, dentro de esa misma mecánica de actuación intensamente agresiva, ágil y súbita, se dirigieron también contra Luis Francisco, rodeándole, cuando en esos momentos intentaba salir de su vehículo».

A los efectos de apreciar la alevosía también en esta segunda fase del ataque es determinante la no interrupción de la agresión, que, una vez iniciada, progresa sin solución de continuidad y en un breve lapso temporal, desde uno de los atacados hasta el otro, cuando este segundo intenta salir del vehículo en el que ya había conseguido introducirse al acercarse los procesados. La indefensión que hemos apreciado en el joven en quien se concreta inicialmente la agresión, debida a las características del ataque, inesperado, rápido, especialmente brutal y ejecutado conjuntamente por un grupo de personas, es igualmente extensible al segundo joven en esta fase de los hechos.

Por lo expuesto, el motivo se desestima.

Cuarto.—En el segundo motivo de su recurso, también al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim., denuncia la infracción, por aplicación indebida de los artículos 139 y 16 del Código penal, en relación a los hechos que afectan a la agresión realizada contra Luis Francisco, pues entiende que no está acreditado el ánimo de matar. Afirma el recurrente que ningún dato objetivo puede conducir al juzgador a la certeza de la concurrencia del citado ánimo, y resalta la escasa entidad de las lesiones.

Como ya hemos dicho en algunas ocasiones (STS de 1 de julio de 1997), «la intención pertenece al mundo personal, subjetivo e interno» y, por ello, salvo los casos muy excepcionales, por otra parte en que el propio interesado lo confiese y su confesión deba ser aceptada tras su examen crítico, debe ser puesta de relieve por medio de una operación mental compleja sobre las bases de unos datos plurales, objetivos, externos y debidamente probados en la causa, que a través de normas de experiencia llevan a la certeza moral de la concreta intención, elemento finalista de la conducta.

El ánimo de matar, como elemento interno, es por lo tanto difícil de acreditar mediante prueba directa. Lo habitual es tener que acudir a distintos elementos externos, debidamente probados, para, a través de un razonamiento lógico, inferir su existencia. Esos elementos pueden ser variados, aunque su valoración ha de partir de la existencia de una conducta agresiva, cuyas características puedan suscitar alguna duda en orden a la intención atribuible al sujeto en el momento en que actúa. Entre ellos se han señalado el arma o instrumento empleado; la intensidad de los golpes o la fuerza con que son ejecutados; el lugar o zona del cuerpo al que van dirigidos, y su

reiteración. Datos todos ellos de especial trascendencia para construir la inferencia acerca del *animus necandi*.

Al lado de ellos, las relaciones anteriores entre agresor y agredido, especialmente la existencia de amenazas; los actos simultáneos a la agresión, concretamente, las expresiones proferidas; la conducta posterior a la agresión, entre otros, constituyen otros tantos aspectos a tener en cuenta. En este sentido, en la STS de 26 de septiembre de 2000, decíamos: «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».

En el caso actual, el recurrente no discute la existencia del ánimo de matar en cuanto a los hechos calificados como constitutivos de un delito de asesinato consumado, sino exclusivamente respecto al asesinato intentado. Respecto del primero, los hechos consisten, en síntesis, en una agresión perpetrada por un grupo de personas que tras golpear a otra y tirarla al suelo, continúan propinándole patadas en todo el cuerpo hasta causarle lesiones que le producen la muerte.

No existe diferencia sustancial entre una y otra agresión. El hecho probado describe cómo los procesados, cuando Luis Francisco trataba de salir del automóvil, sin solución de continuidad con la agresión ejecutada contra Álvaro, «manteniéndose esa forma de maniobra atacante combinada, sin darle tiempo a reaccionar, justo cuando abría la puerta del conductor por la que salía, se abalanzaron sobre él los que contra su persona directamente acometieron, dándole puñetazos en la cabeza y en la cara, hasta el punto de que cuando intentaba huir por la parte delantera del coche, aprovechando que cayó al suelo, también con intención de acabar con su vida, continuaron dándole patadas en la cabeza. No obstante, Luis Francisco logró incorporarse rápidamente y salir huyendo en dirección a la playa, siendo entonces perseguido...».

Es evidente, y el propio recurrente lo admite implícitamente, que en el primer hecho los procesados asumieron la producción de un resultado mortal que aparecía como seriamente probable dadas la intensidad y las características del riesgo creado con su acción, por lo que el mismo les es totalmente imputable. En el segundo hecho, la acción en nada se diferencia cualitativamente de la primera, pues la agresión progresa desde los golpes iniciales hasta que el agredido cae al suelo, y entonces continúa mediante patadas dirigidas a la cabeza, que sólo son interrumpidas a causa de la huida del agredido, que no llega a perder la conciencia a pesar de los golpes recibidos. De haberse producido un resultado mortal, les habría sido igualmente imputable, pues el riesgo creado es similar al del primer caso.

En atención a estos datos, nada hay de irrazonable o arbitrario en la inferencia realizada por el Tribunal, que, por el contrario, se ajusta perfectamente a las exigencias de la lógica y a las enseñanzas de la experiencia.

El motivo se desestima.

(...)

Noveno.—En el primer motivo de su recurso denuncia la aplicación indebida del artículo 29 del Código penal, pues entiende que su conducta no es la propia de un cómplice, afirmando en el motivo segundo que, en todo caso sería constitutiva de un delito de encubrimiento, que al no ser de un delito de homicidio, sería atípico. Afirma que se limitó a meterse en el coche esperando a que subieran los otros dos con los que había venido. Únicamente pudo apreciar un dolo genérico de agredir a los otros sin que hubiera ningún elemento que hiciera pensar en intenciones homicidas. Cuando alguien da la voz de alarma advirtiendo que se acercan otras personas, consumadas ya las agresiones, se aprestó a ayudar a sus amigos para abandonar el lugar. No hubo un acuerdo previo a las agresiones ni consta que los agresores actuaran sabiendo que les esperaba para huir. Su conducta es posterior a las agresiones, y al no resultar imputable el conocimiento de la intención homicida, los hechos serían atípicos.

Plantea el recurrente si su conducta puede ser calificada como complicidad o si, por el contrario, es una aportación posterior a la consumación de los hechos, lo que merecería una valoración diferente. En este segundo caso, niega que el dolo del recurrente abarque la intención homicida y por lo tanto, al no ser un encubrimiento de homicidio sería un acto atípico.

Según el artículo 29 del Código penal son cómplices los que no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos.

La complicidad es una forma de participación, por lo que es necesario que exista un hecho delictivo cometido por otro u otros.

Dejando a un lado la compleja distinción entre complicidad y cooperación necesaria, que no es preciso examinar aquí a los efectos del presente motivo de casación, y que delimita, diríamos que en su límite superior, el concepto, la doctrina ha entendido generalmente que la complicidad supone una aportación a la ejecución del hecho que, sin ser imprescindible, ha de ser de alguna forma relevante, de manera que suponga un favorecimiento o facilitamiento de la acción o de la producción del resultado. Esta aportación puede ser anterior o simultánea a la ejecución del hecho, pero siempre requiere la iniciación de los actos ejecutivos.

La jurisprudencia de esta Sala ha exigido la concurrencia de varios elementos, objetivos y subjetivos para que pueda apreciarse la existencia de complicidad.

Como elementos objetivos es preciso, en primer lugar, que exista un hecho típico y antijurídico cometido por otro u otros. En este sentido, según la doctrina de la accesoriadad limitada, el cómplice responde criminalmente aun cuando el autor quede exento de pena por una causa que excluya su culpabilidad.

En segundo lugar, se exige la aportación a la ejecución de actos anteriores o simultáneos, que deben caracterizarse por no ser necesarios para la ejecución, lo que nos introduciría en la autoría o en la cooperación necesaria, pero que, sin embargo, deben constituir una aportación relevante para su éxito. De un lado, por lo tanto, han de ser actos no necesarios, y así se habla en algunas sentencias de actos periféricos y de mera accesoriadad (STS de 28 de junio de 2002); de contribución de carácter secundario o auxiliar (STS de 13 de diciembre de 2001); de una participación accidental y no condicionante (STS de 10 de julio de 2001); o de carácter accesorio (STS de 29 de julio de 2002). De otro lado, ha de tratarse de una aportación o participación eficaz (STS de 24 de julio de 2002); de un auxilio eficaz (STS de 28 de junio de 2002), o de una contribución relevante (STS de 29 de julio de 2002).

Desde el punto de vista subjetivo, se exigen asimismo dos elementos. De un lado, un doble dolo. Es preciso que el sujeto conozca el propósito criminal del autor y que su voluntad se oriente a contribuir con sus propios actos de un modo consciente a la realización de aquél. En la STS de 27 de septiembre de 2002, afirmamos que es suficiente con que el dolo del cooperador sea de carácter eventual respecto del resul-

tado que pueda seguir a la acción voluntaria que ejecuta el autor, a cuyo éxito encamina el cómplice su aportación.

De otro lado, es necesario un concierto de voluntades, que, eso sí, puede ser coetáneo o sobrevenido, y puede adoptarse expresa o tácitamente (STS de 19 de febrero de 2001).

La sentencia impugnada, tras establecer que la persecución a Luis Francisco resultó frustrada, entre otras razones porque los acusados fueron advertidos de que se aproximaba al lugar algún posible testigo, declara probado que «concretamente, el procesado Augusto, quien no llegó a formar parte del grupo atacante por haberse introducido en su propio coche al inicio de los hechos más arriba descritos, fue uno de los que facilitó tal aviso mientras esperaba a que su amigo Marcelino y, el también conocido suyo, Jesús Manuel, volvieran al coche para poder marcharse del lugar».

Estos hechos probados deben valorarse teniendo en cuenta otros datos fácticos igualmente establecidos en la sentencia como probados, muy especialmente que el recurrente se encontraba en el lugar junto con los agresores materiales y que su vehículo se encontraba estacionado muy próximo al que ocupaban los agredidos, donde se desarrollan exactamente los ataques a éstos.

De estos hechos se desprende con claridad que el recurrente presenció el ataque desde una escasa distancia, y que permaneció en el lugar hasta su finalización en una actitud vigilante, como lo demuestra el hecho de que al aparecer otras personas da la voz de alarma tocando el claxon de su vehículo y procediendo a recoger a aquellos atacantes que se habían trasladado hasta el lugar ocupando el vehículo que él conducía, dándose entonces a la fuga. No se trata de una mera actitud pasiva que sólo sufriendo modificación para ayudar a huir a los autores una vez consumadas las agresiones, sino que su actitud supone una aportación simultánea al hecho delictivo, orientada a asegurar a quienes lo ejecutan un medio útil de huida. Tal clase de conducta, en cuanto aporta un elemento de seguridad a los autores de los hechos durante la ejecución de éstos, ha sido considerada por la doctrina de esta Sala como suficientemente relevante para dar lugar a responsabilidad criminal a título de autor por cooperación necesaria o de complicidad, en función de las características del hecho.

Por otra parte, el recurrente presenció desde el lugar donde se encontraba, a escasa distancia, tanto el inicio como la ejecución completa de ambas agresiones, de las que destacan por su brutalidad los momentos en los que las víctimas, ya en el suelo, son rodeadas y pateadas fuertemente por el grupo de agresores. Esa clase de ataque no puede excluir, sino al contrario, un resultado como el producido y, por lo tanto, la aportación del recurrente, que en ningún momento interviene para interrumpir o moderar la agresión, se realiza aceptando implícitamente el resultado probable de la acción de los autores del hecho, al cual no puede después considerarse ajeno.

El motivo se desestima, lo que da lugar por las mismas razones a la desestimación del motivo segundo, en el que se sostiene que la calificación correcta sería la de encubrimiento, que a su vez, sería impune al no alcanzar al delito de homicidio. La calificación de la conducta del recurrente como complicidad excluye la posibilidad de considerarla propia de un delito de encubrimiento.

Décimo.— En el tercer motivo del recurso, alega vulneración de la presunción de inocencia. Entiende que no se ha probado el doble dolo del cómplice. Examina la posible prueba indiciaria y concluye que los indicios no avalan la existencia de un pacto o acuerdo anterior o simultáneo a los hechos.

El dolo es un elemento interno que debe resultar acreditado por la vía de una inferencia del Tribunal construida sobre datos fácticos suficientemente acreditados. La impugnación de su existencia permite comprobar la prueba sobre los datos fácticos

de apoyo y la racionalidad del proceso intelectual que ha concluido en la afirmación del aspecto necesitado de prueba.

Como ya se desprende de lo anteriormente afirmado, es perfectamente racional afirmar que el recurrente conocía no sólo la realidad del ataque, sino sus características concretas, pues llegó al lugar junto con los agresores materiales; inició la carrera con ellos hacia el lugar donde se encontraban los agredidos; se introdujo en su vehículo que estaba estacionado muy cerca del lugar de la agresión, y permaneció en el mismo mientras la agresión se ejecutaba, en una actitud lo suficientemente vigilante como para percatarse del peligro que para los agresores suponía la presencia de posibles testigos, dando la voz de alarma y recogiendo a dos de los atacantes para darse rápidamente a la fuga con ellos.

El motivo se desestima.

(Sentencia de 8 de septiembre de 2003)

*Asesinato (concurrencia de ensañamiento) con agravante de abuso de superioridad. Existe abuso de superioridad cuando se da una situación objetiva de prepotencia, al aprovechar el autor su poder físico y anímico, el uso de un arma muy peligrosa y el hecho sorpresivo de sacar la navaja que llevaba escondida en el calcetín, produciendo de ese modo, un evidente desequilibrio entre el atacante y las tres mujeres atacadas*

Primero.—El inicial motivo de casación se ampara en el artículo 849.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por error de hecho en la apreciación de la prueba y por indebida aplicación del artículo 139 del Código penal.

En realidad, más que impugnar a través de un error de hecho en su conjunto el referido artículo 139 del Código, lo que aquí se pretende es tratar de demostrar la inexistencia de la agravante específica del ensañamiento que en este caso califica la muerte de la víctima como un delito de asesinato y no de simple homicidio.

Para ello se alegan los informes periciales de los médicos forenses doña C. B. y don S. G., ya que la primera, en su declaración prestada en el acto del juicio oral, manifestó que la muerte de la señora L. se produjo de forma rápida, tardando en morir pocos minutos. El segundo afirmó, también en el plenario, que el acusado presentaba un trastorno adaptativo y que podría darse un breve episodio psicótico que podría prolongarse días o una semana.

Obvio es decir que estos dos informes periciales, aunque los entendiésemos con la naturaleza documental que requiere el pretendido error, no sirven para desvirtuar el acuerdo del Jurado al responder a la alternativa e) del Hecho Primero del cuestionario del Objeto del Veredicto cuando por unanimidad (9-0) se dice que «D. G. P. propinó a doña G. L. once cortes o puñaladas y multitud de golpes violentos, entre ellos una patada que causó a ésta el arrancamiento de un diente incisivo central y del diente incisivo lateral superiores izquierdos, buscando con todo ello, además de la muerte, aumentar innecesariamente el dolor de la víctima». Y decimos que esos dos informes carecen de virtualidad para desvirtuar este acuerdo porque el primero, el de la señora B., amén de que está sacado de contexto, nos viene a indicar que la muerte se produjo al cabo de pocos minutos, tiempo éste suficiente para poder el acusado causar a su víctima padecimientos que aumentasen su dolor. El segundo, el del señor G., en esta parte de su dictamen nada tiene que ver con el problema de si en la acción existió o no ensañamiento, al referirse a la situación psíquica del procesado que, por cierto, dio lugar a la aplicación de una atenuante analógica.

En contra de la pretensión recurrente hemos de decir lo que sigue:

a) El problema principal que siempre surge cuando trata de determinarse la existencia de la agravante de ensañamiento, ya sea en su vertiente de genérica del artículo 22.5.<sup>a</sup> del Código penal, ya sea en su acepción de específica (una de las calificadoras del asesinato) del artículo 139.3.<sup>a</sup> del mismo texto, es el de poder concretar si las acciones que componen esa agravación fueron realizadas con anterioridad a la muerte de la víctima, pues si lo fueron con posterioridad no puede aplicarse habida cuenta que como tradicionalmente se ha dicho de forma muy expresiva en el ámbito médico-forense, «el cadáver no sufre». En el caso concreto, de la prueba pericial forense a que antes hemos hecho referencia examinada en su conjunto (y no parcialmente como hace el recurrente) así como de una prueba tan trascendente en estos casos como es el informe de autopsia, se llega a la evidencia de que la única acción mortal consistente en un navajazo que penetró en la cavidad torácica seccionando de forma completa la arteria pulmonar, fué la última de las causadas a la víctima, de tal manera que las múltiples cuchilladas y golpes que le fueron propinados con gran violencia y deterioro físico lo fueron con anterioridad, lo que necesariamente, y en pura lógica, tuvo que producir gran sufrimiento al sujeto pasivo de la acción aunque fuera por corto plazo de tiempo.

b) El elemento subjetivo de la intencionalidad, hay que inferirlo necesariamente, según lo hicieron la Sala de instancia y el Tribunal Superior de Justicia, de la actividad depredadora desarrollada por el acusado con tantos golpes y cuchilladas inicialmente innecesarios para causar la muerte y que según descripción reflejada en la narración fáctica consistieron nada menos en once cortes de arma blanca y multitud de golpes que propiciaron el «arrancamiento del diente incisivo izquierdo central y del diente incisivo lateral».

Se desestima el motivo.

Segundo.—El correlativo tiene su sede en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida aplicación del artículo 22.2 del Código penal en cuanto define la circunstancia agravante de abuso de superioridad.

En defensa de esta pretensión se alega, en primer término, que los hechos se produjeron con motivo de una discusión que desembocó en una pelea en la que, además, intervinieron las dos hijas del matrimonio, ambas adultas. En segundo lugar se dice que al condenar al acusado como autor de un delito de asesinato, se deben englobar los elementos típicos sin que se puedan aplicar doblemente, entendiendo que no cabe una agravante que ya está penada en el tipo delictivo.

Respecto a esto último, el argumento carece de una mínima posibilidad impugnatoria, ya que:

a) El abuso de superioridad, aunque tenga la naturaleza jurídica de una alevosía incompleta o menor, no está comprendida en ninguno de los apartados del artículo 139 del Código penal, y la sentencia recurrida lo que apreció no fue una agravante específica calificadora del asesinato, sino simplemente una agravante genérica del artículo 22.

b) Aunque pudiera entenderse a efectos puramente dialécticos que estemos en presencia de alevosía, la conclusión sería la misma, pues el artículo 140 del Código admite expresamente la posible existencia de más de una de las tres agravaciones que definen el asesinato, con la consecuencia perjudicial para el reo de poder elevarse la pena hasta los veinticinco años de prisión.

En cuanto a lo primero, el abuso de superioridad nace de una situación objetiva de prepotencia del agresor respecto de sus víctimas si tenemos en cuenta su mayor complejión física, el uso de un arma muy peligrosa y también el hecho sorpresivo de

sacar la navaja que llevaba escondida en su calcetín, todo lo cual debilitó necesariamente, aunque no la anulase, la defensa que pudo hacer la víctima a quien se colocó en un evidente plano de desigualdad y, por ende, de prepotencia al agresor. Así lo entendió el Jurado al declarar probado que el acusado se aprovechó de su poder físico y anímico que produjo un evidente desequilibrio entre el atacante y las tres mujeres atacadas.

Se rechaza el motivo.

(Sentencia de 22 de diciembre de 2003)

## ARTÍCULO 142

*Homicidio por imprudencia grave. Existencia: portero de discoteca con fuerte complejión física que empuja brutalmente a persona casi inerte, provocándole caída y golpe en la cabeza contra el suelo. Relación de causalidad: la tardía asistencia médica no interrumpe el nexo entre la acción y el resultado; existencia de imputación objetiva*

Segundo.—En el motivo 1.º, al amparo de los artículos 852 LECrim. y 5.4 LOPJ, se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE.

Se dice que las lesiones se produjeron por una simple caída al suelo del luego fallecido, provocada por el estado de embriaguez en que se encontraba, se aduce que no hubo prueba alguna del empujón por parte del acusado, se razona sobre la prueba pericial practicada respecto de las causas de la muerte se pretende que ha de prevalecer el informe emitido por los dos peritos de la defensa y se añade que, en todo caso, tenía que haberse excluido la imputación objetiva de dicho fallecimiento respecto de la conducta de David como consecuencia de la tardía asistencia médica que se le prestó.

En realidad todas estas cuestiones quedaron resueltas, y con prueba razonablemente suficiente, por el veredicto del Jurado, junto con la sentencia del Magistrado-Presidente, luego ampliada en sus razonamientos por la dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Veámoslo:

A) La cuestión más importante es la relativa a si David empujó o no a Juan Antonio. En este trámite no tenemos otra opción que la afirmativa, a la vista del contenido del veredicto y de la prueba utilizada por los jurados como respaldo de su pronunciamiento de culpabilidad.

Según consta en el acta correspondiente (folios 288 y ss. de las actuaciones del Tribunal del Jurado) sólo fueron votados a favor con la mayoría necesaria los hechos 6.º, 7.º y 8.º del apartado I del objeto del veredicto, por siete votos contra dos, los que luego tuvo en cuenta el Magistrado-Presidente para confeccionar el relato de los hechos probados.

El objeto del veredicto quedó conformado tal y como lo propuso inicialmente el Magistrado, pues una leve corrección propuesta por el Ministerio Fiscal y las partes acusadoras fue denegada, mientras que las defensas nada objetaron al respecto.

Así pues, aprobado el veredicto por el jurado, nada podía ya objetarse sobre el contenido de los hechos probados, salvo lo relativo a la presunción de inocencia, precisamente lo que constituye el objeto de este motivo 1.º.

Pero las objeciones aducidas aquí por el recurrente y por el responsable civil que se adhirió al recurso, que fueron ya debidamente rechazadas en la sentencia dictada en apelación, también han de serlo en este trámite de la casación.

Bastaría simplemente con remitirnos a lo que nos dicen las sentencias del Tribunal del Jurado y del Tribunal Superior de Justicia para fundamentar la desestimación de este motivo 1.º. Pero algo hay que decir aquí.

Sobre el empujón de David a Juan Antonio no hay prueba directa. Aunque allí había tres personas, la víctima nada pudo decir por el estado precomatoso y luego comatoso en que quedó tras el golpe; Jorge, el compañero del acusado no vio el momento de la caída al suelo de la víctima, pues se había desentendido del asunto al considerar que ya no le necesitaba David y caminaba algo delante; y el acusado siempre negó tal empujón.

Hubo una prueba de indicios que se articula por el Magistrado-Presidente y por el Tribunal de Apelación sobre la base de lo que consta en el acta del veredicto, en su apartado final, donde los jurados concretan la prueba utilizada para formar su convicción, que explicamos a continuación:

1.º Sin duda alguna, el indicio fundamental para acreditar la realidad de ese empujón lo constituye la prueba pericial consistente en las declaraciones hechas en el juicio oral por los médicos forenses doña Amparo Arroyo Fernández y doña Claudina Vidal Gutiérrez, quienes dejaron claro su criterio de que una caída simple, como la pretendida por las defensas, con embriaguez o sin ella, no habría podido producir unas lesiones de tanta gravedad como las que llevaron al fallecimiento de Juan Antonio: tuvo que existir un empujón u otra fuerza importante. Así lo dijeron en tal acto solemne.

Cierto que, como dicen el recurrente y la parte adherida, en el mismo acto pericial del juicio oral declararon también los médicos propuestos por la defensa, quienes afirmaron y razonaron sobre la posibilidad de que esas lesiones de Juan Antonio se hubieran producido por la mera caída de éste contra el suelo sin necesidad de que nadie utilizara fuerza alguna contra su persona.

Hay, pues, una diversidad de criterios entre los peritos; pero ello no ha de conducir al supuesto del *in dubio pro reo* como pretende el escrito del recurrente (p. 18), de modo que el Tribunal tuviera que acoger de las dos peritaciones formuladas aquella que fuera más favorable al acusado. En tales supuestos el órgano encargado de valorar la prueba, en este caso el Jurado, es quien tiene que decir qué dictamen considera más adecuado para resolver el problema. Y sólo si el propio órgano manifiesta sus dudas sobre el hecho sometido a la pericial, es cuando opera el mencionado principio *in dubio pro reo*. En las presentes actuaciones tal no ocurrió. El Jurado, que pudo valorar las manifestaciones prestadas ante él, las del propio acusado, las de su compañero y los demás testigos que declararon sobre lo visto dentro de la discoteca y el comportamiento allí de David con Juan Antonio, así como la fuerza física de aquél, etcétera, teniendo en consideración, sin duda, el carácter de médicos forenses de las dos que como tales informaron en el juicio oral, habida cuenta de su inmediatez en relación al conjunto de la prueba practicada, no sólo de la pericial, el Jurado, repetimos, con todo este bagaje de elementos probatorios, sin duda difíciles de concretar siempre, y más aún cuando se trata de juzgadores no profesionales, estaba legitimado para conceder su crédito, como lo hizo, al dictamen de dichas señoras médicos, como podían habersele concedido a los propuestos por la defensa, o haber manifestado sus dudas al respecto.

Desde luego, nosotros ahora en casación no podemos hacer otra cosa que no sea el decir que nos parece razonable lo que hizo el Tribunal del Jurado y luego ratificó en apelación el Tribunal Superior de Justicia.

2.º Si a este indicio fundamental acreditado por la prueba pericial (una caída simple no puede producir lesiones tan graves), unimos el derivado de las declaraciones de Jorge, quien dijo que cuando oyó el fuerte golpe volvió la cabeza y vio que estaban los dos de frente, uno caído en el suelo (Juan Antonio) y el otro allí delante

(David), queda cerrado el razonamiento propio de la prueba indiciaria. Allí no había ninguna otra persona, fuera de David, que pudiera haber ejercido sobre Juan Antonio esa fuerza física importante que era necesaria para que la caída pudiera causar lesiones tan graves.

3.º Y si a todo esto unimos el dato de la fortaleza física de David, por éste reconocida (iba 4 o 5 días al gimnasio, hacía Tai-jitsu con categoría de cinturón azul y también pesas), queda plenamente justificada la suficiencia de esta prueba indiciaria como medio apto para acreditar que David empujó a Juan Antonio con la intensidad propia de tal fortaleza física.

En conclusión, con relación a este extremo, que es el esencial, hay que entender que hubo prueba de cargo justificadora de la afirmación que se hizo en el veredicto sobre la existencia de un empujón violento de David contra Juan Antonio.

B) Nos queda por ver aquí la serie de alegaciones que formulan el recurrente y la parte adherida en este motivo 1.º respecto de que transcurrieran dieciséis horas sin asistencia al lesionado desde que se produjeron los hechos iniciales hasta el traslado al hospital para el debido tratamiento facultativo.

Como ya hemos dicho al principio, también la cuestión quedó resuelta por el jurado al rechazar el punto 10.º del apartado I del veredicto. El Jurado rechazó por unanimidad el que tal tardanza en prestar la asistencia médica pudiera excluir la atribución del resultado de la muerte al empujón de David.

En las presentes actuaciones no estamos juzgando a Lourdes V. J., la compañera del fallecido que, creyendo que se iba a recuperar, lo llevó a casa en lugar de trasladarle al hospital, y allí le tuvo muchas horas dormido hasta que se dio cuenta de que ya no reaccionaba, siendo entonces cuando llamó a la ambulancia.

No sabemos lo que habría pasado si la asistencia médica hubiera sido inmediata, pero sí podemos afirmar que el hecho del fallecimiento de Juan Antonio se ha de imputar objetivamente al golpe recibido contra el suelo. Una tardía asistencia médica no puede, en el presente caso, eliminar la relación de causalidad entre aquel golpe inicial y el desenlace final. Esa acción peligrosa de David produjo la muerte. Dentro del ámbito del riesgo creado por tal conducta del acusado se produjo la muerte. No existió ninguna acción posterior que pudiera excluir tal imputación objetiva. La tardanza de Lourdes en llevar al lesionado al hospital carece de eficacia a los efectos de interrumpir el nexo entre el empujón de David y la muerte de Juan Antonio.

Ya dijo esta Sala en Sentencia de 17 de enero de 2001 lo siguiente:

«En los delitos de resultado, para solucionar los problemas de la llamada relación de causalidad, la doctrina actual acude al concepto de imputación objetiva, entendiéndose que hay tal relación de causalidad siempre que la conducta activa u omisiva del acusado se pueda considerar como condición sin la cual el resultado no se habría producido conforme a la tradicional doctrina de la equivalencia de condiciones o *condicio sine qua non*, relación que se establece conforme a criterios naturales que proporcionan las reglas de la ciencia o de la experiencia, estableciéndose después, mediante un juicio de valor, las necesarias restricciones acudiendo a la llamada imputación objetiva, que existe cuando el sujeto, cuya responsabilidad se examina, con su comportamiento origina un riesgo no permitido, o aumenta ilícitamente un riesgo permitido, y es precisamente en el ámbito de ese riesgo donde el resultado se produce, entendiéndose que no se ha rebasado ese ámbito cuando dicho resultado se estima como una consecuencia normal o adecuada conforme a un juicio de previsibilidad o probabilidad, porque debe estimarse que normalmente ese concreto resultado se corresponde con esa determinada acción u omisión sin que pueda achacarse a otra causa diferente, imprevisible o ajena al comportamiento del acusado (Sentencias de

esta Sala de 5 de abril de 1983, 1 de julio de 1991, y más recientemente la de 19 de octubre de 2000).

Cuando se producen cursos causales complejos, esto es, cuando contribuyen a un resultado típico la conducta del acusado y además otra u otras causas atribuibles a persona distinta o a un suceso fortuito, suele estimarse que, si esta última concuasa existía con anterioridad a la conducta del acusado, como pudiera ser una determinada enfermedad de la víctima, ello no interfiere la posibilidad de la imputación objetiva, y, si es posterior, puede impedir tal imputación cuando esta causa sobrevenida sea algo totalmente anómalo, imprevisible y extraño al comportamiento del inculpado, como sucedería en caso de accidente de tráfico ocurrido al trasladar en ambulancia a la víctima de un evento anterior, pero no en aquellos supuestos en que el suceso posterior se encuentra dentro de la misma esfera del riesgo creado o aumentado por el propio acusado con su comportamiento».

Tercero.—En el motivo 2.º, por la vía del núm. 1.º del artículo 849 LECrim., se alega infracción de Ley por aplicación indebida de los artículos 147.1 (delito de lesiones dolosas) y 142.1 (homicidio por imprudencia grave), al tiempo que inaplicación del artículo 621.2 (falta de homicidio por imprudencia leve).

Pese a la amplitud de los términos de tal encabezamiento, nada se dice en el desarrollo de este motivo 2.º sobre la existencia de delito de lesiones ni tampoco se pone en duda la realidad de una imprudencia en cuanto al homicidio. Tampoco se impugnan estos extremos en las alegaciones del responsable civil al adherirse al recurso del condenado. Sólo se refieren los dos escritos al tema de la imputación objetiva por el retraso en la prestación de la asistencia médica, ya tratado en el fundamento de derecho anterior, y a la cuestión de la gravedad de la imprudencia que es lo único que hemos de tratar aquí.

Tiene razón el recurrente en cuanto a que en nuestro Derecho positivo no hay módulos legales que sirvan para medir la intensidad de la imprudencia a los efectos de calificarla como grave (temeraria, decía el CP anterior) o leve (simple, según tal Código de 1973). Afortunadamente ya ha desaparecido esa categoría intermedia de «simple con infracción de reglamentos» del artículo 565 CP/1995, que tantos problemas suscitaba y permitía que imprudencias de rango menor pudieran castigarse como delitos.

Sin duda alguna, el criterio fundamental para distinguir entre ambas clases de imprudencia ha de estar en la mayor o menor intensidad o importancia del deber de cuidado infringido, ya que la infracción de tal deber constituye el núcleo central acerca del cual gira todo el concepto de imprudencia punible. Pero este criterio es demasiado genérico como para que pueda servir en los casos dudosos a los efectos de encuadrarlos en una u otra de tales dos modalidades.

La previsibilidad es un elemento inherente al mismo concepto de deber de cuidado. Sólo lo que es resultado previsible puede servir para afirmar que alguien ha omitido el deber de cuidado. Tal deber es inconcebible respecto de resultados no previsibles.

Se dice, y es cierto, que el nivel más alto de la imprudencia está en la llamada «culpa con previsión», cuando el sujeto ha previsto el resultado delictivo y pese a ello ha actuado en la confianza de que no habrá de producirse y rechazándolo para el supuesto de que pudiera presentarse. Aquí está la frontera con el dolo eventual, con todas las dificultades que esto lleva consigo en los casos concretos.

En el vértice opuesto se encuentra la culpa sin previsión o culpa por descuido o por olvido, en que el sujeto no prevé ese resultado típico, pero tenía el deber de haberlo previsto porque en esas mismas circunstancias un ciudadano de similares condiciones personales lo habría previsto. Es la frontera inferior de la culpa, la que separa del caso fortuito.

Aparte de las dificultades prácticas que, por lo general, se plantean para saber si una persona ha previsto o no un resultado que es consecuencia de su propio comportamiento, es lo cierto que tampoco este criterio sirve para distinguir la imprudencia grave de la leve, pues hay casos en los que la no previsión revela una conducta de desidia o abandono de sus deberes por parte del sujeto que hace especialmente reprochable su conducta y obliga a calificarla como imprudencia grave.

Hay que estar a las circunstancias del caso concreto. Son las que sirven de guía para calificar una conducta imprudente como grave o como leve. Y en este suceso que estamos ahora examinando entendemos que la cuestión está correctamente resuelta en la sentencia recurrida, la dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que en su fundamento de derecho 5.º funda su calificación como grave en que el acusado, por su complejión atlética y acostumbrado como estaba a repeler ataques, no calculó ni controló como debía el potencial lesivo del empujón que dio a Juan Antonio F., sujeto de complejión delgada. Ni siquiera el más descuidado de los vigilantes de seguridad habría actuado con esa violencia, nos añade. Tales apreciaciones aparecen corroboradas luego en el fundamento de derecho 9.º, cuando se razona sobre la necesidad de no imponer la pena en el mínimo legal permitido dos años y seis meses de prisión para elevarla a los tres años. Se habla de una víctima prácticamente inerte y sin capacidad de respuesta por su complejión y estado etílico, lo que revela una prepotencia consciente y un abuso deliberado y desproporcionado de su fuerza física, aludiendo finalmente a la irracionalidad, brutalidad y gratuidad del hecho.

Ciertamente, ya en la calle ambos, agresor y agredido, para la finalidad de la expulsión del local no era precisa violencia alguna a agregar a la ya utilizada para el traslado a la fuerza desde el interior de la discoteca donde fue cogido hasta la puerta de salida de emergencia. No era necesaria ya otra violencia, y menos realizarla con la brutalidad que quedó luego de manifiesto por las características de las lesiones sufridas que lo llevaron a la muerte.

Entendemos que con lo expuesto queda razonado que fue bien aplicado al caso el artículo 142.1 CP que sanciona el homicidio cometido mediante imprudencia grave.

También hay que desestimar este motivo 2.º.

(Sentencia de 4 de julio de 2003)

## ARTÍCULO 147.1

### *Lesiones psíquicas producidas por acoso sexual de Alcalde a Concejala: Inexistencia. Votos particulares en contra*

Octavo.—Daremos ahora respuesta casacional al recurso de N. F. , constituida como acusación particular en esta causa. Se formaliza por dicha acusación particular dos motivos de contenido casacional, ambos viabilizados por el cauce autorizado en el artículo 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero que plantean un mismo tema: la aplicación del artículo 147.1.º del Código penal, considerando que las lesiones psíquicas sufridas por la querellante son constitutivas de un delito tipificado en el precepto invocado, que se penalizaría en concurso ideal con el delito de acoso sexual por el que fue condenado I. A. en la instancia.

En función del cauce impugnativo elegido por la recurrente, es obligado el respeto más escrupuloso a los hechos declarados probados por la Sala sentenciadora. En los mismos, se describe la situación psicológica de N. F. , tras la primitiva comisión

delictiva, como de ansiedad y depresión, que forman un cuadro de trastorno adaptativo mixto de la personalidad, lo que le origina una baja laboral que se produce el día 22 de septiembre de 2000 y se prolonga durante 187 días. Ahora bien, el Tribunal de instancia termina por consignar en el *factum* lo siguiente: «*la duración del tratamiento y el tiempo real que estuvo impedida para sus ocupaciones, no aparece exactamente acreditado y existen discrepancias, no esenciales, en el diagnóstico de la enfermedad que padeció Nevenka F.*».

Tal expresión fáctica no permite, en consecuencia, la estimación del motivo; primeramente, porque no se ha determinado con la suficiente exactitud ni el diagnóstico de su ansiedad, ni su duración, ni siquiera el tratamiento médico necesario para su curación: en ningún momento la resolución judicial recurrida se refiere a ese tratamiento, con una mínima especificación, por lo que al preguntarnos por dicho tratamiento, la respuesta negativa nos debe llevar inexcusablemente, como así sucedió en la sentencia de instancia, a la absolución del acusado al faltar tan ineludible componente fáctico, que no puede ser «recreado» en contra de reo; en segundo lugar, porque tales consecuencias psíquicas son ordinariamente secuelas derivadas de la acción delictiva, indemnizables como tales como responsabilidad civil inherente al delito, y en el caso, se cifró el alcance cuantitativo por dicho concepto en la suma de 12.000 euros. Recientemente esta Sala, reunida en Junta General para la unificación de criterios, celebrada el pasado día 10 de octubre de 2003, trató el tema de las consecuencias punitivas ocasionadas en delitos relacionados contra la libertad sexual, cuando la víctima de los mismos sufre, además del ataque contra su indemnidad sexual, una lesión psíquica, que podría integrar un delito autónomo, que se penalizaría en concurso delictivo, o bien podría ser considerado una consecuencia directa de la acción del autor, en tanto que un ataque de esas características conlleva ya de ordinario una lesión etiológicamente inmersa en el mismo que quedaría englobado en el propio desvalor de la acción, no siendo sus consecuencias más que indemnizables por la vía de responsabilidad civil. Esta última posición fue la dominante en citada Sala General que acordó que «las alteraciones psíquicas ocasionadas a la víctima de una agresión sexual ya han sido tenidas en cuenta por el legislador al tipificar la conducta y asignarle una pena, por lo que *ordinariamente* quedan consumidas por el tipo delictivo correspondiente por aplicación del principio de consunción del artículo 8.3.º del Código penal, sin perjuicio de su valoración a efectos de la responsabilidad civil». El mencionado acuerdo es trasposable, *mutatis mutandi*, al caso que ahora resolvemos, en tanto que la Sala sentenciadora en su fundamentación jurídica, completando el relato factual de su resolución, vuelve a insistir sobre la poca consistencia probatoria con la que construir un delito de lesiones psíquicas, y así dice: «Necesitaríamos saber con certeza cuál ha sido el mismo [se refiere al resultado típico correspondiente a un delito de esa clase de lesiones] y además tener seguridad sobre la relación de causalidad entre la acción y el resultado producido», y ni siquiera aparece claro el mismo tratamiento médico, en tanto que dicho Tribunal se interroga por su verdadero alcance y existencia: «es *importantísimo* saber *cuál fue en concreto el tratamiento médico*, pues el tipo penal excluye los supuestos de pura y simple prevención u observación, ya que precisa la constancia con plena seguridad, de una intervención médica activa que objetivamente sea procedente, pues de otra forma quedaría en manos de la víctima la calificación del hecho». De forma, pues, que tales párrafos incluidos en la fundamentación jurídica, pero con plena y absoluta vocación fáctica, completan el relato histórico de la sentencia recurrida, e impiden tener por probado uno de los requisitos del tipo penal descrito en el artículo 147.1.º del Código penal, en tanto que ni siquiera el tratamiento médico (ni su relación causal) aparecen para la Sala sentenciadora como plenamente acreditados.

En definitiva, solamente resulta concluyente una secuela que ha sido correctamente indemnizada por la Sala sentenciadora en la suma de doce mil euros, a favor de la víctima, que aquí debemos mantener, y que no ha sido cuestionada.

En consecuencia, el recurso de la acusación particular no puede prosperar.

(Sentencia de 7 de noviembre de 2003)

#### VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SEÑOR D. JOSÉ M. MAZA MARTÍN

Con el máximo respeto que me merece la opinión mayoritaria de los miembros de este Tribunal, he de discrepar de la conclusión que por los mismos se alcanza en cuanto a la íntegra desestimación de los recursos formulados en las presentes actuaciones, tanto por el condenado en la instancia como autor de un delito de acoso sexual, como por la acusación particular en su pretensión de que los hechos constituyen un delito de lesiones de carácter psíquico, pues considero que procedería la estimación de ambos recursos y, por consiguiente, la absolución del primero de los referidos ilícitos así como la condena por el segundo, criterio que paso a fundamentar, con la brevedad propia de un voto particular unido a sentencia resolutoria de un Recurso de Casación, en los siguientes razonamientos:

Primero.—No me cabe duda alguna, como al resto de los integrantes de este Tribunal, acerca del acierto de los Jueces *a quibus* en su estricta tarea de valoración de los medios de prueba de los que dispusieron en el enjuiciamiento de la conducta del primer recurrente, el condenado en la instancia como autor de un delito de acoso sexual del artículo 184 del Código penal, en especial respecto de la credibilidad que les merece la versión ofrecida por la denunciante, y, por ende, coincido en el rechazo de todos los motivos del recurso de aquel que, directa o indirectamente, tienden a cuestionar el relato fáctico contenido en la Resolución de instancia.

Es, por lo tanto, a partir del respeto a la intangibilidad de esa narración y, en definitiva, a propósito de la subsunción de los hechos que la integran en la norma jurídica aplicada, en donde se ubica mi tan radical como respetuosa discrepancia con mis compañeros de Sala.

En efecto, he de iniciar señalando la importancia que me merece una cuestión como la que en este momento se somete a nuestro conocimiento, tanto por la oportunidad que ofrece al Tribunal, en su principal misión nomofiláctica y de unificación doctrinal, de pronunciarse sobre los criterios interpretativos de un tipo delictivo de tan difícil acceso a la casación, dada la entidad de su sanción, como por la complejidad que, sin duda, su regulación presenta en nuestra norma sustantiva, unido todo ello a los perfiles de grava tacha social que el castigo, sin duda con toda justicia cuando en realidad se hubiere cometido, comporta para su autor, a pesar de la relativa levedad punitiva consecuente al mismo.

Es por ello que debería comenzarse precisando que nos hallamos ante una figura delictiva de carácter pluriofensivo que si, de una parte, integra un verdadero ataque a la dignidad de la persona, al exigir que el autor con su «...*comportamiento provocar a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante...*», también requiere la significación de un atentado a la libertad sexual, aun cuando protegida en este caso con el adelantamiento de las barreras punitivas derivado de su caracterización como mero delito «de tendencia», no precisándose la producción de resultado alguno consumativo de la intención libidinosa, y por tanto de contenido sexual, ya que, en semejante supuesto, nos desplazaríamos hacia otras previsiones legales como las contenidas en los artículos 178 y siguientes del texto punitivo.

Así, mientras que para el resto de los ilícitos contra esa libertad sexual deviene, en general, bastante obvia la intención del autor de la conducta desde el mero examen de los contenidos de la misma, concretados en una determinada y explícita finalidad, en el caso del tipo que analizamos se impone un análisis más preciso de los verdaderos propósitos del sujeto activo, dados los significados equívocos que, en el terreno de las relaciones interpersonales, teñidas de un componente subjetivo, más o menos admisible, de afectividad, ciertas pretensiones o solicitudes pueden llegar a comportar.

Que la denunciante fue tratada de modo hostil por el recurrente no cabe duda alguna ante la lectura de los hechos declarados como probados por la Audiencia, aunque resulte más discutible la consideración de gravemente intimidatorio o humillante de ese trato, desde el punto de vista objetivo que la norma exige. Si bien sólo con la referida hostilidad, en los términos alternativos en los que el precepto está redactado, bastaría para tener por integrado este elemento típico. Que la finalidad de ese trato hostil, o más bien su causa, era la ruptura de una relación sentimental previa y el deseo de reanudación de la misma, parece que es algo que se desprende también del relato fáctico de la Resolución recurrida tanto como de la Fundamentación Jurídica que en ella se contiene.

Dentro de esos deseos de retorno a la situación anterior no puede tampoco discutirse que se encontraban los del mantenimiento de las relaciones sexuales interrumpidas. Y así, la Sentencia de instancia llega a afirmar literalmente que se producen entre el acusado y la querellante tensiones «... derivadas de la negativa de N. a continuar las relaciones sexuales...».

Pero igualmente es cierto que ésa es la única alusión a la posible concurrencia de ánimo libidinoso en la conducta del recurrente que, por otra parte, se ve incorporada a toda una serie de datos y manifestaciones que claramente indican que semejantes deseos se enmarcaban en un designio más amplio de regreso a una relación sentimental, en la que se inscribirían los contactos de contenido sexual.

Resulta por ello discutible, a la vista de tal narración de lo ocurrido, que estemos ante la mera solicitud «de favores de naturaleza sexual» a que se refiere el artículo 184 del Código penal para describir el tipo delictivo examinado.

Más aún cuando advertimos referencias a declaraciones de la propia querellante en las que unas veces alude a que el Alcalde la manifestaba que podían seguir manteniendo relaciones sexuales como amigos y, en otras, se dice que en realidad lo que tan sólo pretendía era volver a la vinculación sentimental.

Duda que nada aclara, por otra parte, la Audiencia en su Resolución, al omitir un estudio riguroso, en realidad ni tan siquiera el más elemental, de la concurrencia de los elementos típicos de la figura del acoso, lo que incluso podría haber conducido a la devolución de la Sentencia a ese Tribunal para su adecuada motivación en este extremo esencial, con acogimiento del motivo Cuarto del Recurso, en cuanto que plantea, por el cauce del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, del artículo 24.1 de la Constitución española, en relación con el 120 de la Carta Magna, ante la falta de motivación suficiente sobre la que se asienta la conclusión condenatoria alcanzada por el Tribunal *a quo*.

Considero, por consiguiente, inadecuado conforme a Derecho e incompatible con la literalidad del precepto penal, así como con el espíritu que guió al Legislador en la elaboración de la norma, extender el carácter punible de la conducta, en el supuesto del delito de acoso sexual, a quien pretende no la mera obtención de una satisfacción sexual, sino el restablecimiento de unas relaciones afectivas rotas, en las que se integra el elemento sexual junto con otros componentes de naturaleza afectiva y relacional.

Ello no significa, por supuesto y como más adelante comprobaremos, que la pre-existencia de esa relación, o la búsqueda de establecerla, haya de justificar cualquiera clase de comportamiento dañoso para la persona destinataria del deseo, pero sí el que nos hallamos fuera de los comportamientos reprochables desde la formulación del artículo 184 del Código penal.

Recordemos, a este respecto, que la simple agresión a la dignidad de una persona, sin la concurrencia de intencionalidad de naturaleza sexual ni de resultado lesivo concreto y siempre que sea realmente grave, se encuentra ya castigada, con pena de prisión de seis meses a dos años, en el artículo 173 del texto punitivo vigente, al referirse a quien «... infligiere a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral...».

Todo lo anterior máxime cuando tampoco, a mi juicio, se cumple, en el supuesto de autos, no sólo la vinculación jerárquica entre el querrellado y la querellante, miembros electos ambos de un órgano democrático municipal, sobre la que se sustenta la aplicación del supuesto agravado del artículo 184.2 que aplicó la Audiencia y ahora desautoriza esta Sala, sino ni tan siquiera el requisito legal, necesario para la presencia del tipo delictivo básico, relativo al ámbito de actividades en el que el delito, para ser tal, forzosamente ha de cometerse, cual es el de la «... relación laboral, docente o de prestación de servicios...».

Obviamente excluidas las vinculaciones laborales o docentes, se asienta la condena en la existencia de una relación «de prestación de servicios». Y afirmar que entre una Concejala electa y el Alcalde regidor de la Corporación municipal se dé esa clase de vinculación, de nuevo, en mi opinión, supone un forzamiento del recto sentido de los términos del precepto, incompatible con el debido respeto al principio de legalidad penal.

Todas las opiniones doctrinales al respecto, de las que tengo conocimiento, tienden a identificar esa mención legal con relaciones tales como las existentes entre los vinculados por cualquiera clase de arrendamientos de servicios, los empleados de hostelería con los huéspedes del establecimiento, los profesionales con sus respectivos clientes, los médicos con sus pacientes, etc., e, incluso, como algún autor llega a admitir, los voluntarios de ciertas organizaciones con los beneficiarios de las mismas, es decir, todas aquellas hipótesis que supongan asistencia de un sujeto a otro. Tan alejadas, evidentemente, del caso que nos ocupa, en el que querellante y querellado tan sólo se deben al servicio a los ciudadanos que les eligieron, en ningún caso a prestarse servicios recíprocamente.

Afirmar que una Concejala se encuentra vinculada al Alcalde por una «relación de servicios» es algo que, desde mi punto de vista, pugna con el sentido mismo de esa expresión, con la realidad, con la naturaleza de las relaciones propias de los miembros de la Corporación municipal, con lo que entiende, y ha entendido hasta hoy, cualquier lector de la norma, desde el simple ciudadano lego en Derecho hasta el profesional estudioso o comentarista del precepto, y, lo que es aún más importante, con la finalidad que el Legislador ha querido dar a esa frase, referida a un ámbito concreto de verdadera vinculación y dependencia entre los protagonistas del ilícito.

En definitiva, considero, en coincidencia por otra parte con el miembro del Tribunal *a quo* que emitió voto particular en discrepancia con la conclusión condenatoria de la Audiencia, que debería haberse estimado el motivo sexto y último del recurso del condenado en la instancia, formulado al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 184.1 y 2 del Código penal, procediendo, en consecuencia, su absolución por dicho delito.

Segundo.—Pero así mismo, al igual que hubiera debido estimarse el recurso del condenado en la instancia, con base en los argumentos dichos y con el alcance ya

expresado, también considero que merecería estimación el recurso de la acusación particular, cuando interesa la condena por un delito de lesiones psíquicas, del artículo 147 del Código penal, sufridas por la persona de la querellante.

Concurren para ello todos los elementos establecidos en la norma, a saber:

a) El empleo de medios o procedimientos por parte del acusado, hábiles para la causación de la lesión, en el amplio sentido en el que el propio precepto permite tener en consideración, cuando se refiere a «*cualquier medio o procedimiento*» y que, en el presente caso, consistieron en las actitudes y comportamientos, públicos y privados, tenidos por el querellado contra la recurrente, con desprecio reiterado a su dignidad y al respeto personal que merecía.

b) La indudable intención lesiva de esa conducta, motivada por la frustración causada por el rechazo manifestado por la víctima a proseguir la relación sentimental interrumpida y apoyándose además en el conocimiento, por su autor, de la fragilidad psíquica de la mujer, anteriormente puesta de manifiesto ante él.

c) El resultado consistente en menoscabo de la integridad mental de la querellante, debidamente constatado por los informes médicos obrantes en las actuaciones.

d) La necesidad objetiva de tratamiento médico-psiquiátrico dispensado a la lesionada para su curación, más allá de la primera asistencia o de la simple vigilancia o del mero seguimiento facultativo del curso de la lesión, al que igualmente se refirieron los peritos médicos.

e) La relación de causalidad, también pericialmente afirmada, entre la conducta del querellado y ese resultado lesivo padecido por la querellante.

Elementos todos ellos que no aparecen como consecuencia de nuestro examen del material probatorio, actividad que, como ya se dijo, no resultaría en ningún caso propia de este Tribunal de Casación, sino con la lectura de la literalidad de la intangible narración de los hechos probados contenida en la tesolución de instancia, en especial cuando en ella se dice que: «*En la actualidad N., recuperada de la depresión sufrida como consecuencia de los hechos expuestos, se encuentra trabajando en Inglaterra con total normalidad, ha remitido por completo el cuadro clínico diagnosticado y no persisten secuelas. El facultativo que ha informado expresamente sobre su sanidad manifiesta además, para el caso de que se consideren probados los hechos, un tiempo de tratamiento de 187 días, mismo tiempo que habría estado impedida para sus ocupaciones habituales. Dicha lesión habría requerido para su curación, primera asistencia facultativa seguida de tratamiento médico posterior (folio 1.403). Sin embargo, la duración del tratamiento y el tiempo real que estuvo impedida para sus ocupaciones, no aparece exactamente acreditado y existen discrepancias, no esenciales, en el diagnóstico de la enfermedad que padeció N. F.*».

Ante los confusos razonamientos y descripción de la Sentencia recurrida para concluir en la absolución de este ilícito, el texto de la Resolución de la mayoría de este Tribunal se apoya, para desestimar la pretensión condenatoria deducida en el recurso, como delito en relación con esas lesiones, en la falta de constancia de la necesidad de tratamiento médico del resultado, así como en la aplicación del principio de consunción, entendiéndose que el delito de acoso sexual, objeto de condena, englobaría ya, a causa de su menor entidad, el resultado lesivo en todo caso ocasionado, que no llegaría a constituir el delito invocado.

No puedo compartir semejante pronunciamiento al entender que los términos de la Sentencia de los Jueces *a quibus*, literalmente transcritos, son expresivos, con claridad, de la concurrencia de los elementos integrantes del delito, incluida la necesidad de tratamiento médico, aun cuando exprese dudas acerca de la duración del mismo, lo que tan sólo podrá tener repercusión en el aspecto indemnizatorio de los resultados de la infracción, que evidentemente también habrían de cuantificarse.

Es evidente que un trastorno diagnosticado, sin duda, como «depresión», que cursa durante meses, ostenta la suficiente entidad para requerir verdadero tratamiento psiquiátrico.

Teniendo ello como consecuencia, en todo caso, la aplicación del principio de consunción, en consonancia, por otra parte, con el reciente acuerdo alcanzado en esta materia en el reciente Pleno no Jurisdiccional de la Sala, de fecha 10 de octubre del presente año, en el sentido de englobar el delito, más leve, de acoso sexual, para el caso de que se considere también cometido, en el de mayor gravedad punitiva que no es otro que el de lesiones, inicialmente sancionado con pena privativa de libertad de seis meses a tres años.

Y debiendo salir al paso, igualmente, a la afirmación contenida en el voto particular unido a la Resolución recurrida, cuando su autor, a este respecto, sostiene que «... dado que del delito de lesiones, artículo 147.1, no se acusó de forma autónoma, sino como consecuencia del delito de acoso sexual, del que se ha negado su comisión, no es preciso, teniendo en cuenta lo expuesto, debamos pronunciarnos sobre el mismo», pues, como hemos intentado evidenciar, la ausencia típica del acoso no excluye la comisión del delito de lesiones.

#### VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SEÑOR D. DIEGO RAMOS GANCEDO

Por el presente expreso mi respetuosa discrepancia con la opinión mayoritaria de la Sala en relación con la desestimación del recurso interpuesto por la acusación particular que imputaba al acusado un delito de lesiones del artículo 147.1 CP. Y ello por las siguientes razones que expongo brevemente.

I.—Considero que en el caso objeto de enjuiciamiento por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, concurren todos los requisitos subjetivos y objetivos que tipifican la figura delictiva del mencionado precepto penal. Así, en la declaración de hechos probados se deja constancia de que la víctima de la conducta del acusado que tanto la sentencia de instancia como la de esta Sala de casación califican como delito de acoso sexual, sufrió una depresión psíquica «como consecuencia de los hechos expuestos» y que a la fecha de la sentencia «ha remitido por completo el cuadro clínico diagnosticado...» que la propia resolución especifica en la resultancia fáctica en los siguientes términos: «a finales de septiembre de 2000, la querellante, cuyo deterioro era notoriamente perceptible, no pudiendo soportar las presiones psicológicas sufridas, desaparece de Ponferrada, se traslada a Madrid y acude al Hospital Clínico de San Carlos, siendo atendida de urgencias el 25 de septiembre de 2000, por la psiquiatra doña Rosa María Molla Molto, que la diagnosticó trastorno adaptativo con estado de ansiedad en relación con un conflicto en medio laboral, recomendando la baja laboral. El 27 de septiembre, 5 y 8 de octubre y 24 de noviembre de 2000, la querellante acude a la consulta del psiquiatra de Ponferrada D. A. H. Casanova, quien la diagnosticó trastorno adaptativo mixto, expresando que la paciente no es un tipo de persona fabuladora. De igual modo desde el 12 de febrero de 2001 y en múltiples ocasiones posteriores acude al psicólogo J. A., quien también le aconseja la baja laboral que se hace oficialmente efectiva en fecha 22 de septiembre de 2000, ello conlleva la reducción de sus emolumentos, lo que en situaciones análogas no se había hecho con otro Concejal del mismo grupo».

De este modo, surge con toda evidencia el resultado lesivo y la objetivación de la necesidad de tratamiento médico para su curación, elementos requeridos por el tipo; así como, sin duda, la relación de causalidad necesaria entre el resultado típico y

la acción del acusado que genera dicho resultado. Y, en lo que atañe al elemento subjetivo, ninguna duda me cabe de que, asimismo, concurre el dolo requerido, al menos en su modalidad eventual, máxime cuando en el propio *factum* se hace constar «el deterioro notoriamente perceptible» de la víctima, quien «no pudiendo soportar las presiones psicológicas sufridas...» acude en busca de ayuda a los psiquiatras y psicólogos que se citan en el relato histórico.

II.—Por otra parte, no puedo compartir las razones en virtud de las cuales el TSJ no considera producido el delito de lesiones. La Sala de instancia alude a la «duda jurídica» que le embarga que fundamenta el pronunciamiento absolutorio, señalando que «pese a los documentados informes periciales cuya credibilidad está fuera de discusión y que constituyen la base de este proceso y de su sentencia, seguimos pensando, como ya se ha apuntado en la parte final de la declaración de los hechos probados que ahora matizamos, que en algunos particulares del alta de sanidad y de los diagnósticos médicos, existen elementos complejos de indeterminación en el plano jurídico que nos hace dudar sobre el cumplimiento riguroso de los elementos del tipo». Pero lo cierto es que en esa final declaración de hechos probados, lo único que figura es que «... la duración del tratamiento y el tiempo real que estuvo impedida para sus ocupaciones, no aparece exactamente acreditado, y existen discrepancias no esenciales en el diagnóstico de la enfermedad que padeció N. F.».

De esta declaración fáctica aparece nítidamente que N. sufrió una enfermedad, de la que fue tratada por los especialistas que se mencionan en otro lugar del *factum*, y que las discrepancias en el diagnóstico de la lesión sufrida son accesorias, de menor entidad, «no esenciales». Y, desde luego, resulta irrelevante para la consumación del tipo que el tratamiento médico haya sido más o menos prolongado y que no se haya determinado exactamente el tiempo real que estuvo impedida para sus ocupaciones; cuestiones éstas que únicamente afectarían al *quantum* de las responsabilidades civiles, pero no a la estructura del tipo penal. A este respecto me parece oportuno insistir en que la sentencia declara en distintos pasajes la realidad de la enfermedad: depresión, trastorno adaptativo con estado de ansiedad..., «ha remitido el cuadro clínico diagnosticado...» por los especialistas que efectuaron el diagnóstico. Igualmente se habla en varias ocasiones de la existencia de tratamiento, aunque no se haya determinado «la duración del tratamiento», pero los jueces *a quibus* expresan que «Tenemos claro que la querellante sufrió angustia y depresión y que ha habido una adecuada asistencia facultativa...», lo que permite dar por sentado la existencia del tratamiento médico que, efectivamente, recibió N. para que remitiera «el cuadro clínico diagnosticado». Es más, cabe subrayar que lo que el tipo penal del artículo 147 exige es que la lesión que menoscabe la integridad corporal o la salud física o mental de otro requiera objetivamente tratamiento médico o quirúrgico. Es decir, el tipo no exige que el tratamiento se haya llevado a cabo efectivamente, sino que la lesión, considerada objetivamente, requiera este tratamiento, pues, si la víctima, tras la primera asistencia de urgencia en el Hospital Clínico de San Carlos hubiera preferido automedicarse, curarse por sí misma o ponerse en manos de persona carente de titulación, ello no puede implicar que la lesión no hubiera requerido, objetivamente considerada, tratamiento médico. De lo contrario (véase STS de 1 de julio de 1992) quedaría en manos de la víctima la consideración del hecho como delito o como simple falta. Criterio éste que, entre otras, se plasma en la Sentencia de esta Sala de 12 de noviembre de 2001 cuando declara que al analizar el delito de lesiones, la doctrina de la Sala parte de que el actual artículo 147.1 CP ha añadido la palabra «objetivamente» al nuevo texto en relación a la definición que antes ofrecía el artículo 420.1 CP de 1973, sin que, de hecho, ello suponga un tratamiento distinto, porque esa objetividad ya venía siendo exigida por la jurisprudencia, y, a tal efecto, ha declarado que esa necesidad de tratamiento médico o quirúrgico ha de obedecer a razones derivadas de la naturaleza y característi-

cas de la propia lesión puestas en relación con los criterios que la ciencia médica viene observando en casos semejantes. Si aplicando tales criterios médicos al caso según sus particularidades concretas, se hace necesario el tratamiento médico o quirúrgico posterior a los primeros cuidados facultativos, nos encontraremos ante el delito de lesiones y no ante la falta. Y ello prescindiendo de lo que realmente haya ocurrido en el caso concreto, pues puede suceder que el lesionado prefiera curarse por sí mismo o automedicarse, de tal modo que aunque se hubieran producido daños en la integridad corporal, o en la salud física o mental necesitados de ese tratamiento médico o quirúrgico éste, de hecho, no se hubiera producido. Pero tal circunstancia no impediría calificar lo ocurrido como delito. Del mismo modo que puede suceder a la inversa, cuando una lesión que no lo requiere por sus concretas características y de conformidad con la *lex artis*, sin embargo, por las razones que fueren, queda sometida a tratamiento médico o quirúrgico (véase, entre otras, STS de 11 de abril de 2000, entre las más recientes. También, las de 19 de noviembre de 1997 y 30 de abril de 1998).

Pues bien, en el caso examinado, no sólo es que, como se ha dicho, ese tratamiento médico se ha realizado realmente, sino que, aunque ello no hubiera sido así, es claro y meridiano que la lesión psíquica sufrida por la víctima según «los documentados informes periciales cuya credibilidad está fuera de discusión» (F. J. Tercero de la sentencia), diagnosticada por dos especialistas en psiquiatría y un psicólogo (el *factum* señala que además de la asistencia a urgencias donde fue atendida y diagnosticada por la doctora psiquiatra Molla Moltó, fue atendida el 27 de septiembre; 5 y 8 de octubre y 24 de noviembre de 2000 por el también psiquiatra doctor Hurtado Casanova, y «en múltiples ocasiones posteriores desde el 12 de febrero de 2001 por el psicólogo Don J. A., esa lesión, repito, considerada en su propia objetividad, es de las que, según la experiencia científica acuñada en similares diagnósticos, requiere necesariamente una atención médica de naturaleza psiquiátrica y psicológica más o menos prolongada en el tiempo para la curación del paciente.

III.—Es cierto que la reunión plenaria de esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo celebrada el 10 de octubre de 2003 adoptó el acuerdo que se menciona en el Fundamento Jurídico Octavo de la sentencia de la que discrepo.

Pero, en mi opinión, dicho acuerdo no es aplicable al caso presente.

Es claro que en el supuesto de autos no estamos ante ninguna agresión sexual consumada, ni siquiera intentada, agresión que, por la misma gravedad que tal acción entraña en la dignidad y autorrespeto de la mujer como ser humano en su «yo» más íntimo, que se ve afrentado y pisoteado por el sujeto activo para conseguir satisfacer sus apetitos lascivos utilizando, además, violencia o intimidación; es claro, entiendo, que esa agresión sexual en cuanto tiene de genuina humillación y desprecio a la víctima en una faceta tan sensible y relevante de su intimidad, tiene que ocasionar, por regla, un daño a la salud psíquica de la víctima, como consecuencia «natural» de una acción tan brutal y degradante, y que esa derivada lesión psíquica ha de incluirse ordinariamente en la antijuridicidad de la acción delictiva que la provoca por ser consustancial a ésta, resultando absorbida por el ilícito principal, o consumida en éste. Pero en el caso del acoso sexual, la gravedad de la acción, es decir, la antijuridicidad de la conducta en cuanto merecedora del reproche a que se hace acreedor el agente, es manifiestamente de menor entidad que la de una violación, sobre todo en el tipo básico y que, también por regla, el daño psíquico que en su caso pueda ocasionar no resiste la comparación con el que lleva aparejada una agresión sexual, por lo que, en definitiva, considero que en caso de mera solicitud de favores sexuales una lesión anímica de importancia no resulta consecuencia «natural» de la acción típica, como sí acontece en la violación, de suerte que cuando efectivamente se produce tal lesión y ésta reviste cierta entidad, surge de modo autónomo el delito de lesiones junto al de acoso sexual.

Esta conclusión viene reforzada por el argumento que sostiene el acuerdo del Pleno de Sala ya citado, según el cual, las penas establecidas para los delitos de agresión sexual que, en el caso de violación, se extienden hasta los doce años de prisión con un mínimo de seis, son lo suficientemente graves y aflictivas como para estimar que el legislador ha previsto, a la hora de señalarlas, el daño psíquico que por lo común que esas conductas ocasionan, por lo que, desde esta perspectiva penológica, el castigo del culpable abarcaría tanto el hecho mismo del atentado violento a la libertad sexual como las consecuencias lesivas en la salud mental de la víctima.

Sin embargo, a mi juicio, esta argumentación no puede predicarse del delito del artículo 184.1 CP que sanciona el hecho con la pena de arresto de seis a doce fines de semana o multa de tres a seis meses. La diferencia penológica es tan clamorosa que no se necesitan mayores explicaciones para concluir que, también desde este punto de vista, el desvalor de la acción que ataca y violenta dos distintos valores jurídicamente tutelados por diferentes normas sustantivas, en mi opinión, impide que la global conducta sea absorbida, aplicando el principio de consunción, precisamente por el tipo penal al que la ley sanciona con pena más liviana. Por el contrario, a mi entender, estaríamos en presencia de un típico supuesto de concurso delictual, en el que un solo hecho constituye dos infracciones autónomas que deben ser sancionadas conforme a las disposiciones (art. 77 CP) que regulan tal figura jurídica.

IV.—En razón de lo que hasta aquí se expone, entiendo que los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de acoso sexual del artículo 184.1 CP, así como de un delito de lesiones del artículo 147.1 del mismo Código, lo que configura un concurso delictivo ideal a sancionar conforme a lo dispuesto en el artículo 77, procediendo imponer la pena de multa acordada en la sentencia de esta Sala y un año de prisión por el delito de lesiones.

## ARTÍCULO 148.1

*Una «pequeña navaja de llavero», sin más especificaciones, puede servir para cometer un delito de lesiones, pero carece de la diafanidad precisa para el plus punitivo, que exige el subtipo agravado de uso de armas*

Primero.—El Ministerio Fiscal formaliza un primer motivo de casación al amparo del artículo 849.1 LECrim. por falta de aplicación de los artículos 147.1 y 148.1 CP y consiguiente aplicación indebida de los artículos 617 y 131.2 del mismo Texto. Los hechos probados son calificados por la Audiencia como constitutivos de una falta de lesiones (art. 617 mencionado), no obstante razona que la misma está prescrita (art. 131.2 CP) por haber estado paralizado el procedimiento por tiempo superior a los seis meses. Por ello, el Fiscal plantea un segundo motivo subsidiario del primero y para el caso de su no estimación, también por ordinaria infracción de ley, en este caso aplicación indebida del artículo 131.2 CP.

El motivo primero debe ser parcialmente estimado.

El hecho probado afirma que el acusado «esgrimió una pequeña navaja de llavero con la que pinchó en la espalda a B., causándole una herida incisa de dos centímetros, no penetrante, en región lumbar. Precizando tan sólo de una primera asistencia médica, en la que se le suturó la herida, curando a los ocho días. Quedándole como secuela una cicatriz de dos centímetros». El argumento de la Audiencia consiste en sostener que la sutura descrita no integra un acto médico distinto a la primera asistencia, sino el objeto de ésta, razón por la que el hecho es declarado falta, según la interpretación dada por el Tribunal de instancia al artículo 147.1 CP. Sin embargo, dicho argumento no

puede ser aceptado en la medida que, como ya ha dicho la Jurisprudencia, el empleo del adverbio de cantidad «además» por el Legislador no significa necesariamente la secuencia cronológica que encierra el razonamiento expuesto por la Audiencia, es decir, que debe entenderse como tratamiento toda actividad posterior a la primera asistencia. No es así. El sentido del adverbio se refiere a algo que se añade o se acompaña a lo mencionado antes, es decir, «a más de esto o aquello», «con demasía o exceso», y por ello la letra del precepto no excluye la simultaneidad de la primera asistencia facultativa con el tratamiento médico o quirúrgico, sino todo lo contrario. En cualquier caso el tratamiento quirúrgico dispensado en la primera asistencia facultativa determina la existencia del delito de lesiones, o lo que es lo mismo la necesidad de dispensar a la víctima tratamiento médico o quirúrgico impide que el hecho pueda ser calificado como falta. En el *factum* se afirma que el perjudicado precisó del tratamiento consistente en la suturación de la herida. Pues bien, también según la Jurisprudencia de la Sala Segunda, tal procedimiento quirúrgico de costura o sutura de los tejidos que han quedado abiertos como consecuencia de una herida y que es preciso aproximar para que la misma cierre y quede la zona afectada tal como estaba antes de la lesión, determina la existencia de tratamiento quirúrgico, lo que tiene como efecto impedir la inclusión del hecho en tal caso en el artículo de las faltas, debiendo comprenderse en dicho concepto normativo tanto las intervenciones de cirugía mayor como menor cuya finalidad sea la reparación del cuerpo para restaurar o corregir cualquier alteración funcional u orgánica producida como consecuencia de la lesión.

Sin embargo, no es aplicable el subtipo agravado previsto en el artículo 148.1 CP, según el Ministerio Fiscal por la utilización por parte del acusado de un instrumento peligroso para la integridad física de la víctima. En primer lugar, por cuanto en el *factum* no existe descripción suficiente del medio empleado que permita fijar su grado de peligrosidad para la vida o salud del lesionado: se afirma que «esgrimió una pequeña navaja de llavero», sin que consten mayores especificaciones. En segundo lugar, porque en todo caso tampoco basta la concurrencia de las circunstancias previstas en el artículo 148 CP para aplicar sin más el subtipo agravado en relación con el tipo básico precedente, pues el primero es dependiente de éste, estando ello en función del resultado causado o el riesgo padecido, como señala el primer párrafo del artículo 148, mediante una proposición que establece ciertamente un margen de inseguridad jurídica (como sucedía con el derogado artículo 420.2), pues está redactado en términos facultativos, y además el resultado causado o riesgo producido puede entenderse directamente referido a la conducta descrita en el tipo básico o bien servir de criterio para medir la extensión de la pena de dos a cinco años establecida en el propio precepto. En cualquier caso, lo cierto es que la razón de la agravación no puede ser otra que el especial plus de riesgo que conlleva en el caso de su número primero la utilización de las armas o instrumentos, plus que en el presente supuesto no se desprende con la diáfana precisión del propio *factum*.

(Sentencia de 17 de diciembre de 2003)

## ARTÍCULO 152

*No existen lesiones por imprudencia profesional en el caso del policía al que se le dispara el arma cuando es golpeado por el coche conducido por personas que iba a identificar: llevar el arma en la mano y sin seguro no es conducta desproporcionada o imprudente*

Segundo.—Inatacables pues los hechos que se describen en el relato histórico de la sentencia, el motivo de casación tiene forzosamente que perecer. Declara la

Audiencia como probado que «Sobre las 8.30 horas del día 28 de octubre de 1997, Manuel V. P., policía nacional con carnet profesional núm. ..., se dirigió a la zona denominada Arroyo de la Milagrosa, en un vehículo policial conducido por su compañero, el policía nacional con carnet profesional núm. ..., cumpliendo instrucciones de la Sala del 091 en el sentido de que identificaran a los ocupantes de un vehículo Seat Ibiza de color verde metalizado. Cuando llegaron al lugar indicado, localizaron el referido vehículo, Seat Ibiza matrícula MA-...-CC, y Manuel V., se apeó del coche policial con el fin de identificar a sus ocupantes. En ese momento, su compañero le avisó diciéndole: ten cuidado y pudo observar que dicho turismo estaba en marcha y se dirigía velozmente hacia él, por lo que desenfundó su arma reglamentaria, ya montada y sin seguro, sosteniéndola con las dos manos y acto seguido tuvo que apartarse bruscamente para salvar su vida ya que arremetió contra él, siendo no obstante apisionado entre los dos vehículos, de tal manera que al recibir el golpe se le disparó la pistola, sufriendo lesiones en la mano izquierda. El disparo entró por la ventana trasera derecha del Seat Ibiza y tras fracturar el cristal de dicha ventana fue a impactar contra Javier B. B., que ocupaba el asiento del copiloto. A continuación el conductor del vehículo continuó su marcha en zig-zag y el policía actuante efectuó cuatro disparos en dirección a las ruedas con el fin de evitar su huida, sin conseguirlo. Sobre las 11.15 horas, los agentes de la policía local con carnets profesionales ..., y ..., hallaron a Javier B. B., en la Avda. Barceló de Málaga, tumbado en el suelo debido a la herida de arma de fuego que había sufrido y les manifestó que momentos antes varios individuos le habían intentado robar y entre todos le habían golpeado, trasladándolo hasta el Hospital Clínico donde quedó ingresado. Dicha herida presentaba orificio de entrada en el sexto cuerpo vertebral dorsal penetraba en hemitórax izquierdo, fractura de la 4.ª costilla izquierda, atravesaba el pulmón en sentido ascendente y salía de la cavidad torácica por la cúpula, quedando alojada en el brazo izquierdo, cerca de la axila, sin orificio de salida. Tardó en curar de sus lesiones 150 días, de los que nueve días estuvo hospitalizado y 90 días, incapacitado para sus ocupaciones habituales, quedándole como secuelas: Resección de 8,5 cm de parénquima pulmonar, cicatriz lineal en hemitórax y costado izquierdo, cicatrices redondeadas de 1,5 cm en línea axilar y cicatriz redondeada en región dorsal a la altura del 6.º cuerpo vertebral con despigmentación ovalada de 2 cm en lado izquierdo».

Tercero.—Numerosos precedentes jurisprudenciales de esta Sala, SSTS de 18 de septiembre de 2001 y 15 de marzo de 2002, entre las más recientes, han reiterado que la comisión de un delito de imprudencia supone, en primer lugar, una acción u omisión voluntaria que crea una situación de riesgo previsible y evitable si fuese previsto, en segundo lugar, la infracción de una norma de cuidado y, por último, la producción de un resultado dañoso no ya de cualquiera, de acuerdo con el artículo 12 CP 1995, sino el propio de alguno de los tipos dolosos que admiten la forma culposa derivado de la descuidada conducta en una adecuada relación de causalidad. La estructura dogmática del delito de imprudencia es, pues, la siguiente:

A) El tipo objetivo está integrado, de un lado, por un acción u omisión cuyo desvalor radica en la infracción de una norma social de cuidado que obliga, bien a advertir el riesgo que se crea con la acción u omisión, bien a evitar que el riesgo se concrete en una efectiva lesión; y de otro, por un resultado susceptible de ser subsumido en un tipo delictivo que admita, en virtud de una expresa norma legal, la forma culposa.

B) El tipo subjetivo, por su parte, está integrado también por dos elementos, uno de los cuales es la ausencia de voluntariedad con respecto al resultado dañoso, en tanto el otro es la índole voluntaria de la infracción de la norma de cuidado, esto es, que se haya querido la conducta descuidada, con conocimiento del peligro o sin él pero no el hecho resultante de la conducta.

En el supuesto objeto de nuestro análisis la declaración probatoria evidencia que la acción que causalmente produjo las lesiones no fue una acción consciente y voluntariamente ejecutada por el acusado, y la expresión «acto seguido tuvo que apartarse bruscamente para salvar su vida ya que arremetió contra él, siendo no obstante apasionado entre los dos vehículos, de tal manera que al recibir el golpe se le disparó la pistola» exime de otros comentarios, máxime cuando en la fundamentación jurídica de la sentencia se afirma con valor fáctico que el disparo causante del resultado lesivo «se produjo de forma accidental debido a la presión que sufrió al recibir el golpe del vehículo que le aprisionó contra el coche policial...». En realidad, cabe señalar que no sólo no ha existido una acción voluntaria generadora de una situación de riesgo, sino que ni siquiera ha existido una «acción», en el sentido jurídico del término, ya que el disparo efectuado sin consciencia de lo que se hace y sin voluntad de hacerlo no es definible como una conducta humana, sino como un «hecho», de suerte que técnicamente no puede hablarse de acción (u omisión) cuando ésta consista en un movimiento mecánico realizado de modo inconsciente y, por tanto, sin ninguna intención de efectuarlo, o, dicho de otro modo, únicamente existirá «acción» humana cuando la persona que la realiza sabe lo que hace y quiere hacerlo, aun cuando sus capacidades cognoscitivas y volitivas sean mínimas.

Por otra parte, el llevar la pistola en la mano, montada y sin seguro es, realmente, una acción, por voluntaria y consciente, pero ello no constituye, ni siquiera como antecedente causal, una infracción grave ni leve de la norma de cuidado, puesto que en el escenario en que se desarrollan los sucesos, tal conducta debe reputarse apropiada a las circunstancias de grave riesgo que se cernía sobre el funcionario policial actuante, quien, al actuar, en todo caso, en el ejercicio de las funciones que le atribuye el ordenamiento, no ha producido un riesgo jurídicamente desaprobado cuyos resultados, mediatos o inmediatos deban serle reprochados siempre que, como aquí acontece, ese riesgo sea consecuencia necesaria de una actuación racional y proporcional a las circunstancias concurrentes.

En definitiva, no concurren en el caso los elementos que integran el tipo penal que se imputaba al acusado, por lo que la resolución absolutoria resulta legalmente correcta y ninguna infracción de ley se ha cometido.

(Sentencia de 6 de marzo de 2003)

## ARTÍCULO 153

*Evolución legislativa y características de cada uno de los tipos penales que se han sucedido en el CP: requisitos: bien jurídico protegido: delito con sustantividad propia, ajeno a los actos de violencia que puedan haberse ejercitado contra la víctima del delito; existencia: causar lesiones a hijo de cuatro años de persona con la que convive, habiendo sido condenado el acusado previamente por delito de lesiones a su esposa y en juicio de faltas por lesiones a sus hijos; inexistencia: falta de habitualidad en lesiones que causa la madre a hijo, existiendo sólo la condena por cómplice en las lesiones a su hijo en la misma causa que se aprecia el maltrato familiar. Cómplice: existencia: posición de garante de madre en las lesiones que persona con la que convive causa a hijo de aquella*

Cuarto.—El tercer motivo, por idéntico cauce casacional que el anterior, y con la propia incorrección ya señalada, que subsanaremos en esta instancia, denuncia la infracción del artículo 153 del Código penal que describe y sanciona la violencia física habitual en el ámbito doméstico. Por la modificación operada por LO 14/1999, de 9 junio, también se tipifica la violencia psíquica.

Antes de dar respuesta casacional al motivo, conviene realizar algunos apuntes jurisprudenciales sobre este delito, de nuevo cuño, siguiendo a la Sentencia de esta Sala de fecha 22 de enero de 2002.

La sentencia de esta Sala de 24 de junio de 2000, realiza un detenido estudio de las características y funciones del artículo 153 del Código penal, que penaliza la violencia doméstica cuya grave incidencia en la convivencia familiar es innegable. Su doctrina debe complementarse por otras resoluciones de esta Sala como las SSTS de 29 de abril de 1999, 19 de mayo y 26 de junio de 2000 y 6 de 5 de marzo de 2001.

Comienza la referida sentencia de 24 de junio de 2000, recordando que el antecedente del actual artículo 153, fue el artículo 425 del Código penal de 1973 introducido por LO 3/1989, de 21 de junio que sancionó la violencia física sobre el cónyuge o persona que estuviese unido por análoga relación de afectividad o sobre hijos sujetos a patria potestad, pupilo, menor o incapaz, descansando el tipo sobre la nota de la habitualidad.

La STS de 17 de abril de 1997 estimó que los elementos vertebradores del tipo penal de maltrato familiar habitual definido en el artículo 425 del Código penal de 1973, eran los siguientes:

- a) Que la acción suponga el ejercicio de violencia física.
- b) Que se ejerza habitualmente, con lo que a pesar de no integrar tales acciones, individualmente consideradas, más que una sucesión de faltas, si se producen de modo habitual se estaría ante un delito.
- c) Que la acción violenta puede obedecer a cualquier fin, y
- d) Que tanto el sujeto activo como el pasivo deben ser cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad.

La LO 10/1995, de 23 de noviembre, en su artículo 153 recogió el delito de maltrato familiar habitual del artículo 425 del anterior Código penal con una nueva redacción, que mejoraba y corregía determinados defectos del precepto anterior:

- a) Pasan a ser comprendidas en el tipo las violencias ejercidas contra los hijos por padres privados de la patria potestad, sobre los hijos del cónyuge o conviviente y sobre ascendientes.
- b) Se introduce la exigencia de convivencia aunque limitada a los ascendientes, incapaces o hijos que no se hallan sometidos a la potestad, tutela cautelar o guarda de hecho del autor o de su pareja.
- c) Se conserva la nota de que el sujeto activo debe mantener con el sujeto pasivo una especial relación descrita en el tipo constituida por ser cónyuge o persona «ligada de forma estable por análoga relación de afectividad», dato que constituye la razón del tipo.
- d) La otra nota que define el tipo la constituye la habitualidad, que aquí figura como elemento valorativo no afectado por la definición legal de habitualidad contenida en el artículo 94 del Código penal, que desenvuelve su eficacia exclusiva respecto de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad como se desprende tanto de la situación sistemática del artículo 94 dentro del Capítulo III del Título III «de las penas», como por la expresa remisión con que se inicia el artículo «... a los efectos previstos en las secciones 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> de este capítulo...», que se refiere a la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y a la sustitución de las mismas.

La LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código penal en materia de protección a las víctimas de malos tratos, con el propósito explicitado en su Exposición de Motivos de mejorar el tipo penal otorgando una mayor y mejor protección a las víctimas, introdujo diversas reformas tanto en el Código penal como en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por lo que se refiere al tipo del artículo 153 estas reformas son:

a) En relación a la convivencia derivada del matrimonio o relación de afectividad análoga, amplía el tipo a aquellos supuestos en que ya haya desaparecido el vínculo matrimonial o la convivencia *more uxorio* al tiempo de producirse la agresión, ya que el tipo penal anterior descansaba sobre una situación de presente. Ahora el tipo abarca a situaciones en las que la convivencia ya no existe, pero la agresión se produce en contemplación a aquélla.

b) Se amplía la acción típica, que inicialmente quedaba reducida a la violencia física y ahora se extiende también a la psíquica.

c) Se proporciona una definición legal de habitualidad que se vertebra alrededor de cuatro datos: pluralidad de actos, proximidad temporal, pluralidad de sujeto pasivo siempre que sea uno de los integrantes de la unidad familiar y finalmente independencia de que tales actos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento anterior. La habitualidad, término de clara raíz criminológica viene a constituirse en el elemento definidor del tipo y aparece definido por la concurrencia de los elementos citados que deben ser tenidos en cuenta por el Juez para alcanzar el juicio de certeza en cada caso sobre su concurrencia o no, por ello es concepto necesitado, como casi todos los jurídicos, de la interpretación judicial individualizada.

Como conclusión de este resumen legislativo, puede afirmarse que el delito de maltrato familiar del artículo 153 es un aliud y un plus distinto de los concretos actos de agresión, y lo es, precisamente, a partir de la vigencia del nuevo Código penal. En efecto, es preciso abordar el delito de maltrato familiar desde una perspectiva estrictamente constitucional; a pesar de su ubicación sistemática dentro del Título III del Código penal relativo a las lesiones, el bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad artículo 10, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes artículo 15 y en el derecho a la seguridad artículo 17, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y la protección integral de los hijos del artículo 39.

Coherentemente con este enfoque, el delito que comentamos debe ser abordado como un problema social de primera magnitud, y no sólo como un mero problema que afecta a la intimidad de la pareja, y desde esta perspectiva es claro que la respuesta penal en cuanto represiva es necesaria pero a su vez debe estar complementada con políticas de prevención, de ayuda a las víctimas y también de resocialización de éstas y de los propios victimarios.

Puede afirmarse que el bien jurídico protegido es la paz familiar, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir el ámbito familiar en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque en efecto nada define mejor el maltrato familiar que la situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes.

Por ello, la violencia física o psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia, aisladamente considerados y el bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando

afectados fundamentales valores de la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad como es el núcleo familiar.

Esta autonomía de bien jurídico, de acción y de sujetos pasivos, unido a la situación de habitualidad que se describe en el artículo 153 es el que permite con claridad afirmar la sustantividad de este tipo penal; los concretos actos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y por ello ni el anterior enjuiciamiento de estos actos impide apreciar la existencia de este delito, se estaría en un supuesto de concurso de delitos (art. 77) y no de normas, ni se precisa tal enjuiciamiento, bastando la comprobada realidad de la situación que se denuncia como ha quedado reforzado en la reforma del tipo penal dada por la LO 14/1999, de 9 de junio, siendo al respecto irrelevante tanto las protestas de haber sido enjuiciadas ya autónomamente como faltas las agresiones, o que por la falta de denuncia y del tiempo transcurrido aquéllas hayan quedado prescritas.

A esta doctrina sentada por la sentencia de 24 de junio de 2000, debemos añadir lo expresado en la sentencia de 26 de junio de 2000, cuando destaca que esta norma penal (art. 153 del CP/1995), ha sido creada con la finalidad de proteger a las personas físicamente más débiles frente a las agresiones de los miembros más fuertes de la familia; en definitiva, se trata de proteger la dignidad de la persona humana en el seno de la familia y, concretamente, su derecho a no ser sometida a trato inhumano o degradante alguno.

Y asimismo lo expresado por la Sentencia de 5 de marzo de 2001, que declara que siendo un elemento objetivo del tipo previsto en el artículo 153 CP/1995, que la violencia física se ejerza, entre otros posibles sujetos pasivos, sobre el cónyuge o los hijos, es claro que esta relación parental no puede servir al mismo tiempo, sin mengua del principio *ne bis in idem*, para integrar el tipo y para constituir una circunstancia que agrave la responsabilidad, a lo que se opone, por lo demás, el mandato del artículo 67 CP.

De la doctrina jurisprudencial expuestas, queda plenamente constatado que no impide la aplicación del tipo la prescripción de algún hecho delictivo, con tal que su estimación pueda considerarse en el contexto de un ámbito temporal de proximidad, y que la habitualidad surge a partir de tres hechos o acontecimientos de tal clase, que denotan el comportamiento intolerable del agresor, en un marco de violencia doméstica, con clara afectación del bien jurídico protegido.

Aplicando las consideraciones anteriores al caso sometido a nuestra atención casacional, se describe en el relato factual de la sentencia de instancia que ambos acusados, José Antonio P. F. y María Tomasa E. M., no prestaban la atención debida a sus hijos, los que se encontraban faltos de cuidado. Que José Antonio P. F. infligió las contundentes y despiadadas lesiones al menor David, de cuatro años de edad, de una forma que podemos calificar como espeluznante, y que basta con ver las fotografías unidas a los autos para su justificar los adjetivos. Que dichas lesiones tuvieron lugar en el ámbito doméstico y que previamente el acusado José Antonio P. F. había sido condenado en juicio por delito de lesiones a su esposa y a sus hijos, en juicio de faltas, ambos descritos en el *factum*.

Con respecto a José Antonio P. F., se cumplen todos los requisitos, pero no con relación a la acusada recurrente María Tomasa E. M., madre del menor, en tanto que no se ha descrito en la relación de hechos probados la habitualidad que se exige como elemento del tipo, sino exclusivamente los acontecimientos que son calificados como constitutivos de un solo delito de lesiones (a pesar de que pudo tomarse en cuenta en la petición fiscal la pluralidad delictiva, a título concursal, pero no se hizo así), castigándose en concepto de autor, en el caso de José Antonio P. F., y de cómplice, en el supuesto de María Tomasa E. M. No hay, pues, referencia al requisito de habitualidad en el comportamiento de ella respecto de sus hijos, ya que no hay más que

un solo delito, por lo que el motivo se estima a favor de María Tomasa E. M., debiéndose dictar en consecuencia segunda sentencia, absolviéndola del delito de violencia doméstica habitual.

(Sentencia de 11 de marzo de 2003)

## ARTÍCULO 163

### *Detenciones ilegales concurso con robo: criterios para diferenciar los casos que suponen concurso de leyes de los que suponen concurso de delitos*

Tercero.—El segundo motivo, por infracción de ley, del artículo 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, censura la aplicación indebida del artículo 165 del Código penal, que tipifica, como subtipo agravado, la detención ilegal de menores de edad, como era el caso.

El motivo plantea la cuestión, siempre controvertida, sobre el concurso delictivo entre el robo con intimidación y la privación de movimientos de su víctima, que ha tenido en la jurisprudencia dos elementos de definición, principalmente: la duración de la privación de libertad de deambulación, en combinación con las concretas circunstancias del acto depredatorio contra la propiedad, analizado con parámetros de necesidad o de desbordamiento, y el mantenimiento en dicha situación después de abandonar el lugar, los autores del atraco, a sus víctimas en estado de inmovilización.

Podemos leer en nuestras recientes Sentencias de 9 de octubre de 2002 y de 23 de enero de 2003, lo siguiente:

«Existe una doctrina muy abundante en esta sala en relación a estos casos en que, junto al robo con intimidación o violencia en las personas (art. 242 CP), aparece una privación de libertad de la víctima que podría encajar en el delito del artículo 163.

Podemos distinguir varios supuestos para examinar cómo han de resolverse los problemas que se suscitan acerca de si hay un concurso de normas a resolver conforme al artículo 8 CP o un concurso de delitos, real (art. 73) o ideal (art. 77) según los casos.

La regla fundamental para conocer si estamos ante un concurso de delitos o de normas ha de ser necesariamente una valoración jurídica por la cual, si la sanción por uno de los dos delitos fuera suficiente para abarcar la total significación antijurídica del comportamiento punible, nos hallaríamos ante un concurso de normas; y en el caso contrario, ante un concurso de delitos.

Veamos tres supuestos diferentes:

1.º El que podemos considerar ordinario, que parte de la concepción de que en todo delito de robo con violencia o intimidación en las personas hay siempre una privación de la libertad ambulatoria, consecuencia necesaria del acto de amenaza o de fuerza física que paraliza los movimientos de la víctima. Habría aquí concurso de normas, con particular aplicación de la regla de la absorción del núm. 3.º del artículo 8 CP, porque el precepto más amplio o complejo el mencionado robo consume en su seno aquel otro más simple la detención ilegal.

En este supuesto encajan no sólo los casos de comisión más o menos instantánea o breve del robo, sino también aquellos otros en que, por la mecánica de la comisión delictiva elegida por el autor, hay alguna prolongación temporal, de modo que también el traslado forzado de un lugar a otro de la víctima o de un rehén o su reten-

ción mientras se obtiene el objeto del delito se considera que forman parte de esa intimidación o violencia que se utiliza contra el sujeto pasivo. Si hay una coincidencia temporal entre el hecho de la obtención del elemento patrimonial y el de la privación de libertad ambulatoria, puede aplicarse esta regla de la absorción. En este grupo habría que incluir, en principio, los casos tan frecuentes de obtención de dinero con tarjeta de crédito mediante el traslado forzado de la víctima a un cajero automático.

2.º Otro supuesto es aquél en que no se produce esa coincidencia temporal, pues, consumado el hecho de la apropiación material del bien mueble ajeno, se deja a la víctima o a algún rehén atado, esposado, encerrado, en definitiva impedido para moverse de un sitio a otro. Si ello se hace en condiciones tales que el autor del hecho puede pensar que esa privación de libertad posterior al hecho de la consumación del robo lo ha de ser, no por unos breves momentos, ordinariamente el necesario para poder escapar, sino que cabe prever que tardará algún tiempo en verse libre, nos hallaríamos ante un concurso real de delitos, el primero de robo, y el posterior de detención ilegal a castigar conforme al artículo 73 CP. Véase en este sentido la Sentencia de esta Sala de 12 de julio de 2001, que excluyó dos delitos de detención ilegal porque la liberación de los dos encerrados en el búnker del supermercado se produjo transcurridos unos cuarenta y cinco minutos. Los empleados del establecimiento tardaron ese tiempo en encontrar el mando a distancia con el que abrir la puerta, y esta circunstancia se consideró no imputable a los acusados al no ser previsible para ellos.

3.º Por último, y esto es lo que aquí nos interesa, puede ocurrir que sí exista esa coincidencia temporal entre los dos delitos pues la detención se produce durante el episodio central del robo, es decir, mientras se están realizando las actividades necesarias para el apoderamiento de la cosa; pero ello durante un prolongado período de tiempo durante el cual simultáneamente se está produciendo el despojo patrimonial y el atentado a la libertad personal.

Desde el punto de vista del criterio de la valoración jurídica antes referido, hay que decir que en estos casos la significación ilícita de la detención tiene tal relevancia que no cabe afirmar su absorción en el robo como elemento integrante de la violencia o intimidación propia de este último delito. Nos encontraríamos entonces ante un concurso ideal de delitos del artículo 77 CP. Así se viene pronunciando esta sala en casos de duración claramente excesiva, aunque hay que comprender la dificultad que existe para distinguir este supuesto del examinado en primer lugar. Véanse las Sentencias de este Tribunal de 3 de marzo de 1999, 11 de septiembre de 2000 y 25 de enero de 2002. Las tres contemplan casos de tres horas en la privación de libertad transcurridas mientras los autores del robo tenían retenida a la víctima a la que pretendían despojar de su dinero usando su tarjeta en uno o varios cajeros automáticos. Tan larga privación de libertad no puede considerarse consumida en la violencia o intimidación personal que acompaña a estos delitos de robo. Es necesario aplicar las sanciones de los dos delitos para abarcar la total ilicitud punible de estos comportamientos».

En definitiva, la jurisprudencia ha exigido para entender que la privación de libertad no queda absorbida en la dinámica propia del robo, que el encierro o el traslado no queridos rebasen el tiempo normal y característico de la mecánica comisiva del robo, debiendo quedar excluidas del tipo sancionador de la privación de libertad las inmovilizaciones del sujeto pasivo del robo de corta duración e inherentes a la actividad expoliatoria desplegada por los agentes, sin sustantividad propia penal, que queda absorbido por el comportamiento depredatorio (SSTS de 7 de abril de 1994, 23 de mayo de 1996, 6 de julio y 11 de septiembre de 1998, 27 de diciembre de 1999, 13 de marzo de 2000 y 9 de febrero de 2001).

Aplicando esta doctrina jurisprudencial al caso de autos, una duración cercana a los quince o veinte minutos, debe considerarse necesaria para el aludido despojo pa-

trimonial, no excesivamente prolongada, en los términos analizados, y por consiguiente, quedar tal conducta absorbida en el acto depredatorio por el que han sido condenados. Por lo demás, la Sentencia de esta Sala, de 13 de noviembre de 2002, mantiene la doctrina del concurso delictivo (real), cuando «hallándose ya los denunciados en la posesión de lo sustraído, es decir, después de ejecutado el delito contra la propiedad, realizaron otra acción preordenada exclusivamente a cancelar la libertad deambulatoria de la víctima». En el caso sometido a nuestra consideración casacional, la privación de libertad es consecuencia inmediata del robo, y se produce durante el breve tiempo de duración que se relata en el *factum* (quince o veinte minutos), conociendo que tal privación de libertad necesariamente desaparecería después de huir, al ser descubiertos por los padres del menor inmovilizado.

En consecuencia, el motivo tiene que ser estimado, en este particular, dictándose segunda sentencia.

(Sentencia de 14 de marzo de 2003)

*Supuestos en que la detención ilegal es absorbida por robo y aquellos en que constituyen delitos autónomos: hay tantos delitos de detención ilegal como personas detenidas*

Primero.-1. Al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim., se denuncia la infracción del artículo 163.1 del CP, por aplicación indebida.

Se aduce que los delitos de detención ilegal quedaron subsumidos en el delito de robo con intimidación, alegando que «no se produjo real privación de la capacidad de autodeterminación de las víctimas, ni ésta duró más tiempo del estrictamente necesario para efectuar el despojo». Se alega también que no hubo ánimo de privar de libertad a nadie, aunque fue necesaria «para poder llevar a cabo el robo y asegurarse la huida».

Es doctrina reiterada y consolidada de esta Sala de la que son exponente las sentencias de 23 de mayo de 1996, 6 de julio de 1998, 11 de septiembre de 1998 y 27 de diciembre de 1999 que el delito de robo solamente absorbe al delito de detención ilegal cuando la privación o restricción de libertad es la realizada necesaria y momentáneamente para la consumación del acto depredatorio dentro de la normal dinámica comisiva del robo violento y siempre que se limite al tiempo estrictamente necesario para efectuar el despojo, según el *modus operandi* en cada caso, afirmándose por el contrario la autonomía de la detención ilegal cuando el tiempo de la supresión dolosa de la libertad excede del que fue preciso para efectuar la sustracción (en el mismo sentido SSTs 13 de marzo de 2000, 11 de abril de 2000, 22 de mayo de 2001, 23 de mayo de 2001 y 25 de junio de 2002, esta última citada oportunamente por el Ministerio Fiscal como compendio de la jurisprudencia de esta Sala).

Tampoco procede la absorción, obviamente, cuando la privación de libertad se produce después de consumado el robo porque entonces, como precisara la reciente sentencia de 13 de noviembre de 2002, no se da ya ninguna superposición de planos de actuación concurrentes en un mismo lapso de tiempo, sino una secuencia de comportamientos en los que la detención ilegal es plenamente autónoma, ajena por completo al robo.

3. A la luz de esa jurisprudencia la queja de este primer motivo no puede prosperar. La subsunción de los hechos que realiza la combatida en seis delitos de detención ilegal y un delito de robo, es correcta y ajustada a la doctrina jurisprudencial expuesta. El concurso de leyes o de normas, como se recuerda en el fundamento primero, sólo se aplica a aquellos supuestos en que la privación de libertad del sujeto

pasivo es de mínima duración temporal aparte de tener lugar durante el episodio central del apoderamiento y en el presente caso seis personas fueron atadas, inmovilizadas, amordazadas y amenazadas con una carabina con los cañones recortados, en una secuencia temporal que, según el *factum*, se inicia a las 18.40 horas y termina aproximadamente sobre las 21.05 horas, pues fue unos diez minutos después, sobre las 21.15 horas, cuando uno de los detenidos «pudo soltarse y liberar al resto de sus compañeros», pues el acusado y su acompañante no identificado «los dejaron atados y con la manifiesta intención de que permanecieran en tal situación al menos una hora, después de haberse ido».

La calificación de seis delitos de detención ilegal, tantos como los sujetos pasivos, es inobjetable por tratarse de bienes individuales y personalísimos (SSTS de 25 de octubre de 1986, 18 de noviembre de 1986 y 15 de octubre de 1997). Evidentemente no fueron absorbidos por el delito de robo.

El motivo ha de ser desestimado.

Cuestión distinta es si la relación entre unos y otros constituye concurso real de delitos como sostiene la combatida o concurso medial como estima el recurrente. Es el objeto del motivo siguiente.

Segundo.—1. Se formula el segundo motivo, al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim., por infracción del artículo 77 del CP, por indebida inaplicación. Se interpone con carácter subsidiario del anterior, alegando que la relación del delito de detención ilegal con el de robo sería la de concurso medial, conforme al artículo 77, y la pena a imponer la de cinco años por ser más favorable que la punición por separado.

2. La determinación de si un delito es medio necesario para cometer otro no debe hacerse en abstracto, sino en concreto y en función específica del fin último perseguido por el autor o autores de los diferentes hechos delictivos.

Nos encontramos en este caso, como en los contemplados, entre muchos, por las sentencias de 27 de julio de 1998 y 22 de septiembre de 2001, ante un caso más en el que hay que aplicar el concurso medial, como se postula en el motivo y, apoya el Ministerio Fiscal. El concurso medial, conocido también como teleológico o instrumental, como es sabido, es una modalidad del concurso real pluralidad de acciones y de delitos pero sancionada como si se tratara de un concurso ideal unidad de acción y pluralidad de delitos. La pluralidad de acciones que concurre en el concurso medial equivale a una sola en el propósito de los autores.

3. El delito de detención ilegal es de ejecución instantánea y se consume aun en los supuestos en que la víctima consiga evadirse poco después de ser privada de libertad. Es de morfología dual, pues se comete tanto encerrando como deteniendo al sujeto pasivo (STS de 5 de marzo de 2001).

El elemento subjetivo del delito del artículo 163.1 CP no requiere que el sujeto actúe con una especial tendencia de desprecio hacia la víctima, distinta de la que supone el dolo como expresión del conocimiento y voluntad de privar a otra persona de la libertad ambulatoria, por lo que ningún propósito específico se requiere para colmar el tipo subjetivo (en este sentido SS 16 diciembre de 1997 y 15 de diciembre de 1998).

Al desaparecer el delito complejo de robo con rehenes del artículo 501.4.º del CP 1973, que tantos problemas dogmáticos y prácticos originó, la calificación correcta, como se dijo, es la realizada por la Sala *a quo*: seis delitos de detención ilegal porque seis fueron la personas efectivamente privadas de libertad.

El concurso medial, en consecuencia, lo es de cada delito de detención ilegal con un delito de robo, pero no de un único concurso medial integrado por los seis delitos de detención ilegal perpetrados como medio para cometer el delito de robo,

como modalidad múltiple de un único concurso medial, como se sostiene en el recurso y apunta el Ministerio Fiscal.

4. La pena a imponer por cada delito de detención ilegal en el mínimo de su mitad superior, por concurrir una agravante, es la de cinco años, lo que asciende a treinta años, por tratarse de seis delitos, que son los impuestos por el Tribunal sentenciador. La pena del delito de robo con armas es de tres años y seis meses y el mínimo de ésta en su mitad superior, por concurrir una agravante, es la de cuatro años y tres meses (el Tribunal sentenciador le impuso cinco). Sumados los cuatro años y tres meses a los treinta de las detenciones ilegales ascienden a treinta y cuatro años y tres meses de prisión.

Si se aplica la punición que corresponde al concurso, conforme al artículo 77 CP, la pena es la de treinta y tres años, que es la mitad superior de la mitad superior, como gráficamente ha dicho esta Sala en muchas ocasiones, de la que corresponde al delito más grave, que es el de detención ilegal, con la agravante de disfraz, que es la de cinco años, aplicándose en ejecución de sentencia el máximo del cumplimiento que corresponda conforme al artículo 76 del CP.

Es la consecuencia más favorable que puede obtenerse en lo punitivo, de apreciar como se postula en el motivo, el concurso medial y no el concurso real, como estimó la sentencia impugnada.

El motivo en los términos expuestos ha de ser estimado.

(Sentencia de 28 de marzo de 2003)

## ARTÍCULO 167

*Detención ilegal realizada por policía al detener durante cerca de ocho horas a una compradora de droga que, por su escasa cantidad, sólo podía ser dedicada al autoconsumo*

Primero.—El presente recurso de casación se interpone contra la sentencia de la AP de Vizcaya que condenó al acusado, Policía Municipal de Bilbao, como autor responsable de un delito de detención ilegal de los artículos 167 en relación con el 163.2 CP a la pena de tres años de prisión e inhabilitación absoluta por un período de ocho años.

El primer motivo de casación se formula al amparo del artículo 849.1.º LECrim., por indebida aplicación de los citados preceptos del Código penal en los que el Tribunal de instancia incardina la conducta del acusado que se describe en la declaración de hechos probados. Como argumento sustentador del reproche, el recurrente sostiene que el acusado ordenó la detención de Alicia porque existía la posibilidad de que hubiera adquirido la droga con la finalidad de traficar con ella o cederla a un tercero, y que aunque no tenía la certeza de que aquella hubiese cometido un delito, no cabía destacar tal «posibilidad», por lo que la detención resultaba legalmente procedente ante una situación dudosa que, por ello, justificaba la medida adoptada «al amparo del artículo 492.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

El motivo no puede ser acogido.

En el caso enjuiciado el acusado se hallaba investigando un delito de tráfico de sustancias estupefacientes, realizando un seguimiento a Juan Antonio como sospechoso de dicha ilícita actividad, cuando presenció que éste, a las 11.05 horas entregó a Alicia, a cambio de dos mil pesetas, dos bolsitas de plástico conteniendo 0,200 g de heroína, ordenando entonces a otro funcionario policial la identificación, ocupación de sustancias y traslado a Comisaría de Alicia, para ser cacheada, lo que así hizo el

agente núm. NUM002, Gonzalo, permaneciendo ésta en las dependencias de la Policía Municipal de Garellano desde las 13.00 h del día 24 de febrero de 1998, hasta las 19.15 h de ese mismo día. Ha quedado probado –según se expone en la fundamentación jurídica de la sentencia y consta en las actuaciones– que la detención se produjo por orden del acusado, inmediatamente después de la interceptación e incautación de las papelinas adquiridas, y que ya en Jefatura de Policía se formalizó dicha detención con información del motivo (tráfico de drogas) y de los derechos a la detenida según consta en el acta obrante en el atestado, de lo que ya se le había informado verbalmente en el momento de ser interceptada y detenida en la vía pública.

El precepto invocado por el recurrente para justificar su decisión de detener a la compradora, subraya la exigencia de la existencia de «motivos racionalmente bastantes» de que el detenido está participando en un hecho delictivo, de donde se infiere que la mera «posibilidad» de tal supuesto, sin indicio solvente o sospecha fundada que avale esa simple hipótesis, no constituye el presupuesto legal establecido por la norma, cuando dichos indicios o sospechas fundadas han de estar fundamentados necesariamente en hechos concretos y contrastados y no en simples especulaciones subjetivas o en golpes de intuición huérfanos de todo sustento objetivamente verificable que es lo que dotaría de racionalidad a la creencia de la existencia de un delito a que se refiere el precepto.

En nuestro caso, es patente que la acción presenciada por el acusado autorizaba y legitimaba la interceptación de la compradora y la incautación del producto para su identificación, como ulterior medio de prueba respecto a la actividad desarrollada por el vendedor, objeto de la investigación policial, pero no existía presupuesto legal alguno que justificara la privación de la libertad de aquélla, toda vez que lo único que se recoge en el *factum*, es una vulgar operación de compra de droga en tan exigua cantidad de 0,200 g por dos mil pesetas, y que el propio acusado –como destaca la sentencia– calificó como que lo que él observó era «el acto normal de una transacción», y, desde luego, tal hecho, en el escenario y circunstancias concurrentes, en modo alguno permite considerar desde una perspectiva ponderada y racional que la escasa cuantía de la droga adquirida tuviera otro destino que el autoconsumo, como, por otra parte, ha manifestado reiteradamente Alicia, ni que apareciera dato alguno de que Alicia participase en un delito de tráfico de drogas que justificara su detención, máxime cuando en el registro corporal a que se le sometió en Comisaría no se halló droga alguna y, sin embargo, permaneció privada de libertad otras casi cinco horas después de efectuado el cacheo infructuoso.

Resulta altamente significativo que –como destaca la sentencia– el acusado declara en el juicio oral que recibió información de que Alicia podía estar colaborando con el traficante que le vendió la droga, y que esa información se la dio gente del inmueble donde aquél tenía su domicilio. Pero, curiosamente, se trata de un dato de indudable relevancia de haberse podido verificar, y, sin embargo, no se ha aportado prueba alguna de lo alegado, ni, lo que resulta más sorprendente, tampoco aparece en el atestado policial la más mínima alusión a esta cuestión, como también se consigna en la sentencia el hecho de que en el atestado no aparece ninguna referencia respecto de que Alicia pudiera estar involucrada en un delito contra la salud pública. Siendo de señalar, además que la mera y simple posibilidad de tal participación, sin dato o elemento alguno que la hiciera razonablemente plausible, hubiera precisado una investigación en relación a la compradora que hubiera podido proporcionar algún hecho o dato concreto que racionalmente pudiera avalar que aquélla participara en la actividad delictiva, lo que no se llevó a cabo.

En definitiva, el *factum* revela claramente una privación de libertad de cerca de ocho horas de duración carente de justificación legal ante la inexistencia de cualquier supuesto previsto por la ley que autorizara la vulneración de un derecho fundamental

de la persona como es el de la libertad personal y de deambulaci3n, lo que convierte la detenci3n en arbitraria, caprichosa e ilegítima, en suma, configurándose de este modo la acci3n típica sancionada por la ley.

Segundo.—Por el mismo cauce casacional de la infracci3n de ley prevista en el artículo 849.1.º LECrim., se alega en el segundo motivo la indebida aplicaci3n del artículo 167 en relaci3n con el 163.2.º CP dado que —señala el recurrente— el tipo penal básico exige que el agente actúe «sin mediar causa por delito» y en el supuesto enjuiciado el acusado estaba investigando la comisi3n de un delito de tráficu de estupefacientes por parte de Juan Antonio, en el que era «posible» la participaci3n de Alicia. Así, pues, sostiene, mediando causa por delito, «cualquier detenci3n ilegal por funcionario, en tal presupuesto, sería incardinable no en el artículo 167, sino en el artículo 530 del C3digo penal...».

El reproche carece de todo fundamento y debe ser desestimado.

La mera existencia de una investigaci3n policial de la que es objeto una determinada persona no autoriza, sin más, la detenci3n de ésta, y mucho menos la de cualquier otra que sea ajena a tal actuaci3n investigadora. La expresi3n «sin mediar causa por delito» que figura en la descripci3n del tipo, debe entenderse como equivalente a practicarse la detenci3n por causa de delito, es decir a la detenci3n practicada en los casos y circunstancias establecidos en el artículo 490 LECrim., y, especialmente, en el epígrafe 4.º de dicho precepto al que nos hemos referido en el anterior fundamento jurídico de esta resoluci3n.

Resulta palmario, pues, que con investigaci3n policial o sin ella, lo que legitima la detenci3n de Juan Antonio son los concretos actos de tráficu de drogas efectuadas por éste, que evidencian racionalmente la realidad de un delito y la participaci3n en el mismo del detenido. En cambio, en relaci3n a Alicia, ni estaba sometida a ninguna clase de investigaci3n judicial o policial (lo que refleja la ausencia de sospechas sobre ella de eventuales actividades delictivas), ni en el curso de la investigaci3n se advierte dato o hecho objetivo alguno que, al margen de una especulaci3n subjetiva huérfana de sustento fáctico, racionalmente fundamenten la implicaci3n de la compradora en la actividad delictiva del traficante, tal y como ha quedado argumentado anteriormente, por lo que la privaci3n de la libertad de aquélla resulta injustificada al carecer de cobertura legal que la legitime.

Tercero.—Tambi3n al amparo del artículo 849.1.º LECrim. se denuncia infracci3n de ley por indebida inaplicaci3n del artículo 530 CP.

El motivo es vicario del anterior, toda vez que parte de la premisa de que la detenci3n de Alicia estuvo legitimada al haber mediado causa por delito, premisa que ha quedado rechazada y aboca a la desestimaci3n de la censura.

Tiene declarado esta Sala que el ámbitu típico del delito sancionado en el artículo 530 del C3digo penal se refiere a supuestos de ilícitas privaciones de libertad cometidas por autoridades o funcionarios, por raz3n de la inobservancia de las garantías legales y constitucionales que condicionan el modo de practicarse y no de las que delimitan la procedencia de su adopci3n. En efecto, mientras que la detenci3n ilegal por falta de causa legítima que la justifique pertenece al tipo penal del artículo 167, referido así a las privaciones de libertad irregulares en el fondo, la del artículo 530 exige que medie causa por delito, estando su ilicitud determinada por el hecho de incumplirse las garantías institucionales de carácter constitucional y legal. Garantías de las que a su vez debe excluirse el supuesto del incumplimiento del deber de informar de sus derechos al detenido, ya que es objeto de específica tipificaci3n en el artículo 537 del C3digo penal.

En consecuencia, con esta excepci3n, el tipo del artículo 530 queda reservado a los casos de detenci3n justificada pero en la que se produce luego el incumplimiento de los plazos legales, como expresamente prevé el tipo penal, o la inobservancia de

las restantes exigencias, como la de no poder exceder la detención del tiempo estrictamente necesario (artículos 17.2 CE y 520 LECrim.), o de las garantías del artículo 520, a salvo lo relativo a la información de derechos cuyo incumplimiento ya hemos dicho origina el delito del artículo 537 y no el del 530 del Código penal (véanse SSTs de 11 de julio de 2001 y 10 de marzo de 2002).

Por consiguiente, careciendo *ab initio* la detención de justificación por la ausencia de presupuesto legal que la legitime, la acción escapa del marco típico del artículo 530 para incardinarse cumplidamente en los preceptos aplicados por el Tribunal sentenciador.

(Sentencia de 29 de septiembre de 2003)

## ARTÍCULO 173

*Delito contra la integridad moral en concurso con detención ilegal y agresión sexual. Infligir a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral: requisitos; existencia: víctima atada de pies y manos durante casi una semana, reiteradamente golpeada con cinturones, quemándola con cigarrillos para extremar su dolor y humillación, agredida sexualmente, no dándole comida más que en una ocasión, negándole la bebida y ofreciéndole únicamente orines cuando les pedía agua y untándosele la cara con heces*

Primero.—La Audiencia Provincial de Oviedo, Sección tercera, condenó a Inocencio y a María Purificación como autores criminalmente responsables de los siguientes delitos: detención ilegal, agresión sexual, contra la integridad moral y tres faltas de lesiones, y además a Inocencio, como autor de un delito de violencia doméstica en el ámbito familiar, frente a cuya resolución judicial formalizan recurso de casación, que pasamos seguidamente a analizar.

Segundo.—Ambos recurrentes formalizan un reproche casacional, alegando como infringida la garantía constitucional de inocencia, proclamada constitucionalmente en el artículo 24.2 de nuestra Carta Magna, dedicando todo el esfuerzo impugnativo María Purificación en este apartado, incluso con la incorporación de su motivo tercero, por error de hecho en la apreciación de la prueba, del artículo 849-2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que carece de cualquier fundamento jurídico al invocarse como documento a efectos casacionales el acta del juicio oral y declaraciones personales, contra la reiterada jurisprudencia de esta Sala que mantiene que no tienen la consideración de documentos literosuficientes. El acta del juicio oral no es documento a estos efectos casacionales, por cuanto constituye el reflejo documentado de pruebas personales, acreditando lo acaecido en el plenario, pero no la veracidad de las declaraciones y pruebas allí practicadas (Sentencias de 27 de septiembre de 1991, 7 de noviembre de 1992, 22 de julio de 1993 y 14 de mayo de 1996, entre otras).

Hemos dicho reiteradamente que en punto a la vulneración de la presunción de inocencia, esta Sala casacional debe comprobar si hay prueba en sentido material (prueba personal o real); si esta prueba es de contenido inculpativo; si ha sido constitucionalmente obtenida, esto es, si accedió lícitamente al juicio oral; si ha sido practicada con regularidad procesal; si es suficiente para enervar la presunción de inocencia; y finalmente, si ha sido racionalmente valorada por el Tribunal sanciona-

dor. Más allá no se extiende nuestro control cuando de vulneración de la presunción de inocencia se trata. El intento de que esta Sala vuelva a valorar la prueba personal al margen del principio de inmediación está condenado al fracaso (en este sentido, la Sentencia de 28 de febrero de 2003).

El recurso de casación no es un remedio valorativo de la prueba practicada en el juicio oral, conforme a los principios que rigen este acto procesal (oralidad, publicidad, inmediación, concentración, contradicción e igualdad de armas), sino que, cuando se alega, como es el caso, la vulneración de la presunción de inocencia, el Tribunal Casacional únicamente debe verificar los controles anteriores, pero no puede efectuar una nueva valoración de la prueba, al faltarle el fundamental requisito de la inmediación procesal, pieza clave del sistema valorativo, que supone la apreciación de la prueba de carácter personal que se desarrolla en el plenario. Únicamente el vacío probatorio, o la falta de racionalidad en dicho proceso valorativo, pueden tener trascendencia casacional (Sentencia de 16 de abril de 2003).

El motivo censura que siendo la única prueba de cargo la declaración de la víctima, Flor, que había convivido con Inocencio durante dos años, y del que tenía un hijo, al volver éste con su mujer, la coacusada María Purificación, con sus cuatro hijos, y residir los tres en la misma vivienda, se produjeron tensiones que produjeron la denuncia de Flor, lo que le resta credibilidad, no concurriendo tampoco el requisito de la persistencia en sus imputaciones.

Ciertamente, como ya hemos declarado reiteradamente, el testimonio de la víctima debe ser valorado con extrema cautela cuando es la única prueba que se ofrece ante el Tribunal sentenciador. Ahora bien, en el caso sometido a nuestra consideración casacional, no es únicamente tal testimonio el que tuvo en cuenta la Sala sentenciadora, sino que los elementos que corroboran el mismo son contundentes. En efecto, expresó Flor en su denuncia que había sido objeto de un encierro por parte de Inocencio y María Purificación, atándola de pies y manos en una habitación, vigilando María Purificación las ataduras para que no se aflojasen, siendo golpeada por Inocencio en varias ocasiones, usando para ello un cinturón y llegando a producirle quemaduras con cigarrillos; también denunció que durante tal encierro no le dieron alimentos más que en una ocasión, negándole la bebida y ofreciéndole únicamente orines cuando les pedía agua. Del mismo modo fue obligada a realizar actos de tipo sexual con María Purificación, la cual, siguiendo indicaciones de Inocencio le untó el rostro con heces. El episodio es ciertamente espeluznante; al cabo de una semana, dice el relato factual de la sentencia recurrida, logró escapar y se dirigió a un hospital para ser atendida, tras lo cual, denunció los hechos ante la Guardia Civil y este mismo Cuerpo interesó la continuación del ingreso en hospital general (véase oficio del capitán médico, folio 11).

Los agentes policiales ante los que presentó la denuncia prestaron declaración ante la Sala sentenciadora, manifestando la seriedad y verosimilitud de la misma, que nunca les pareció simulada, sino todo lo contrario. Y en los reconocimientos médicos inmediatos se observó que Flor presentaba erosiones en las muñecas de ambas manos, producidas por las ataduras, lesiones contusas en las regiones parietal y maxilar, dorso de la nariz, hombro, brazos, antebrazos, ambas piernas, glúteo derecho, múltiples lesiones alargadas de diferente longitud y ancho en la espalda (producidas por los golpes ocasionados con el cinturón), dos lesiones de tipo costra, ovaladas, en la región supraescapular y en el pezón izquierdo, ocasionadas por las quemaduras de los cigarrillos, y rotura de huesos de la nariz. También presentaba un estado de caquexia por la privación de alimentos, presentando múltiples cicatrices corporales, que se describen detalladamente en el *factum*. Los informes forenses obrantes a los folios 29 y 34 son concluyentes al respecto, así como los partes de asistencia en urgencias del hospital central de Asturias.

De modo que los variados hematomas y cicatrices acreditan el ejercicio de la violencia en la producción de tales hechos, e igualmente las erosiones en las muñecas y tobillos evidencian las ataduras, y con ellas, la privación de libertad que sufrió Flor. Existen, además, como expone el Ministerio Fiscal en esta instancia, ciertos datos corroboradores, que el Tribunal de instancia puede valorar para llegar a su convicción, como la declaración sumarial del acusado en la que expuso «no recordar fijo si Flor estaba atada o no», justificándose ante el Juez de Instrucción por haber ingerido alcohol con muchas pastillas antidepressivas (folios 23 y 24), y la propia María Purificación corrobora la versión acusatoria en su declaración sumarial al folio 38 cuando niega haber apretado las ataduras de Flor y reconoce que «vio que estaba atada», por más que en el plenario lo atribuya a un error de expresión o de recepción de sus palabras.

En definitiva, en este caso, no solamente el Tribunal contó con la declaración de la víctima sino fundamentalmente con pruebas objetivas que acreditaban lo denunciado, parcialmente corroboradas por las declaraciones de los acusados, y con informes médicos contundentes. Esta valoración del Tribunal de instancia no puede ser modificada en esta instancia, en tanto está rodeada de datos corroboradores y expresada con racionalidad.

En el acto del plenario, bien sea por reconciliación, bien sea por temor a represalias, Flor se retractó de sus afirmaciones, manteniendo no obstante que fue objeto de malos tratos, detención ilegal y de agresiones sexuales, pero no por parte de los acusados, sino de un marroquí, que llamó Luis Antonio, y que determinó la advertencia del Presidente del Tribunal sobre la presunta comisión de un delito de falso testimonio. Siendo delitos públicos los imputados por el Ministerio Fiscal, el cambio de versión en el acto del juicio oral no puede determinar sin más la absolución de los acusados. En ese caso corresponde al Tribunal de instancia valorar la verosimilitud de los hechos denunciados, y la concurrencia de pruebas que acrediten su efectiva ocurrencia, no obstante la falta de ratificación de la víctima, y desde luego, tratándose de hechos de la gravedad de los enjuiciados, esta decisión debe tomarse con particular cautela probatoria. En el fundamento jurídico segundo *in fine*, la Sala sentenciadora razona que el cambio de versión no puede ser tenido en cuenta, por los motivos que deja expuestos, fundamentalmente referidos a un ostensible efecto neutralizador de sus declaraciones, atribuyendo la realidad de lo acontecido a un ciudadano marroquí, y tal discurso valorativo en esta sede casacional no puede ser tachado de absurdo, ilógico o arbitrario, a la vista del resto del material probatorio, sino una alternativa valorativa posible y razonable, por la que opta la Sala sentenciadora, de modo que desde la perspectiva de la presunción de inocencia el motivo de ambos acusados tiene que ser desestimado.

Fuera de los casos en que los delitos son públicos enteramente, incluso en el de agresión sexual, el artículo 191.2 del Código penal expresa que el perdón del ofendido no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase.

Tercero.—El primer motivo de Inocencio denuncia la falta de concurrencia de los elementos típicos de los diversos reproches penales que el Tribunal sentenciador aplicó, de conformidad con lo solicitado por el Ministerio Fiscal en el plenario, por la vía de la infracción de ley, del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y por consiguiente, con pleno respeto a los hechos declarados probados.

En relación con la detención ilegal, el recurrente denuncia que «no se especifica en ningún momento en la sentencia la duración del encierro». Sin embargo, de los hechos probados claramente se deduce que tal privación de libertad comenzó unos siete días antes del día 14 de septiembre de 2000, fecha de la denuncia de los acontecimientos, tras su evasión, tal y como deja constancia la Sala sentenciadora. La claridad de la detención ilegal, configurada en el artículo 163.1 del Código penal, a la vis-

ta de las ataduras «para que no escapara», «siendo ayudado por María Purificación [Inocencio] que vigilaba que las ataduras no se aflojasen, apretándolas cuando ocurría así», nos evitan de más comentarios para desestimar este apartado del reproche casacional.

Con respecto al delito de agresión sexual, el artículo 178 del Código penal sanciona al que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, precepto en que se engloba cualquier atentado de dicha clase, con tal que concurra dicha violencia o intimidación, como en el caso se produce en el contexto de la privación de libertad mediante ataduras, y con espeluznantes vejaciones a la dignidad de la persona, y en el *factum* se expresa que «fue obligada a realizar actos de tipo sexual con María Purificación, la cual siguiendo indicaciones de Inocencio le untó la cara con heces, diciéndole éste en varias ocasiones que la iba a obligar a mantener relaciones sexuales con personas de edad avanzada». Tal relato factual integra un delito de dicha naturaleza, y no simplemente la falta de vejaciones del artículo 620.2 del Código penal como quiere el recurrente.

Respecto al delito contra la integridad moral del artículo 173 del Código penal, esta Sala ha declarado (Sentencia de 8 de mayo de 2002) que, en opinión doctrinal casi unánime, representa el tipo básico de las conductas incluidas dentro del Título VII del Libro II del Código penal, como delitos contra la integridad moral de las personas; esa integridad protegida ha sido identificada con la idea de dignidad e inviolabilidad de la persona y, tomando como referencia la STC 120/1990, de 27 de junio, abarca su preservación no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular. En el contexto en que se encuentra el precepto aplicado, la integridad moral se ha identificado también con la integridad psíquica, entendida como libertad de autodeterminación y de actuación conforme a lo decidido.

Dicho delito de trato degradante requiere para su apreciación de la concurrencia de un elemento medial («infligir a una persona un trato degradante»), y un resultado («menoscabando gravemente su integridad moral»). Por trato degradante habrá de entenderse, según la STS de 29 de septiembre de 1998, «aquel que pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso su resistencia física o moral».

La acción típica, pues, consiste en infligir a otra persona un trato degradante, de forma que se siga como resultado y en perfecta relación causal un menoscabo grave de su integridad moral. El núcleo de la descripción típica está integrado por la expresión «trato degradante», que en cierta opinión doctrinal parece presuponer una cierta permanencia, o al menos repetición, del comportamiento degradante, pues en otro caso no habría «trato» sino simplemente ataque; no obstante ello, no debe encontrarse obstáculo, antes bien parece ajustarse más a la previsión típica, para estimar cometido el delito a partir de una conducta única y puntual, siempre que en ella se aprecie una intensidad lesiva para la dignidad humana suficiente para su encuadre en el precepto; es decir, un solo acto, si se prueba brutal, cruel o humillante puede ser calificado de degradante si tiene intensidad suficiente para ello.

De manera que por trato degradante deberá entenderse en términos generales cualquier atentado a la dignidad de la persona. Por lo que hace referencia al resultado se precisará un menoscabo de la integridad moral, como bien jurídico protegido por la norma y que se configura como valor autónomo, independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad o al honor, radicando su esencia en la necesidad de proteger la inviolabilidad de la persona. Se trata de un tipo residual que recoge todas las conductas, que supongan una agresión grave a la integridad moral. Y en cuanto a la mecánica comisiva se sanciona cualquier trato degradante que me-

noscabe gravemente la integridad moral. Se trata de someter a la víctima, de forma intencionada, a una situación degradante de humillación e indignidad para la persona humana.

El atentado a la integridad moral debe ser, en consecuencia, grave, debiendo la acción típica ser interpretada en relación con todas las circunstancias concurrentes en el hecho, pues cuando el atentado no revista gravedad estaremos ante la falta del artículo 620.2.º del CP.

En el caso enjuiciado, la víctima Flor, tras ser atada de pies y manos durante todo el curso del encierro, es reiteradamente golpeada, usando cinturones para ello, quemándola con cigarrillos para extremar su dolor y humillación, agredida sexualmente, no dándole comida más que en una ocasión, «negándole la bebida y ofreciéndole únicamente orines cuando les pedía agua» y se le «untó la cara con heces». Episodio, pues, de más humillación y vejación que atenta contra la integridad moral, como concepto derivado de la dignidad humana, no puede ofrecerse fácilmente en la realidad.

En consecuencia, el submotivo no puede prosperar.

Respecto del delito de violencia doméstica del artículo 153 del Código penal, el recurrente afirma que no contiene el requisito de la habitualidad en el ejercicio de la violencia. Sin embargo, como argumenta el Ministerio Fiscal en esta instancia, el relato factual de la sentencia recurrida refiere que ya con anterioridad al mes de septiembre del año 2000, y desde el nacimiento de su hijo, que contaba entonces con cinco meses, «Inocencio había comenzado a mostrarse agresivo con Flor llegando a golpearla en alguna ocasión»; después se narra que durante el tiempo que permaneció encerrada Inocencio la golpeó en varias ocasiones y que para ello utilizaba un cinturón y que «llegó a quemarla con cigarrillos». Con respecto a su relación con la agredida, Flor estaba unida sentimentalmente a Inocencio en tiempo que la Sentencia fija en los dos últimos años, llegando a tener con el mismo un hijo que contaba cinco meses de edad, de manera que se cumplen todos los requisitos exigidos por el artículo 153 del Código penal, ejercicio habitual de violencia física, y el personal, contra el cónyuge o persona que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad. Se desestima de este modo la censura casacional, en este apartado, y también en el último, pues la pericial médico forense recoge en punto a la objetivación de las lesiones constitutivas de tres faltas, en los hechos probados de la sentencia, unas evidencias de lesiones producidas en distintos tiempos, atendida la evolución y antigüedad de los vestigios que en su cuerpo presentaba Flor. Así, de una parte puede atenderse a la caquexia por privación de alimentos y a las erosiones en las muñecas ocasionadas precisamente por las condiciones de la detención, pero indudablemente integrantes de una falta de lesiones, de otra parte los distintos hematomas producidos por golpes con las manos y el cinturón, de diferente grado de evolución y cicatrización, y la fractura de huesos propios de la nariz, por lo tanto producidos en ocasiones diferentes, en el contexto del encierro que se narra en el *factum*.

En definitiva, el concurso real es consecuencia de lo dispuesto en el artículo 177 del Código penal, a cuyo tenor «si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos o faltas cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la Ley».

En consecuencia, se desestima el motivo.

(Sentencia de 5 de junio de 2003)

## ARTÍCULO 175

*Concepto de integridad moral. Policía que al detenido y esposado comienza a darle patadas y golpes por todo el cuerpo a la vista de las personas que salían de discoteca: trato degradante y vejatorio con padecimientos psíquicos y físicos. Autoridad o funcionario que permite que otras personas ejecuten los hechos delictivos: los sujetos que omiten deben de tener una relación de superioridad respecto al que realiza los actos atentatorios contra la integridad moral; inexistencia: presencia pasiva mientras compañero policía realiza actos contra la integridad moral, sin que exista relación jerárquica entre las personas que presencian la agresión y el autor de la misma*

Quinto.—El primer motivo del recurso, formalizado por infracción de ley, del número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la indebida aplicación tanto del delito de lesiones (art. 147 del Código penal), como de los artículos 175 y 176 del propio Cuerpo legal, como delitos de atentado contra la integridad moral de una persona.

Conviene precisar, antes de nada, que en el desarrollo del motivo deben ser respetados escrupulosamente los hechos declarados probados por la sentencia recurrida, so pena de inadmisión, que en esta fase procesal se traduciría en desestimación.

Dicen primeramente los recurrentes, que el Tribunal *a quo* debió condenar por el número segundo del artículo 147 del Código penal, en vez de por el número primero, atendiendo a la menor gravedad de las lesiones, los medios empleados y el resultado producido.

Esta petición es susceptible de revisión en esta instancia casacional, como exponen, entre otras, las Sentencias de 21 de noviembre de 1990 y 22 de diciembre de 1994.

Ahora bien, si partimos del relato factual de la sentencia de instancia, se describe un violento episodio de producción de lesiones, narrando cómo los acusados Agustín, Juan Carlos y Julián, sujetan por los brazos a Luis Andrés, llevándole a un rincón apartado de las miradas de la gente, y «allí le golpean los tres acusados indistintamente, sujetándole y golpeándole con patadas y puñetazos, le propinan un golpe en la cabeza con un aparato de radio y mientras dos de ellos le agarran por los brazos, otro tira con gran fuerza de los brazos de Luis Andrés para colocarle las esposas por detrás».

El fundamento de la aplicación del tipo atenuado previsto en el párrafo segundo del artículo 147 del Código penal reside en la menor gravedad objetiva del delito, como consecuencia del medio empleado o del resultado producido; es decir, estamos en presencia de una menor antijuridicidad del hecho, por el medio o por el resultado. Ni lo uno ni lo otro es predicable de la resultancia fáctica sometida a nuestra consideración casacional.

Con relación a los medios, las lesiones se producen con evidente desproporción de fuerza entre los tres acusados y el lesionado, que además logran apartarle a un lugar solitario, fuera de las miradas de la gente, dice el *factum*, con intención de perpetrar el hecho con mayor comodidad y perversidad; allí le golpean los tres acusados indistintamente, sujetándole unos y otros propinándole «patadas y puñetazos», hasta golpearle con un aparato transmisor en la cabeza, siempre según el relato de la sentencia, de obligado respeto dada la vía elegida por los recurrentes para esgrimir este reproche casacional. Y como consecuencia de tales golpes, con los pies y los puños,

se producen las lesiones que se dejan también expuestas en el *factum*: un esguince acromio clavicular derecho grado primero y policonusiones y poliabrasiones, que tardaron en curar 116 días, con tratamiento médico rehabilitador, fármacos e inmovilización, dejándole las cicatrices descritas, una en la cara externa del brazo izquierdo y otra en la cara lateral de la región torácica derecha.

En consecuencia, con dicho relato factual, ni puede hablarse de una menor entidad en los medios empleados, ni mucho menos en el resultado producido, por lo que este apartado del motivo tiene que ser desestimado.

El segundo reproche se hace por infracción de los artículos 175 y 176 del Código penal, solicitando, en primer lugar, la inaplicación de tales preceptos, por no haberse producido el atentado contra la integridad moral que específicamente requiere el tipo, y subsidiariamente, la subsunción de los hechos en el tipo atenuado definido en el propio artículo 175 del mismo Cuerpo legal.

El artículo 175 del Código penal se encuentra bajo la rúbrica de los delitos contra la integridad moral, y supone un tipo residual respecto al delito de torturas, definido en el artículo 174, en cuanto que, bajo su dicción legal, se cometerá cuando la autoridad o el funcionario público, abusare de su cargo, y no se hallare comprendido en el artículo anterior (torturas), atentare contra la integridad moral de una persona. Son, pues, sus requisitos: *a*) en cuanto al sujeto activo, tiene que tratarse de un funcionario público o autoridad, ya que en caso contrario la ley prevé la sanción por la vía del artículo 173, si bien este último precepto refuerza la acción infligiéndose un trato degradante, adjetivación que no se predica del acto comisivo en este delito, aunque puede considerarse implícito; *b*) en cuanto a la acción, el sujeto activo tiene que abusar de su cargo, lo que significa un comportamiento extralimitativo, prevaleciéndose de su condición pública, lo que produce una cierta intimidación para la consecución de sus fines y de sensación de impunidad en su comportamiento; *c*) el resultado, consiste en atentar contra la integridad moral de una persona. El derecho a la integridad moral está reconocido constitucionalmente en el artículo 15 de nuestra Carta Magna, que prescribe con carácter general los tratos degradantes, y que se conecta directamente con la dignidad de la persona, cuyo artículo 10.<sup>o</sup> atribuye a la misma ser el fundamento del orden político y de la paz social; *d*) por último, los hechos no pueden ser constitutivos del delito de torturas, lo que le confiere un carácter residual.

El Tribunal Constitucional en su Sentencia 120/1990, de 27 de julio, realiza un acercamiento al concepto de integridad moral, al decir que en el artículo 15 de la Constitución española «se protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra los ataques dirigidos a lesionar su cuerpo y espíritu, sino también contra toda clase de intervenciones en esos bienes que carezcan del consentimiento de su titular». Se ha dicho por doctrina científica que se relaciona la integridad moral con esta idea de inviolabilidad de la persona, y con los conceptos de «incolumidad» e «integridad personal». De modo que el Tribunal Constitucional, recogiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, significativamente las Sentencias dictadas en 18 de enero de 1978 (caso Irlanda contra el Reino Unido), en 25 de abril de 1978 (caso Tyrer), en 6 de noviembre de 1980 (caso Guzzardi), en 25 de febrero de 1982 (caso Campbell y Cossans), en 7 de julio de 1989 (caso Soering), en 20 de marzo de 1991 (caso Cruz Varas y otros), en 30 de octubre de 1991 (caso Vilvarajah y otros), etcétera, ha declarado que las tres nociones recogidas en el artículo 15 de la Constitución («torturas», penas o tratos «inhumanos» y penas o tratos «degradantes») son, en su significado jurídico, «nociones graduadas de una misma escala» que en todos sus tramos entrañan, sean cuales fueran los fines, «padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre, y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente» (Sentencias del Tribunal Constitucional 120/1990, 137/1990 y 57/1994).

De modo que el concepto de atentado contra la integridad moral, comprenderá: a) un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito; b) un padecimiento, físico o psíquico en dicho sujeto; c) un comportamiento que sea degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito.

Bajo esta interpretación, el motivo, en lo que respecta al delito definido en el artículo 175 del Código penal, e imputado a Agustín, tiene que ser desestimado. En efecto, en el relato factual de la sentencia recurrida se expone que, ya en la calle Orense, el citado acusado, con el chaleco reflectante con la palabra «policía» se encuentra esperando la llegada de los vehículos policiales para llevar a los detenidos a comisaría, y en ese momento, cuando ya Luis Andrés se halla inmovilizado y esposado, sentado en la acera, le reprocha que por su culpa se ha roto la camisa (de paisano), y comienza a darle patadas y puñetazos por todo el cuerpo, a la vista de las personas que en ese momento salían de la discoteca.

Este comportamiento contiene todos los elementos anteriormente analizados, ya que es degradante, vejatorio y produce evidentes padecimientos psíquicos, y ciertamente físicos, en quien lo sufre, al ser golpeado con patadas y puñetazos, mientras se encuentra inmovilizado y esposado en la calle, reprochándole algo tan desproporcionado con su actitud vejatoria y humillante, como la rotura de su camisa de paisano. Tales hechos son evidentemente graves, e inciden directamente en el contenido del artículo 5.3 b) de la Ley Orgánica 2/1986 de 14 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en cuanto señala que sus miembros «velarán por la vida e integridad física de las personas a quienes detuvieren o que se encuentren bajo su custodia y respetarán el honor y la dignidad de las personas».

Con relación a Juan Carlos y Julián, han sido condenados por vía del artículo 176 del Código penal. Dicho precepto dispone que «se impondrán las penas respectivamente establecidas en los artículos precedentes a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permitiere que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos».

La doctrina ha puesto de manifiesto que la referencia a «otras personas», hay que entenderla, en una interpretación sistemática con el artículo 173, como que en dicha expresión han de ser incluidas cualesquiera que realicen los actos de tortura o de tratos vejatorios, sean funcionarios o no. Ahora bien, al ser un acto omisivo el castigado por la ley, debemos entender implícito el concepto de superioridad, y no la mera presencia pasiva, como consta en el *factum*, pues el deber inherente al cargo que se describe en el tipo, acredita este requisito de superioridad frente a los autores del hecho vejatorio, teniendo en cuenta que los hechos se producen en la calle, y se enmarcan dentro de una detención policial, de la que Juan Carlos y Julián participan, no constando dato alguno de superioridad ni de mando en su actuación. El artículo 1.º.1 de la Convención contra la Tortura, de 1984, ya hacía referencia en este sentido a que la tortura fuera infligida por otra persona con el «consentimiento o aquiescencia» del funcionario, lo que resalta el concepto de superioridad. La mención legal «permitiere» refuerza igualmente esta interpretación, conforme al principio de taxatividad que rige el Derecho penal, pues esa permisión denota una posición (implícita) de superioridad, y no la mera omisión (con previo acuerdo) a la que parece referirse el tipo que estaría cubierta en caso contrario por simples consideraciones de garante, y que por el contrario no resultaría de la expresión «permitiere» que inexorablemente adjetiva el precepto interpretado. Se trata de un deber especial por el cargo que incumbe a los superiores sobre sus subordinados, a los que ya se refirió esta Sala en Sentencias de 18 de julio de 1997 y 19 de diciembre de 1996.

Concretamente la primera de dichas Sentencias, la de 18 de julio de 1997, sienta la siguiente doctrina: «nos hallamos ante una norma penal, la del último párrafo del

artículo 204 bis CP anterior y artículo 176 del ahora en vigor, que constituye un supuesto de comisión por omisión específicamente regulado en la parte especial de dichos Códigos al recoger los diversos supuestos del delito de torturas. Primero, la Ley Penal nos define los distintos delitos de esta clase por lo que se refiere a las conductas de las autoridades o funcionarios que materialmente los realizan y, finalmente, se sanciona con las mismas penas que a tales autores materiales, a quien, faltando a los deberes de su cargo, permiten su realización. Aunque la doctrina discute si con esta última tipificación penal nos hallamos ante una coautoría por omisión (que existiría si entre unos y otros hubiera existido un acuerdo, aun tácito, para tales torturas) o ante una participación por cooperación necesaria de carácter omisivo (por el especial deber que por el cargo incumbe a los superiores sobre sus subordinados, incumplido al tolerar los malos tratos), en cualquier caso la Ley, al equiparar en las penas a quienes materialmente torturan y a los jefes que lo permiten, reputa equivalentes unas y otras conductas: el especial deber de vigilancia y la superioridad jerárquica justifican tal equiparación».

Y en la segunda Sentencia citada, la de 19 de diciembre de 1996: «nos hallamos ante un delito de naturaleza omisiva, un supuesto de comisión por omisión, con relación al cual la propia Ley Penal, después de regular las correspondientes acciones que configuran las modalidades ordinarias de comisión de estos delitos, nos ofrece una cláusula de equiparación del supuesto omisivo a las paralelas figuras comisivas, en consideración al especial deber jurídico que incumbe a la autoridad o funcionario que tiene bajo su concreta responsabilidad velar por las personas detenidas».

Y por otro lado, esta interpretación permite, si correspondiera, la sanción disciplinaria de los hechos enjuiciados por la vía de la falta muy grave que se describe en el artículo 27.3 c) de la Ley Orgánica 2/1986, de 14 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

En consecuencia, procede estimar el motivo en lo referente a los acusados Juan Carlos y Julián, y absolverles de tal delito, sin perjuicio de mantener el fallo condenatorio por el delito de lesiones, como ya hemos argumentado con anterioridad, y la desestimación íntegra en lo tocante a Agustín.

(Sentencia de 16 de abril de 2003)

## ARTÍCULO 181.2

*Existe abuso sexual, y no agresión, cuando se da un prevalimiento pero no una intimidación. La intimidación, tiene carácter objetivo no bastando para su apreciación «sentirse intimidado» sino que requiere la amenaza de un mal o perjuicio para la vida o integridad física grave e inmediato deducible de palabras o actos concluyentes. Si la amenaza no es relevante, objetivamente, para quebrantar la voluntad de la víctima, no existe intimidación*

Segundo.—El siguiente motivo, por infracción de Ley del artículo 849.1 LECrim., denuncia la aplicación indebida de los artículos 178 y 179 CP, en su redacción originaria, es decir, anterior a la LO 11/99. Se sostiene en el motivo, que como es obligado parte de la intangibilidad del *factum*, que la sustancia fáctica que constituye la intimidación (la violencia se descarta en ambos supuestos), que ha determinado la calificación de los hechos por la Audiencia como sendos delitos continuados de agresión sexual de los artículos 179 y 178 y 180.3, ambos en relación con el artículo 74,

respectivamente, ha sido subsumida incorrectamente en dichos tipos penales, sin que desde luego la ausencia del consentimiento de las menores pueda ponerse en cuestión en un motivo como en el presente.

En relación con la hermana mayor lo que se consigna es que las agresiones sexuales del acusado se produjeron «a pesar de la negativa de la menor» que intentaba apartarle y no lo conseguía, la amenazaba con que «iba a denunciarla», «o que haría daño a su madre o hermanos», creando «miedo en la víctima». También se añade en el hecho probado que «estas prácticas sexuales continuaron hasta que E., con dieciséis años, le amenazó con denunciarle». En cuanto a A., se afirma que los tocamientos «los realizó el procesado sin que la niña los consintiera y amenazándola para que no dijese nada y generando en la menor miedo a “que le tapara la boca y la ahogara”».

El artículo 178 CP que describe el tipo básico de las agresiones sexuales, vincula la presencia de la violencia e intimidación al atentado contra la libertad sexual de la víctima, sin establecer otras circunstancias personales u objetivas para entender consumado el tipo. En este sentido el elemento normativo expresado en la alternativa violencia o intimidación, tratándose además de un tipo comprendido dentro de los delitos contra la libertad sexual, que afecta al libre consentimiento del sujeto pasivo, constituye el fundamento del delito, es decir, el castigo se produce por cuanto se coarta, limita o anula la libre decisión de una persona en relación con su actividad sexual. La Jurisprudencia de esta Sala ha señalado que para delimitar dicho condicionamiento típico debe acudir al conjunto de circunstancias del caso concreto que descubra la voluntad opuesta al acto sexual, ponderando el grado de resistencia exigible y los medios coactivos para vencerlo (SSTS de 4 y 22 de septiembre de 2000, 25 de enero de 2002, 1 de julio de 2002 y 23 de diciembre de 2002). Es cierto que la línea divisoria entre la intimidación y el prevalimiento puede ser difícilmente perceptible en los casos límite como lo es la diferencia entre un consentimiento cercenado por la amenaza de un mal y el viciado que responde al tipo del abuso, donde la víctima en alguna medida también se siente intimidada. Sin embargo, este elemento debe tener relevancia objetiva y así debe constatar en el hecho probado. Lo relevante es el contenido de la acción intimidatoria llevada a cabo por el sujeto activo más que la reacción de la víctima frente a aquélla. El miedo es una condición subjetiva que no puede transformar en intimidatoria una acción que en sí misma no tiene ese alcance objetivamente, y esto es lo que sucede en el caso de autos. Las menores se sienten intimidadas a juicio del Tribunal, pero los actos intimidatorios descritos carecen objetivamente del componente normativo de la intimidación. La Jurisprudencia ha señalado que ello implica la amenaza de un mal o perjuicio para la vida o la integridad física que sea grave e inmediato, amenaza realizada de palabra o mejor aún mediante actos concluyentes. Es cierto que también ha afirmado que basta que sea eficaz para doblegar la voluntad del sujeto pasivo del delito, sin que sea necesario que tal intimidación sea irresistible, pero ello evidentemente partiendo de la existencia de una amenaza que sea relevante objetivamente. En relación con la hermana pequeña porque la amenaza consiste en que «no dijese nada» (elemento objetivo), generando en ella miedo a que le tapara la boca y la ahogara. En relación con la mayor, la amenaza consistía en que se decía algo «iba a denunciarla o que le haría daño a su madre y hermanos», generando miedo en la menor porque dichas amenazas pudieran cumplirse. Sin embargo, cuando ella, a su vez, le amenazó con denunciarle, las prácticas sexuales cesaron.

Por ello los hechos declarados probados deben ser calificados como sendos delitos continuados de abusos sexuales previstos, respectivamente, en los artículos 182 y 181.2.1, en relación con el 74, todos ellos CP 1995 según su redacción originaria.

El motivo debe ser estimado.

(Sentencia de 18 de diciembre de 2003)

## ARTÍCULO 184

*Acoso sexual de Alcalde a Concejala. No apreciación del subtipo agravado de abuso de autoridad, ya que el Alcalde es superior jerárquico del personal, laboral o funcionario, de una corporación local pero no respecto a un concejal, pues tanto aquél como éste, se encuentran en igualdad de condiciones para ejercitar su cometido constitucional, al no concurrir entre miembros nacidos de la soberanía popular, una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, como exige el artículo 184 apartado segundo del CP, para estimar aplicable el subtipo de prevalimiento de superioridad*

Séptimo.—En el motivo sexto, formalizado por infracción de ley, del número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia la falta de concurrencia en los hechos probados por la sentencia recurrida de los requisitos del tipo penal que ha aplicado, concretamente previstos en los apartados primero y segundo del artículo 184 del Código penal.

El delito de acoso sexual se introduce en nuestro ordenamiento penal con el Código de 1995 y se modifica su redacción por la reforma operada por Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril.

Como dice la Sentencia de esta Sala, de 23 de junio de 2000, que es la única que, hasta el momento, ha interpretado este tipo penal, ha sido la Comisión Europea, en su Recomendación de 27 de noviembre de 1991 relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, que incluyó un Código de conducta sobre las medidas para combatir el acoso sexual, y a los efectos que nos interesa, contiene una definición de acoso sexual como aquella conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del varón en el trabajo y que puede incluir comportamientos físicos, verbales o no verbales, en todo caso indeseados. Añade que la atención sexual se convierte en acoso sexual si continúa una vez que la persona objeto de la misma ha indicado claramente que la considera ofensiva y que lo que distingue al acoso sexual del comportamiento amistoso es que el primero es indeseado y el segundo aceptado y mutuo.

El acoso sexual, al constituir un atentado a la libre decisión de no verse involucrado en una relación sexual indeseada, está afectando a la esfera íntima de la persona, cuya protección proclama el artículo 18.1 de la Constitución, siendo igualmente un reflejo de su dignidad, enfatizado en el artículo 10 de la misma.

La tipificación del acoso sexual en el Código penal plantea, de inmediato, la cuestión de cuándo se desborda el ámbito de protección propio del ordenamiento laboral o civil para adentrarse en la indudablemente más severa protección penal. Razones de una mayor y eficaz protección de las manifestaciones más graves de acoso sexual justifican la específica tipificación de esta conducta, debiendo concurrir, por así exigirlo el principio de legalidad, cuantos elementos objetivos y subjetivos caracterizan esta figura delictiva.

Estudiemos ahora los elementos que deben concurrir para que nos encontremos ante una conducta de acoso sexual, tras la modificación operada en el Código penal, por la citada Ley Orgánica 11/1999. Son los siguientes: a) la acción típica está constituida por la solicitud de favores sexuales; b) tales favores deben solicitarse tanto para el propio agente delictivo, como para un tercero; c) el ámbito en el cual se soliciten dichos favores lo ha de ser en el seno de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual; d) con tal comportamiento se ha

de provocar en la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante; e) entre la acción que despliega el agente y el resultado exigido por la norma penal debe existir un adecuado enlace de causalidad; f) el autor tiene que obrar con dolo, no permitiendo la Ley formas imprudentes en su comisión.

Con respecto al primer requisito, se exige, como elemento nuclear del mismo, una petición de favores sexuales. Esta Sala casacional ha declarado que tal requisito queda cumplido «cuando media petición de trato o acción de contenido sexual que se presente sería e inequívoca, cualquiera que sea el medio de expresión utilizado», de tal modo que dicha conducta resulta indeseada, irrazonable y ofensiva para quien la sufre. En efecto, basta con la mera solicitud, la cual podrá realizarse de forma explícita o implícita, pero en todo caso deberá revelarse de manera inequívoca. Tampoco naturalmente es preciso que se traduzca en actos de abuso o agresión sexual, propiamente delictivos en otros apartados del mismo título, pues de concurrir con el acoso sexual nos encontraríamos ante un concurso de normas que se resolvería ordinariamente por el principio de consunción. Desde esta perspectiva, el acoso sexual es algo previo, que persigue precisamente el abuso o la agresión sexual, pero que adquiere rasgos propios delictivos, en función de la protección penal que se dispensa a la víctima cuando se produce en el ámbito concreto en donde se penaliza, y que la ley diseña como el entorno laboral, docente o de prestación de servicios, cualquiera que sea la continuidad de los mismos, con una amplia fórmula que engloba todos aquellos ámbitos en donde se producen las relaciones humanas más necesitadas de protección.

Este requisito se cumple en el caso de autos. En efecto, al formalizarse este motivo por infracción de ley, hemos de conceder el máximo respeto a los hechos declarados probados. Y en el relato histórico de la sentencia recurrida, intangible en esta vía casacional, como hemos dicho, se lee lo siguiente: «producida la ruptura [de sus relaciones sentimentales], surgen entre el acusado y querellante, situaciones de tensión con trascendencia en la vida personal y profesional de ambos, derivadas de la negativa de N. a continuar las relaciones sexuales y de la persistencia de I. A. en sentido contrario...»; esta persistencia se refuerza en el inciso final del párrafo tercero del fundamento jurídico primero cuando refiere la Sala sentenciadora: «... ante la negativa a mantener unas relaciones sexuales inicialmente consentidas, insiste en la solicitud...». Y en el *factum*, tras consignarse la aludida persistencia del acusado y la negativa de la querellante, se relata el cambio de actitud de I. A., hasta entonces complaciente con la conducta profesional de N., que sin duda potenció en gran medida, expresándose así el Tribunal de instancia: «desde el momento en que se produce la ruptura definitiva, el acusado, que hasta entonces había potenciado y protegido la actividad profesional de la querellante, cambia de actitud [incorrectamente dice “aptitud”] de forma más o menos solapada, generando en ésta un estado de confusión y ansiedad que en ocasiones bloqueó su propio comportamiento». A continuación se narran algunas situaciones *significativas* (que no propiamente paradójicas, como se las califica igualmente de forma errónea en el *factum*). De modo que este primer requisito queda cumplido, pues la ley no exige más que una solicitud explícita de obtención de favores sexuales, y en el relato histórico de la sentencia que revisamos se expone, de manera inequívoca, la insistencia (que se denomina «persistencia») a continuar las relaciones con la querellante, pero no se refiere a las relaciones sentimentales que se habían roto por voluntad de N., sino *las relaciones sexuales*, que es lo que se dice expresamente en el *factum*. Por si hubiera alguna duda, la Sala sentenciadora en su fundamentación jurídica vuelve a repetir esta idea con estas palabras: «... ante la negativa a mantener unas relaciones sexuales inicialmente consentidas, insiste en la solicitud...».

Es ajeno a la concurrencia de este primer requisito la contradictoria conducta de la querellante en algunos pasajes del relato histórico, que se ha justificado por los pe-

ritos informantes (médicos y psicólogos) en el bloqueo emocional que estas situaciones producen en las víctimas de hechos caracterizados por la ansiedad y la depresión, y que provocan trastornos adaptativos de la personalidad. En este sentido, y como ya hemos adelantado, tales informes periciales no prueban un hecho de naturaleza científica (como sucede de ordinario), sino que explican, conforme a criterios profesionales, unos hechos que han llegado al proceso por medio de otras fuentes probatorias diferentes. Nos encontramos ante una pericia interpretativa y no propiamente descriptiva. Desde esta perspectiva, lo que puede entenderse como un dato contradictorio aparece convertido en una respuesta emocional, que ha sido explicada con parámetros técnicos.

El segundo requisito es igualmente concluyente. La petición de favores sexuales se realiza para el propio acusado, lo que no ha sido discutido por nadie.

El ámbito donde debe producirse la acción nuclear del tipo (petición de favores sexuales) es un elemento sustancial al delito que enjuiciamos, y es la causa de su incorporación como tipo penal a partir del Código penal de 1995, encontrándose fuertemente matizado tras la reforma de 1999, al punto que la doctrina científica ha entendido que se ha tipificado como tipo básico el denominado *acoso ambiental*, y no propiamente ya el constitutivo de abuso de superioridad (prevalenciándose el culpable de una situación de abuso de superioridad), que pasa ahora a ser considerado como un subtipo agravado, junto al acoso sexual causal (esto es, con el anuncio expreso o tácito de causar un mal a la víctima relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación). Dicho ámbito es definido por el legislador como una «relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual». El fundamento del denominado «acoso ambiental» hay que buscarlo en la mayor protección que debe dispensarse a las víctimas que se encuentren en uno de tales ámbitos, en donde las relaciones se enmarcan en un segmento de mayor riesgo a ser sometidas a tratos de naturaleza sexual por parte de sus potenciales hostigadores, en donde concurrirá de ordinario alguna situación de superioridad (pero que la ley no exige), siendo también posible su consideración típica cuando el acoso sexual se produzca en un cuadro de horizontalidad.

En el caso, la relación de servicios ha de predicarse del conjunto de relaciones personales resultantes de su consideración como componentes de una corporación local (concejal y alcalde, respectivamente), que satisface las exigencias del tipo penal, pues tal relación de servicios tiene que ser interpretada en el sentido de relación docente, laboral o afín a la misma, siendo meridianamente claro que la corporación municipal produce en su conjunto servicios públicos de incuestionable vocación continuada, incluso con rango constitucional, por lo que el requisito ambiental en donde se desarrollaron los hechos queda patentemente cumplido.

El cuarto requisito exige que con tal comportamiento se ha de provocar en la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante. Desde luego la Ley Penal con este aspecto se refiere a un doble requisito: de un lado, una situación objetiva, pues no bastan meras impresiones al modo de una mera caracterización personal de la víctima; de otro, y como resultado delictivo que indiscutiblemente requiere el tipo penal. No es éste, en consecuencia, un delito de mera actividad o de resultado cortado (lo que producirá la concurrencia, en su caso, de formas imperfectas de ejecución), pues exige que se provoque en la víctima una situación gravemente intimidatoria, hostil o humillante. El adverbio «gravemente» se predica tanto de la situación intimidatoria, como de la hostil o humillante. Servirá en consecuencia para delimitar cuándo las características de la acción desbordan las previsiones protectoras del ordenamiento civil o del laboral, y se adentra el comportamiento desplegado en el ámbito de lo penal.

Veamos ahora su concurrencia en el caso enjuiciado. Decíamos que la Sala sentenciadora narra cómo a partir de la negativa de N. F. a continuar las relaciones se-

xuales con I. A., éste cambia de actitud y se producen algunas situaciones significativas. Así, en el Pleno municipal celebrado el día 22 de mayo de 2002, con ocasión de tratar sobre un asunto relacionado con las tasas de las terrazas de verano, le recrimina públicamente a N. F. «no llevar bien preparada la sesión», llegando al finalizar la sesión a tirar los papeles al suelo, diciendo: «esto es una mierda», lo que motivó que la querellante abandonara la reunión llorando; el día 23 de mayo de 2000, el alcalde acusado deja sin efecto un anterior decreto por el que le delegaba determinadas atribuciones, sin que exista causa alguna que lo justificara; el 26 de junio de 2000, la *desplaza* del despacho que tenía asignado en el edificio consistorial a otro edificio colindante; el día 22 de septiembre de 2000, desconvoca –para desacreditarla– una junta del IMFE (cuya presidencia había asumido N. F., y a la que había asignado el nuevo despacho), so pretexto de un inadecuado orden del día, y finalmente, tras la baja originada por estos hechos, se produce una reducción de sus emolumentos, «*lo que en situaciones análogas no se habría hecho con otro concejal del mismo grupo*». Estos acontecimientos, ciertamente de naturaleza objetiva, han provocado en la víctima una situación gravemente humillante. El acusado, tras el cambio de actitud que se produce como consecuencia de la negativa a continuar las relaciones sexuales, siempre siguiendo el *factum*, intangible en esta vía casacional, no solamente humilla públicamente a la querellante en el curso de una sesión plenaria municipal, al punto de tirar los papeles al suelo y dirigirse a N. F. en términos de público reproche, sino que, sin justificación aparente, le retira la delegación de atribuciones, sin causa que ampare ese comportamiento, la traslada de despacho a otro edificio, por más que éste sea colindante con el ayuntamiento, y concluye su acción disminuyéndola el sueldo a partir del día 22 de septiembre de 2000, a causa de la baja laboral que sufre, cuando esto no se hubiera hecho con otro concejal de su grupo, si nos atenemos a los hechos declarados probados por la sentencia recurrida. El acusado con su actuación, provoca una situación de humillación y grave perjuicio, hasta allá donde sus prerrogativas se lo permiten, sin más justificación aparente que el rechazo a su solicitud de continuar las relaciones sexuales, igualmente para ser fieles con el relato factual.

Este resultado se encuentra, pues, en conexión causal con la aludida solicitud o pretensión, resultando dicha conexión del mismo relato probatorio, habiendo actuado el acusado con dolo, entendiéndose por tal elemento subjetivo el simple conocimiento del riesgo potencial de poner en peligro el bien jurídico protegido por la norma, o si se prefiere, desde otra vertiente más clásica, la voluntad de infringir la norma jurídica con conocimiento de sus contornos fácticos, que el agente despliega de forma consciente. El dolo es palpablemente concurrente, y ni siquiera ha sido frontalmente puesto en entredicho por el recurrente.

Ahora bien, la Sala sentenciadora ha entendido que los hechos eran subsumibles en el subtipo agravado de abuso de superioridad, del apartado segundo del artículo 184 del Código penal, bajo la tesis de una superioridad jerárquica del alcalde sobre la concejal, que no se justifica de modo alguno. En efecto, del texto invocado (Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre), que aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, resulta relación alguna de superioridad entre miembros de una misma corporación municipal, cualquiera que sea el grupo político al que pertenezcan cada uno de los concejales de una entidad local. El alcalde solamente es superior jerárquico, a tenor de lo establecido en el artículo 41.14, del personal de la Corporación, sea éste de carácter laboral, o perteneciente a la función pública, incluidos los funcionarios de habilitación nacional, y en el apartado 15, se le atribuye la jefatura directa de la Policía Municipal, pero no es superior jerárquico del resto de concejales que con él forman la corporación municipal; las relaciones con éstos se disciplinan en el artículo 43 con el carácter de

atribuciones delegadas, que no entrañan la estructura jerárquica que requiere el tipo penal aplicado, en tanto que el artículo 184.2 del Código penal exige que se «hubiera cometido el hecho prevalidándose de una situación de superioridad laboral, docente o *jerárquica*», y tal jerarquía es un elemento del tipo que no puede presumirse; y al no concurrir entre miembros nacidos de la soberanía popular, que se encuentran en igualdad de condiciones para ejercitar su cometido constitucional, es por lo que tenemos que estimar parcialmente el motivo, en este particular, y dictar segunda sentencia en donde se absolverá a I. A. de esta faceta delictiva, no obstante mantener la condena por el tipo básico.

(Sentencia de 7 de noviembre de 2003)

## ARTÍCULO 188

*Determinar, empleando violencia, intimidación o engaño, o abuso de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad de ejercer la prostitución o a mantenerse en ella: diferencias con detención ilegal*

Segundo.—El motivo plantea la cuestión de la relación concursal del delito de detención ilegal del artículo 163 del Código penal de 1995 y el de determinación coactiva al ejercicio y al mantenimiento en la prostitución, del artículo 188.

Como sucede en otros tipos delictivos (por ejemplo el robo con intimidación o la propia violación), la dinámica comisiva del delito de determinación coactiva de una persona al mantenimiento en la prostitución, conlleva necesariamente una cierta restricción deambulatoria, pues en la medida en que la víctima se ve forzada a dedicarse a algo que no desea, también lo está, aun instantánea o transitoriamente, a no abandonar el lugar donde dicha actividad se realiza.

En consecuencia, la necesidad de respetar la prohibición del *bis in idem* así como la aplicación del principio de especialidad, nos llevan a estimar que el delito de determinación coactiva al mantenimiento en la prostitución consume las manifestaciones menores de restricción deambulatoria ínsitas en el comportamiento sancionado en el tipo.

De otro modo la comisión de la conducta tipificada en el artículo 188 determinaría necesariamente la condena adicional, prácticamente en todo caso, por el delito de detención ilegal.

Tercero.—La conducta típica del delito de detención ilegal consiste en encerrar o detener a otro privándole de su libertad, por lo que exige bien un encierro o internamiento en un lugar del que a la víctima no le es posible salir por sí misma, o bien una detención o inmovilización más o menos duradera.

La consunción por el delito de prostitución coactiva o forzada no se produce, y la detención ilegal debe sancionarse acumuladamente, cuando se alcanza una situación de encierro o privación física de libertad de las víctimas del referido delito, es decir, de internamiento forzado en un lugar del que las víctimas no pueden salir por sí mismas, como consecuencia del desbordamiento de los factores fácticos que califican el delito del artículo 188. Es decir, cuando se va más allá de la mera restricción deambulatoria ínsita a la coacción psíquica ejercitada para el mantenimiento en la actividad de prostitución.

En suma, como señala la Sentencia de 17 de septiembre de 2001, mediante la determinación coactiva se doblega simplemente la voluntad de la víctima para obli-

garla 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 con privación total de movimientos.

Cuarto.—Las referidas consideraciones nos conducen, en el caso actual, a la estimación del motivo.

En efecto, no cabe estimar que la situación en la que se encontraba la denunciante pueda ser asimilada a la del sujeto pasivo de un delito de detención ilegal, que tiene impedida la libertad deambulatoria, pues no consta una privación física de libertad, es decir, un internamiento forzado en un lugar del que no pudiese salir por sí misma.

Consta, eso sí, que la denunciante fue coaccionada para que se dedicase y se mantuviese en la prostitución, hasta la devolución de una cantidad que se le exigía como compensación por el pago de su viaje a España desde Ecuador, comportamiento execrable que es el sancionado mediante la condena por el tipo definido en el artículo 188.

Esta conducta coactiva se extendía a procurar que la denunciante no se marchase del club en el que residía y trabajaba. Pero no consta ningún constreñimiento físico para impedirle efectivamente abandonar el establecimiento, que se mantenía con las puertas abiertas al público (STS 11 de julio de 2001), ni que hubiese sufrido encierro alguno, como tampoco consta que se le hubiese retenido el pasaporte (STS 11 de julio de 2001), constando que conocía el idioma y que no fue objeto de ninguna actuación violenta que la atemorizase hasta un punto que pueda valorarse como equivalente al constreñimiento físico necesario para mantener a una persona encerrada o secuestrada.

Quinto.—Como ya se ha expresado, lo determinante es distinguir el comportamiento coactivo ínsito a la conducta sancionada a través del artículo 188, de los supuestos de exceso que determinan la condena adicional por detención ilegal.

En este caso es necesario complementar el relato con los elementos fácticos contenidos en la fundamentación jurídica. En ésta se expresa, por ejemplo, que la denunciante abandonaba en alguna ocasión el club, por ejemplo para ir de compras a un mercadillo acompañada por Cyra N. C., también ecuatoriana y encargada de la limpieza del local y habitaciones. La Sala absuelve a Cyra de detención ilegal, por estimar que en ningún momento prohibió o impidió a la recurrente que abandonase el lugar.

Ello impide estimar que la denunciante estuviese efectivamente privada de libertad, pues para ello sería necesario apreciar que la persona que la acompañaba en lugares públicos ejercía sobre ella una labor de vigilancia y control para retenerla forzosamente e impedir que se marchase libremente, como ocurre con las personas víctimas de un delito de secuestro o detención ilegal.

No puede estimarse que el recurrente pudiese mantener a la denunciante durante estas salidas en la situación de encierro o privación de libertad ambulatoria, típica del delito de detención ilegal, utilizando para ello la colaboración de Cyra N. C., pues la Sala considera que ésta no fue partícipe o cooperadora en dicha supuesta detención. Ha de estimarse, por tanto, que lo que existía era una constricción psíquica para el mantenimiento en la prostitución, aprovechando la situación de necesidad (art. 188), pero no un encierro o privación de libertad (art. 163).

Lo mismo sucede con el camarero, Juan D. Q., que actuaba como encargado durante las horas de apertura del club al público. La Sala estima, en la fundamentación jurídica, que Juan D. vigilaba a las mujeres del club, incluida la denunciante, pero

únicamente a los efectos de controlar su trabajo, no para limitar su libertad deambulatoria, por lo que también lo absuelve de cualquier cooperación en la detención ilegal. Dado que el establecimiento mantenía abiertas sus puertas a la vía pública, y con frecuencia el funcionamiento del club era controlado por Juan D. Q., si admitimos que éste no impedía la libre salida de la joven, debemos concluir que no existía propiamente una situación de encierro sino una constricción psíquica para el mantenimiento en la prostitución.

Dado que ni el recurrente, en realidad ajeno al club, ni el otro condenado, gerente del mismo, se encontraban en el establecimiento de modo permanente, la situación de encierro o secuestro sólo podría mantenerse con la cooperación de los empleados que estaban de modo habitual en el local, como eran Cyra N., Juan D. Q. y Juan L. D., otro empleado que se encontraba habitualmente en el club. Pero todos ellos han sido absueltos, por estimar el Tribunal sentenciador que no cooperaron, en absoluto, a privar de su libertad física a la denunciante.

Asimismo en el relato fáctico se expresa que el recurrente, que en realidad no tenía relación directa con el club y lo que había hecho es reclutar a la joven en el Ecuador, «visitaba con frecuencia el club, haciendo pequeñas reparaciones», lo que indica que ni residía en el mismo ni se encontraba en él de modo continuado, pese a la frecuencia de sus «visitas».

En consecuencia, si la acusada residía y trabajaba en un establecimiento normalmente abierto al público, con posibilidades de libre comunicación dado su conocimiento del idioma, tenía relación con los clientes, con los empleados y con otras compañeras que ejercían la prostitución de forma voluntaria y libre en el mismo local, y las personas que habitualmente se encontraban en el establecimiento no le impedirían abandonarlo, ha de estimarse que la conducta delictiva enjuiciada, cuya gravedad no cabe desconocer, consiste en la coacción ejercida por los dos acusados que, aprovechando su desvalimiento como extranjera, la determinaron a mantenerse en la prostitución. Pero no consta una situación adicional de privación de libertad que pueda calificarse con propiedad como detención ilegal o secuestro.

Procede, por ello, la estimación del motivo.

Sexto.—El segundo motivo de recurso, por infracción de ley al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim. denuncia indebida aplicación del artículo 188 del Código penal de 1995. Alega que el recurrente se limitó a viajar a Ecuador, donde conoció a unas mujeres que querían venir a España a trabajar en la prostitución, actividad que ya ejercían en Ecuador, y las puso en contacto con los titulares de un club de alterne de nuestro país, sin que tuviese más relación con ellas.

El motivo no puede ser estimado. En el relato fáctico se refiere que el recurrente, después de gestionar el viaje de la denunciante desde el Ecuador, la presionó para que alternara con los clientes del club y se acostase con ellos, señalándole cuál sería su remuneración y la cantidad que tenía que entregar al titular del establecimiento y al propio recurrente, a lo que la denunciante se negó inicialmente, presionándola el recurrente al advertirla que la mantendrían en el club hasta que pagase un millón de pesetas, cantidad en la que cifraron la deuda derivada del viaje desde Ecuador, pagado por el recurrente.

De este modo la mantuvieron durante días haciendo dicho trabajo sin percibir remuneración alguna, a lo que la denunciante se vio forzada atemorizada por su situación de extranjera en situación ilegal y sin medios de vida. Se trata, manifiestamente, de un supuesto típico de delito contra la libertad sexual del artículo 188 del Código penal de 1995.

(Sentencia de 30 de enero de 2003)

## ARTÍCULO 197.1

*Descubrimiento y revelación de secretos: Bien jurídico protegido: intimidad individual. Delito de consumación anticipada. Detective que coloca mecanismos de escucha de las conversaciones telefónicas para conocer la intimidad del cónyuge. Complicidad de secretaria*

Cuarto.—Se alega infracción de ley del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 16.1.º del Código penal, en el cuarto motivo de impugnación.

Plantea el recurrente que nos encontramos ante un «delito de mera actividad o mutilado», el cual «no requiere que se produzca un resultado concreto, el descubrimiento o vulneración de la intimidad». Pues bien, según el recurso, como el artículo 16.1.º del Código penal señala que «hay tentativa cuando practicados todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado», es decir, se refiere a «un resultado» y como éste es un delito de mera actividad, no cabe aplicar al mismo la tentativa.

Sin embargo, como afirma la sentencia de instancia fundamento jurídico quinto, se trataría no de un delito de mera actividad sino de un delito de consumación anticipada, tal como describe la sentencia de esta Sala de 22 marzo de 2001 que desestimó el recuso de casación interpuesto, pues expresaba que, bastaba con apoderarse de «papeles» o «interceptar las comunicaciones» para que el delito se consume, siempre que aquellas acciones estén filtradas por el propósito de descubrir secretos. Pues bien, como pone de manifiesto la sentencia recurrida en los hechos probados, apartados c) y e) se hace todo lo necesario para interceptar las comunicaciones, pero no se interceptan las mismas finalmente «al devenir el proyecto inviable», pues se ausentaron de los domicilios conyugales las personas cuyas conversaciones debían ser interceptadas. Es perfectamente comprensible, en consecuencia, que el Tribunal de instancia haya considerado ambos supuestos como causas de «tentativa acabada».

La Sentencia de esta Sala de 2 de diciembre de 1992, aduce dichas formas imperfectas. Se trata, en definitiva, de un delito que sólo admite la forma dolosa, aunque, obviamente, cabe el error de prohibición, vencible o invencible, y en él la consumación se produce en el momento en que la conversación telefónica se interceptó, bien directamente o a través de instrumentos o artificios técnicos de escucha.

Evidentemente que, por consiguiente, cabe la frustración y la tentativa. Habrá frustración o tentativa acabada cuando, como en este caso, se hayan practicado todos los actos de ejecución que hubieran debido producir como resultado el delito, pese a lo cual, éste no se produce por causas ajenas o independientes de la voluntad del sujeto. En el supuesto objeto de este recurso, todo quedó instalado para la interceptación, aunque, no se sabe exactamente por qué, ésta no se produjo respecto del teléfono deseado. No hay tentativa, por tanto, porque como queda afirmado, todo estaba ya ejecutado.

Como el hecho real es que la información querida no se obtuvo, no cabe afirmar la consumación, se dice, pero hay que señalar que sí se produjo al menos la frustración porque los actos de ejecución quedaron completados.

Hay que desestimar el motivo

Quinto.—En el quinto motivo de impugnación, se alega infracción de ley del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del artículo 197.1.º del Código penal en relación al artículo 18.1.º de la Constitución española.

Plantea el recurrente que en el caso concreto ahora objeto de análisis realmente no se pretendía vulnerar la intimidad, ya que lo que se quería saber con las interceptaciones telefónicas era la «verdadera intimidad familiar» y «el comportamiento del marido en su seno», en consecuencia, debería bastar el consentimiento de la esposa para llevar a cabo este tipo de interceptación telefónica.

Resulta verdaderamente sorprendente esta nueva forma de intimidad planteada en el recurso, que parece ser una intimidad compartida y que precisamente por serlo uno de los miembros de la familia de la pareja, en este caso, puede entrar en la misma, en detrimento del otro miembro de la familia. Por esta peligrosa vía que se propone cabría hablar también, como dice acertadamente el Ministerio Fiscal, de una «libertad sexual familiar» y de otra libertad sexual externa a la familia, de manera que lo que pudiera ser delito fuera del matrimonio no lo sería en el matrimonio, por esa perspectiva conjunta limitada de esa libertad sexual matrimonial expresada. Es evidente que los esfuerzos de los Tribunales en dejar claro que la libertad sexual, fuera o dentro del matrimonio, es una e indivisible, quedaría frustrada al aplicar perspectivas o planteamientos similares a los expresados para el derecho a la intimidad. Es decir, con esta perspectiva la violación no cabría dentro del matrimonio. Todo ello sin olvidar que la intervención telefónica afecta no a una persona en este caso al marido, sino a una segunda persona que es el interlocutor.

El artículo 197.1, contempla el tipo básico del delito de descubrimiento y revelación de secretos, que tutela el derecho fundamental a la intimidad personal que es el bien jurídico protegido, garantizado por el artículo 18.1 de la Constitución española derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, superando la idea tradicional del concepto de libertad negativa, materializado en el concepto de secreto que imperaba en el Código penal derogado, artículo 497.

Los elementos objetivos del artículo 197.1, se integra en primer término por la conducta típica, en la que se pueden distinguir dos modalidades:

- a) apoderamiento de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, y
- b) la interceptación de telecomunicaciones o la utilización de artificios técnicos de escuchas, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o cualquier otra señal de comunicación. Esta última cláusula general, trata de subsanar las posibles lagunas de punibilidad que se pueden derivar de los avances de la tecnología moderna.

Sujeto activo del tipo básico podrá ser cualquiera, «el que», dice el texto legal; y sujeto pasivo, ha de ser el titular del bien jurídico protegido y se corresponderá con el de objeto material del delito, pues el concepto que se examina utiliza el posesivo «sus» referido a papeles, y también al otro supuesto, intercepta «sus telecomunicaciones».

Respecto al *iter criminis*, es una figura delictiva que se integra en la categoría de los delitos de intención, y en la modalidad de delito mutilado de dos actos, uno de apoderamiento, interceptación o utilización de artificios técnicos, unido a un elemento subjetivo adicional al dolo, consistente en el ánimo de realizar un acto posterior, descubrir el secreto, o vulnerar la intimidad de otro, sin necesidad de que éste llegue a producirse. Por ello, la conducta típica del artículo 197.1, se consume con el apoderamiento, interceptación, etc., sin necesidad que se produzca el efectivo descubrimiento de los secretos, o vulneración de la intimidad, siendo posibles las formas imperfectas de ejecución, tentativa acabada o inacabada.

El elemento subjetivo del delito, constituido por la conducta típica que ha de ser dolosa, pues no se recoge expresamente la incriminación imprudente, exigida conforme al artículo 12 del texto legal, que ha de llevarse a cabo con la finalidad de descu-

brir secretos o vulnerar la intimidad, ya que la dicción literal del precepto emplea la preposición «para».

Aplicando tal doctrina al supuesto que se examina, es evidente que concurre el elemento objeto, y en cuanto al elemento subjetivo, requerido por el tipo, su concurrencia no admite la menor duda, por cuanto del hecho probado se infiere de manera inequívoca que la acción del agente estaba encaminada a conocer secretos de la persona así espía sin el consentimiento de ésta, invadiendo y violentando el ámbito de su intimidad personal como medio de acceso a dichos secretos, por lo que aparece incuestionable que el acusado sabía lo que hacía y quería hacer lo que hizo, con lo que se cierra el círculo del dolo propio de este tipo delictivo.

En cuanto a las alegaciones del recurrente de que la subrepticia injerencia en el ámbito de la intimidad del marido para descubrir supuestas o reales infidelidades mediante aparatos de interceptación y grabación de las conversaciones telefónicas de aquélla carecen de contenido penal, porque según se afirma los secretos en esa esfera de la infidelidad matrimonial no son secretos personales, ni afectan a la intimidad de quien los posee, sino que forman parte de lo que el recurrente denomina «dimensión familiar» de la intimidad; tales alegaciones, repetimos, deben ser repelidas rotundamente, porque la sentencia de esta Sala de 14 mayo de 2001, afirma que esa invocada «dimensión familiar» de la intimidad no autoriza en modo alguno a uno de los cónyuges a violar el derecho fundamental a la intimidad que, como persona, tiene el otro cónyuge, ni a vulnerar el secreto de las comunicaciones que, a toda persona otorga el artículo 18 CE, tanto en el ámbito individual como en el familiar de su existencia.

Se trata de derechos básicos del ser humano que proscriben la injerencia de quien su titular no desee en el ámbito de su personalísima privacidad, que no cabe entender renunciado por el hecho de contraer matrimonio, y que explícita y específicamente establece el secreto de las comunicaciones telefónicas como una de las manifestaciones más relevantes de la intimidad personal que se ampara constitucionalmente en el apartado primero del artículo 18 de la Constitución con vocación de universalidad y sin otras excepciones que las expresamente contempladas en el precepto.

Esta realidad consagrada en el artículo 18 CE tiene su correspondiente reflejo en el artículo 197 CP donde el sujeto activo del tipo es, como se ha dicho, «el que» realice alguna de las acciones típicas, es decir, cualquiera persona, sin distinción y sin excepción; y donde el sujeto pasivo es «otro», quienquiera que sea este otro, sin exclusión alguna, siendo singularmente significativo que en el Código penal vigente haya desaparecido incluso la dispensa penal que favorecía a padres o tutores respecto del descubrimiento de secretos de sus hijos o menores que se hallaren bajo su dependencia que figuraba como excepción en el artículo 497 CP de 1973, todo lo cual evidencia, al entender de esta Sala, que ningún tipo de relación paterno-filial, matrimonial, contractual, ni de otra clase, ni las incidencias o vicisitudes que puedan surgir en su desarrollo, constituye excusa absoluta o causa de justificación que exima de responsabilidad penal a quien consciente y voluntariamente violenta y lesiona el bien jurídicamente protegido por la norma penal que, como sucede en el supuesto actual, no sólo afectaría al marido de la acusada, sino también a los interlocutores de ésta que habrían visto también quebrantada su intimidad, sus secretos y su derecho a la privacidad de sus comunicaciones telefónicas, captadas, interceptadas, grabadas y conservadas por el acusado.

Ha de desestimarse el motivo.

(...)

Trigésimo quinto.—Se alega infracción de ley del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del artículo 29 en relación al artículo

lo 197.1.º, ambos del Código penal, al considerarse en la sentencia responsable a la recurrente como cómplice del delito referido, en motivo duodécimo.

La sentencia de esta Sala de 27 septiembre 2001, expresa que los criterios dogmáticos más utilizados por la doctrina y la jurisprudencia para delimitar el concepto de autor y distinguirlo de la simple complicidad, se pueden resumir en tres teorías: la objetivo-formal, la objetivo-material y la teoría del dominio del hecho, las que han sido manejadas por nuestra jurisprudencia con mayor o menor adhesión. Las sentencias de esta Sala de 26 de febrero de 1993 y 27 de enero de 1998 recogen, en acertada síntesis, los diversos caminos seguidos por nuestra jurisprudencia para concretar y perfilar el concepto de autor, en sus tres variantes, y distinguirlo de la complicidad.

En primer lugar se puede optar por considerar autor a todo el que pone una causa sin la que el resultado no se hubiera producido, aunque diferenciando la causa (autoría) de la condición (complicidad), con lo que se evade de la teoría de la equivalencia de las condiciones, que sería insuficiente para distinguir entre ambas categorías participativas.

De la aplicación de la teoría del dominio del hecho, se sigue, como criterio diferenciador, la posibilidad de dejar correr o de interrumpir la realización de la acción típica, haciendo de este dominio, el signo distintivo de la cooperación necesaria, relegando la complicidad a los simples actos de ayuda sin participación en la decisión ni el dominio final del hecho.

Ajustándose a la eficacia de los medios, se ha puesto énfasis en las aportaciones necesarias para el resultado, teniendo en cuenta el criterio de la escasez de medios y, en este campo, toda actividad claramente criminal, que por serlo, el ciudadano corriente no está dispuesto a llevar a cabo, es escasa y constitutiva de cooperación necesaria si, además es causal para el resultado y supone la remoción de un obstáculo serio para la comisión del delito.

Como señalan las resoluciones citadas, la jurisprudencia actual viene conjugando estos criterios, incluso la del dominio del acto, sin adscribirse a ninguno de ellos en exclusiva, pero sin ocultar sus preferencias (para distinguir entre el auxilio necesario y otras colaboraciones contingentes y secundarias), hacia la doctrina de los bienes o actividades escasas, prestando, dentro de este criterio, una atenta consideración a la eficacia y poderío causal de la acción de auxilio.

Tiene declarado esta Sala que el cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consiente 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 aquellos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados. Se trata, no obstante, de una participación accidental y de carácter secundario (SSTS de 31 de octubre de 1973, 25 de septiembre de 1974, 8 de febrero de 1984 y 8 de noviembre de 1986). El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible (STS de 15 de julio de 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; 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 (Sentencias de 9 de mayo de 1972, 16 de marzo, 12 de mayo y 2 octubre de 1998 y 26 de abril de 1999).

Aplicando la doctrina expuesta al caso que se examina, tanto de los hechos declarados probados como de los aspectos fácticos que existen en la fundamentación jurídica, especialmente el fundamento jurídico sexto de la sentencia impugnada, en

el que se debate sobre la participación de la recurrente, suponen un claro rechazo de lo pretendido en el presente motivo. Toda la argumentación expresada en el presente motivo no son sino aseveraciones realizadas o interpretaciones efectuadas con ocasión de las declaraciones, concretamente con las frases de la recurrente «nunca escuché ninguna cinta, fueron comentarios» o la indicación de «no transporté ninguna cinta, como tales recogía sobres, pero no sabía lo que había dentro». En base a las mismas se hace toda una construcción teórica de la que se concluye que la recurrente no era cómplice. La vía Casacional del núm. 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, funciona de manera completamente distinta, tal y como se ha expuesto ya con reiteración.

El motivo, pues, ha de rechazarse.

(Sentencia de 20 de junio de 2003)

## ARTÍCULO 248

*Decir a los accionistas minoritarios un precio por la venta de bienes sociales menor al ofrecido realmente por el comprador y que sí recibieron los acusados por las suyas. Múltiples perjudicados: inexistencia: engaño dirigido a dos socios, aunque la actuación de éstos arrastrara a muchos más. Perjuicio patrimonial: existencia; pagar a accionistas minoritarios un precio inferior al ofrecido por el comprador: el perjuicio reside en la diferencia, no teniendo trascendencia el precio real de mercado ante la existencia de oferta concreta. Grados de ejecución: delito continuado; inexistencia: distintos actos, sucesivamente realizados para urdir el engaño, que repercuten unidireccionalmente en varias personas: son unos mismos actos genéricos, que se proyectan para todos*

Décimo.—Por infracción de Ley (art. 849.1 LECrim.) los acusados recurrentes reputan infringido el artículo 528 del Código de 1973, por ausencia de uno de los elementos constitutivos del delito de estafa, cual es, el engaño.

A este tema se dedican los motivos 4.º y 5.º de Alberto C. y los 5.º y 7.º de Alberto A.

Terminan, dentro de esta línea impugnativa, por considerar inaplicable el artículo 528, al no haberse producido un perjuicio, a cuya cuestión se refieren los motivos 5.º de uno y otro recurrente.

1. Nos resulta provechoso tomar como referencia los elementos en que se descompone el delito de estafa, según la doctrina de esta Sala.

Nos dice la Sentencia de 8 de febrero de 2002 que: «En los elementos configuradores del delito de estafa hay que enumerar: 1.º Un engaño precedente o concurrente, espina dorsal, factor nuclear, alma y sustancia de la estafa, fruto del ingenio falaz y maquinador de los que tratan de aprovecharse del patrimonio ajeno. 2.º Dicho engaño ha de ser bastante, es decir, suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos, cualquiera que sea su modalidad en la multiforme y cambiante operatividad en que se manifieste, habiendo de tener adecuada entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, debiendo valorarse aquella idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de

las condiciones personales del sujeto afectado y de las circunstancias todas del caso concreto; la maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de seriedad y realidad suficientes; la idoneidad abstracta se complementa con la suficiencia en el específico supuesto contemplado, el doble módulo objetivo y subjetivo desempeñarán su función determinante. 3.º Originación o producción de un error esencial en el sujeto pasivo, desconocedor o con conocimiento deformado o inexacto de la realidad, por causa de la insidia, mendacidad, fabulación o artificio del agente, lo que lleva a actuar bajo una falsa presuposición, y a emitir una manifestación de voluntad partiendo de un motivo viciado, por cuya virtud se produce el traspaso patrimonial. 4.º Acto de disposición patrimonial, con el consiguiente y correlativo perjuicio para el disponente, es decir, que la lesión del bien jurídico tutelado, el daño patrimonial, sea producto de una actuación directa del propio afectado, consecuencia del error experimentado y, en definitiva, del engaño desencadenante de los diversos estadios del tipo; acto de disposición fundamental en la estructura típica de la estafa que ensambla o cohonesta la actividad engañosa y el perjuicio irrogado, y que ha de ser entendido, genéricamente como cualquier comportamiento de la persona inducida a error, que arrastre o conlleve de forma directa la producción de un daño patrimonial a sí misma o a un tercero, no siendo necesario que concurran en una misma persona la condición de engañado y de perjudicado. 5.º Ánimo de lucro como elemento subjetivo del injusto, exigido hoy de manera explícita por el artículo 248 del CP entendido como propósito por parte del infractor de obtención de una ventaja patrimonial correlativa, aunque no necesariamente equivalente, al perjuicio típico ocasionado, eliminándose, pues, la incriminación a título de imprudencia. 6.º Nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, ofreciéndose éste como resultancia del primero, lo que implica que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente, en cuanto al tipo de estafa se refiere, el dolo *subsequens*, es decir, sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate; aquel dolo característico de la estafa supone la representación por el sujeto activo, consciente de su maquinación engañosa, de las consecuencias de su conducta, es decir, la inducción que alienta al desprendimiento patrimonial como correlato del error provocado, y el consiguiente perjuicio suscitado en el patrimonio del sujeto víctima, secundado de la correspondiente voluntad realizativa».

2. Comenzando por el estudio del engaño, ambos censurantes entienden que el supuestamente concurrente en el caso que nos ocupa, sería el engaño omisivo, por lo que hallándonos ante una conducta penal de omisión impropia (art. 11 del Código penal) sería necesaria la existencia de una norma jurídica, una obligación contractual o una posición de garantía, para incurrir en responsabilidad penal, que no se concreta en la sentencia.

La sentencia sólo habla de un deber de lealtad, que para los recurrentes no es otra cosa que una aplicación al ámbito de la sociedad mercantil del principio general de buena fe, y de tal principio no pueden extraerse obligaciones en el ámbito penal. El deber de informar derivado de la buena fe no puede tener trascendencia penal.

3. El enfoque de los recurrentes no es correcto, por la potísima razón de que no nos hallamos ante un engaño omisivo, aunque en la trama o conducta engañosa interfiera o se añada un ingrediente omisivo. Antes de seguir analizando la pretensión impugnativa y dado el cauce procesal en que se apoya el motivo, debemos partir de un escrupuloso respeto a los hechos probados. De éstos es importante destacar lo siguiente: en la reunión de 20 de noviembre de 1987, los querellantes señor S. y S. M., ante la información que recibieron de Alberto C. y Alberto A. de la existencia de un comprador inglés, para los solares de la Plaza de Castilla «otorgaron, en nombre cada uno de ellos del grupo que representaban, una autorización de los acusados citados

para que pudieran entablar negociaciones encaminadas a la venta de acciones o derechos de suscripción preferente dimanantes de las acciones de la sociedad, facultándoles incluso para suscribir contrato de intenciones o protocolo en el que se establezcan las bases de dicha venta».

4. Sobre esta afirmación completada por las expresiones fácticas de la fundamentación jurídica, en función integradora, el engaño se fraguó con actos positivos:

a) Por la carta-oferta, con el conforme del señor C., fechada el 23-11-1987, corregida por la misiva del señor M. (siguiendo instrucciones de los señores C. y A.) que obra al folio 35, en la que se comunica el precio ofrecido por KIO (150.000 pesetas/m<sup>2</sup>), falseando de este modo la realidad.

b) Por la carta del señor M., actuando por indicación de los acusados, que obra el folio 250, de fecha 4 de octubre de 1987.

El contrato suscrito en Londres por el señor C. y A. el 23-11-1987 (folio 10 y ss.) corrobora que el precio que se ofertaba con carácter general era de 231.000 pesetas/m<sup>2</sup> y no el que torticeramente se comunicó a los socios minoritarios.

También se faltó a la verdad sobre la necesidad de vender un 95 por 100 de la participación en Urbanor, para que tuviera lugar la operación. La información no era vanal, pues el beneficio ilícito que podían obtener los acusados aumentaba proporcionalmente cuantos más socios acabaran engañados y vendiendo a razón de 150.000 pesetas/m<sup>2</sup> edificable.

5. Pero aun cuando nos halláramos ante un engaño omisivo, tal modalidad conductual también permitiría construir un engaño típico, al no comunicar a los socios información veraz a que se hallaban obligados.

Recordando los aspectos del *factum* referidos en este fundamento, es obvia la fuente que imponía a los socios mayoritarios informar a los demás de las actividades desplegadas, en relación al tema de la encomienda (gestionar la venta de los solares). Resulta totalmente irrelevante acudir a la normativa civil sobre estipulaciones en favor de tercero (art. 1257 Código civil) ni gestión de negocios ajenos (art. 1889 Código civil). Bastaría calificar el desempeño de dicho cometido de negocio jurídico, pacto, convenio, acuerdo, contrato atípico, o si se quiere mandato (arts. 1719 y 1720 Cc) para llegar a la conclusión que dentro de la libertad de contratación y de formas (artículos 1255 y 1278 Cc), el señor C. y A. asumieron el encargo de gestionar y negociar en nombre o interés propio y en el de sus socios minoritarios la venta de derechos y acciones de Urbanor.

En virtud del encargo asumido tenían obligación de informar, según ese deber jurídico de lealtad, de las circunstancias que constituyeron el objeto de la encomienda.

El hecho de que se firmaran contratos exclusivamente entre los acusados y el representante de KIO-Koolmes, no significa que quedara debilitado el deber de informar verazmente de las gestiones relativas al tema concreto para el que habían viajado a Londres.

No tendrán obligación jurídica de exhibir, desde el punto de vista formal, los mismos contratos suscritos a los que no fueron parte en ellos, pero sí comunicar de cualquier modo aquellos aspectos de los mismos que se hallaran dentro de la gestión asumida.

*Ex abundantia*, también debieron informar con fidelidad a los demás socios de la enajenación de más del 9 por 100 de las participaciones, así como del precio de las mismas, según imponen los estatutos de Urbanor.

Bien por vía estatutaria o contractual (art. 1258 Cc) los acusados debían poner en antecedentes de la operación que empezaba a fraguarse y no lo hicieron, o mejor dicho, lo hicieron, pero con engaño y utilizando documentos falsificados, para crear

el error propio de la estafa. Existió engaño por actos positivos, y también por omisivos.

Sólo la concurrencia de esta última modalidad conductual ya determinaría el nacimiento de la responsabilidad penal. Nos dice en tal sentido la sentencia de esta Sala núm. 94 de 7 febrero 1997 que «no se discute, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, la posibilidad de la existencia de un engaño omisivo como elemento generador de la estafa. Ahora bien, no todo engaño omisivo genera un delito de estafa ya que podríamos criminalizar extensivamente aspectos de la vida contractual que tienen su acogimiento en la legislación civil».

Los motivos 4.º del señor C. y 7.º del señor A. deben desestimarse.

Engaño causal y bastante:

Undécimo.—A atacar este elemento del delito de estafa dedican los acusados recurrentes, el motivo número 5.º de cada uno de sus recursos. Existiendo en su desarrollo diferencias argumentales estimamos conveniente resolverlos separadamente.

1. El acusado Alberto C., por corriente infracción de Ley (art. 849.I LECrim.) estima indebidamente aplicado el artículo 248 del Código de 1973.

Este impugnante nos dice que la concurrencia del engaño, elemento nuclear de la estafa, sólo será bastante si tiene idoneidad o entidad suficiente para provocar error en una persona que haya cumplido con unos deberes mínimos de diligencia. En este sentido, invocando jurisprudencia de esta Sala, señala «que todo tráfico mercantil está inspirado simultáneamente por la pauta de la confianza y desconfianza», y de acuerdo con tal idea no existirá engaño bastante cuando el sujeto no haya actuado con arreglo a la pauta de desconfianza a que estaba obligado (S. 29 octubre 1998).

A partir de este criterio interpretativo, precisa que los querellantes se comportaron según su opinión con una total falta de diligencia, ya que pudieron haber evitado el error con una mínima actuación de comprobación.

Las circunstancias que debieron alertarles son las siguientes:

a) Los querellantes eran personas, que por su condición de profesionales del sector y por su intervención personal en todas las gestiones urbanísticas, relativas a los solares objeto de la operación, debían estar al tanto del mercado inmobiliario.

b) Constituía un hecho notorio, con trascendencia en la opinión pública, la propagación de las condiciones de la venta de los terrenos (diario *El País*).

c) La venta, en última instancia, la hicieron los querellantes a Koolmes, filial de KIO, frente a la que podían haber aclarado cualquier duda.

2. Antes de analizar la magnitud y condiciones del engaño para inducir a error, conviene dejar sentados ciertos principios doctrinales sostenidos por la Sala, que vienen al caso:

a) La valoración de la eficacia causal del engaño debe realizarse caso por caso, calibrando las circunstancias y condiciones concretas de las personas intervinientes, engañador y engañado, y los usos mercantiles aplicables (STS de 22 de diciembre de 2000). Débese, por tanto, desterrar cualquier conceptualización generalizadora, acudiendo a cada una de las situaciones concretas que la variopinta realidad nos ofrezca.

b) Procede excluir, a su vez, la relevancia típica del engaño objetivamente idóneo cuando la representación errónea de la realidad captada por el sujeto pasivo deriva de un comportamiento suyo imprudente, no inducido por artimañas o ardides del sujeto activo. En tal supuesto el error de aquél no es imputable objetivamente 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 es (STS de 4 de diciembre de 2000).

c) Como enseña la Sentencia de 5 de julio de 2001, invocada por el Ministerio Fiscal, «es perceptible una evolución de la doctrina desde una posición objetivista, en la cual el engaño bastante sería el capaz de inducir a error a una persona medianamente perspicaz, frente a otra predominantemente subjetivista que pone el acento en la posibilidad e incluso en la obligación en que se encuentra el sujeto pasivo de reaccionar diligentemente frente a la mendacidad del activo».

d) Finalmente, para conmensurar la eficacia del engaño hemos de partir de una regla, que sólo excepcionalmente puede quebrar. Esta regla podemos enunciarla del siguiente modo: «el engaño ha de entenderse bastante cuando haya producido sus efectos defraudadores». Sería difícil considerar que el engaño no es bastante cuando ha sido efectivo y se ha consumado la estafa.

3. Partiendo de tales bases doctrinales es oportuno analizar el engaño interviniendo en la defraudación enjuiciada y preguntarnos si el ardid empleado era tan tosco o de tan fácil detección que no merecía la calificación de idóneo o suficiente para el logro de los torcidos fines propuestos por los acusados recurrentes.

Los argumentos de la sentencia que se explicitan y los demás directamente inducidos de la misma, nos permiten concluir que el engaño urdido fue suficiente. Entre éstos podemos señalar:

a) Los querellantes debían otorgar mayor credibilidad a unos socios que a unos medios de comunicación, que no indicaban la fuente de la noticia.

b) El prestigio de los acusados y la confianza y armonía que había reinado hasta entonces en sus relaciones societarias con los minoritarios, otorgaban altísimos márgenes de confianza, en una gestión, que beneficiaba a todos por igual (intereses comunes).

c) Las manifestaciones verbales de los acusados a los demás socios acerca del precio de los solares, corroborados por la carta, sagazmente alterada (falsedad documental) dirigida al señor S. y al señor S. M., que indicaba un precio incorrecto (carta-oferta de 23-11-1987).

d) Aunque la culminación del proceso negociador se resolviera en el otorgamiento directo de la compraventa con el representante de KIO-Koolmes, señor R. (testigo incomparecido), no cabe olvidar que la totalidad de la negociación la llevaron a cabo los acusados, a los que los demás socios habían autorizado a ello y la entidad compradora también les confió el ajuste o determinación última del precio, conforme a su oferta, convenientemente ocultada por referidos acusados.

Hubiera sido inoportuno, perturbador e inapropiado, que los minoritarios después de la Junta General de Urbanor de 28-12-1987, en la que aceptaron las condiciones de la venta, volvieran a discutir el precio en el momento de la firma del contrato, con riesgo de que la operación se frustrase.

e) Por último, y por mucha profesionalidad que tuvieran los querellantes en el campo inmobiliario, y no obstante la información publicada en el diario *El País*, los posibles intentos de elevación del precio por parte de aquéllos fueron cegados y estrangulados con la carta remitida por el señor M., el día 4 diciembre 1987 en representación de los acusados, actuando en nombre de Construcciones y Contratas, en la que se insistía que no había sido posible conseguir mayor elevación del precio, a pesar de las innumerables gestiones desarrolladas al efecto.

El motivo no puede merecer acogida.

Duodécimo.—La misma censura del anterior acusado la formuló el otro recurrente señor A., en el 5.º de los motivos que formaliza. Con sede procesal en el artículo 849.1 LECrim estima indebidamente aplicado el artículo 528 del Código penal de 1973, equivalente al 248.1 del vigente, en relación a los artículos 1261.2.º, 1266

par. 1.º y 1269, todos del Código civil, por cuanto el requisito del engaño causal y bastante, elemento integrante del delito de estafa, exige necesariamente un engaño recayente sobre las personas, las cosas o la causa del propio contrato a través del cual se engaña, y que implica la disposición patrimonial perjudicial para el disponente o para un tercero.

1. Los argumentos que en base a tal enunciado desgrana el recurrente podemos resumirlos en los siguientes:

a) Es necesario que el error que subsigue al engaño recaiga sobre las personas, cosas o causas del propio contrato y no de otro diferente.

b) Estima que sobre «su contrato», el de los minoritarios, no hubo engaño de ningún tipo, ya que por los encargados de negociarlo (acusados) se les ofertó la venta de las acciones o solares a un precio (150.000 ptas./m<sup>2</sup>) que fue aceptado libremente.

c) La sentencia insiste el recurrente transmuta la oferta a los minoritarios, sobre sus acciones y derechos para convertirla en oferta sobre solares de Urbanor, expresada en valor por metro cuadrado.

d) La sentencia por último confunde los dos objetos contractuales, por un lado el contrato de compromiso de venta de 23-11-1987 y por otro la oferta de la misma fecha, trasladada a los demás socios en la que se proponía un contrato con otras condiciones. No acepta el impugnante que el precio sobre el 95 por 100 de las acciones fuera igual para todos, ya que en el compromiso de compra se hablaba de acciones y no de metros cuadrados, y además decía de forma expresa que el precio no sería igual para todos, sino que los acusados señores C. y A., se encargaban de negociar el que pudiera corresponder «por razón de las distintas circunstancias del caso», a cada grupo vendedor.

2. Los argumentos expuestos no pueden prosperar. Nada importa que la venta pretendiera realizarse sobre acciones y luego se tradujera en un precio fijo por metro cuadrado, ya que ello resultaba de realizar las pertinentes operaciones matemáticas, con lo que el compromiso de venta adquiere caracteres de uniformidad.

No debemos olvidar el objeto social de Urbanor, que según reza en hechos probados, comprendía toda la actividad empresarial dirigida a la construcción y ejecución de obras, promoción y desarrollo de actividades inmobiliarias, circunscritas a los solares registrales de los que era titular dicha sociedad.

Sobre el ajuste de distintos precios por grupos de socios, ya explicamos su alcance, limitado a precisiones de carácter técnico, dimanantes de la particular situación jurídica dentro de la sociedad y de sus relaciones entre los socios y de éstos con la sociedad.

No puede, pues, afirmarse que la oferta dirigida por los acusados a las víctimas del fraude fuera distinta a la de todos los demás socios, y determinara la concertación y celebración de unos contratos distintos. La separación entre ambos contratos es claramente artificial. El compromiso de venta iba dirigido a todos los socios, y los acusados, valiéndose de un documento falsificado y otras argucias detalladas en el *factum*, interfirieron para imponer, mediante engaño, unas condiciones inferiores a la oferta de compra general, con cuya diferencia de precio lucrarse. El día 7-1-1988, todos celebraron contratos y lo hicieron después de verificadas las pertinentes correcciones o ajustes, pero no sobre un precio uniforme de 231.000 ptas./m<sup>2</sup>, sino que los minoritarios vendieron sobre 150.000 ptas./m<sup>2</sup> que, por una ilícita intervención del recurrente y el otro socio mayoritario, impusieron.

Hemos de ceñirnos, en este punto, a los hechos probados y recordar que los acusados recurrentes fueron designados para negociar la venta de las acciones o participaciones (es decir, solares) y lo hacían en su propia representación y por mandato de los socios minoritarios (documento de 20-11-1987).

Recordemos, asimismo, el contrato de compromiso y la posterior intervención de dichos acusados, encaminada, no a la celebración de un contrato distinto, sino a alterar con maquinaciones insidiosas las condiciones de modo general ofertadas a todos los accionistas, circunstancia que ocultaron a los consocios. Esa finalidad engañosa tuvo la carta oferta de 23-2-1987 y la de 4 de diciembre del mismo año del señor M., que da cuenta a Astor de las intensas gestiones realizadas en su nombre ante el comprador.

El motivo no debe merecer acogida.

#### Perjuicio Patrimonial de la Estafa

Decimotercero.—También en este punto, al existir algún argumento no coincidente, debemos analizar por separado el motivo 6.º del recurrente señor C. y el homónimo ordinal del coacusado señor A.

1. El primero de los mencionados, acogiéndose al cauce procesal que establece el artículo 849.1 de la LECrim., estima infringido el artículo 528 del Código penal de 1973, por no existir en hechos probados de la sentencia perjuicio patrimonial, consecuencia de un acto de disposición, lo que excluye cualquier tipificación de los hechos como delito de estafa. Dos cuestiones sobre este extremo plantea el recurrente, que examinaremos por separado.

La primera se contrae a la concreción del perjuicio y a la indeterminación del precio de mercado; la segunda, a la interdependencia entre la venta de los solares de Urbanor y la sociedad financiera Cartera Central.

Esquemáticamente, el primer punto se desarrolla en los siguientes apartados:

a) No existe en hechos probados un perjuicio patrimonial como consecuencia del acto de disposición. La sola circunstancia de que se produzca una alteración en el patrimonio de una persona no supone la existencia de un delito de estafa (presupuestos los demás elementos constitutivos), si no se compara económicamente la situación del sujeto pasivo antes y después del acto dispositivo.

b) La pérdida de una cosa o su valor económico que se compensa simultáneamente con un equivalente elimina el perjuicio y, por tanto, el delito de estafa.

c) El relato fáctico sigue argumentando el recurrente no recoge mención alguna sobre cuál sea el precio de mercado o precio objetivo (o de tasación) de las fincas, ni en momento alguno sostiene el Tribunal que ese precio fuera superior a 150.000 pesetas/m<sup>2</sup>.

d) El precio de mercado no es el que está dispuesto a pagar un comprador concreto, sino el precio medio que estaría dispuesto a pagar el conjunto de posibles compradores que actúan en el mercado.

2. En esta serie de cuestiones planteadas el recurrente traslada a la determinación del daño o perjuicio, conceptos o mecanismos para cuantificarlo que operan en aquellos supuestos en que el valor de una cosa debe traducirse en referente dinerario.

Las cosas sí deben valorarse por el precio medio de mercado, bien para determinar los límites cuánticos en orden a la calificación del hecho como delito o falta en determinadas infracciones patrimoniales, o la especial gravedad del daño, bien para precisar las cantidades indemnizatorias, o bien (delitos contra la salud pública) para imponer las multas, etc.

Pero, cuando para la determinación del quebranto económico, el objeto material del delito u objeto apropiativo, lo integre precisamente dinero, ya aparece determinado el perjuicio directamente, sin necesidad de ninguna especial operación que haga referencia al precio medio o de mercado.

En el caso de autos existía un comprador dispuesto a pagar 231.000 pesetas por metro cuadrado de solar vendido. Mediante engaño (documento falsificado), y otros

procedimientos torticeros se hizo creer a los sujetos pasivos que el precio era de 150.000 pesetas, lo que ciertamente también era buen precio; pero en cualquier caso dejaron de percibir la diferencia y esa diferencia es exactamente el perjuicio concreto ocasionado, sin que haya que recurrir para su determinación al precio medio o de mercado. El daño o perjuicio venía ya calculado en pesetas.

A mayor abundamiento cabe señalar que en hechos probados se habla de que el precio de mercado o precio de tasación constituye un condicionamiento para que el compromiso de venta de 23-11-1987 quedase cerrado. La condición allí expuesta se refería «a que una firma de valoración (Richard E.) ratifique que el valor estimado por las partes para los solares objeto de este compromiso es un valor de mercado». Y ese valor medio estimado del metro cuadrado a construir se fijaba en 231.000 pesetas/m<sup>2</sup>, como evidencia el informe de Richard E., unido a autos.

Es indudable que el precio de 150.000 ptas./m<sup>2</sup>, era excelente y magnífico para los vendedores como expresa la sentencia, pero el más elevado de 231.000 tenía plena justificación financiera desde el punto de vista de la inversión que KIO pretendía hacer, dadas las perspectivas de futuro y ser el último de los solares de esa zona de altísimo prestigio en Madrid, lo que elevaría sobremanera su cotización en el mercado inmobiliario.

El perjuicio, en suma, se computa por la diferencia entre el importe percibido y el que debieron percibir los perjudicados, de no haber sido objeto de engaño. Los peritos, en juicio, lo cuantificaron con precisión.

3. En el segundo de los supuestos, relativo al objeto material del delito, el recurrente pretende demostrar que para KIO y Construcciones y Contratas, la operación no era una simple compraventa, sino una operación compleja. Y ello porque, según el *factum* de la sentencia el acuerdo entre aquéllas fue «para la adquisición por parte de los acusados señores C. y A. y de sociedades controladas directa o indirectamente por ellos, del paquete accionario del Banco Central del que quería desprenderse KIO, obteniendo el dinero necesario para llevar a cabo dicha operación con la venta a KIO de su participación en Urbanor». Sobre este propósito contractual se derivan las siguientes consecuencias, según entiende el recurrente:

a) Se plasman dos contratos distintos: uno de compromiso de una sociedad financiera (Cartera Central) y otro de compromiso de venta de las acciones de Urbanor o derechos de suscripción preferente.

b) En este último contrato se especifica que «el precio convenido tiene el carácter de global para todo el conjunto de acciones y derechos de suscripción a transmitir, pero se entiende sin perjuicio de su distribución, que hará el grupo vendedor (los acusados) entre los distintos paquetes accionariales que definitivamente se vendan en función de las circunstancias que concurren en cada uno de ellos», añadiéndose una condición suspensiva, según la cual «la eficacia de todos los pactos quedaba condicionada al cumplimiento en todos sus términos del contrato de compromiso de constitución de una sociedad anónima entre el grupo comprador y Construcciones y Contratas (Cartera Central)».

c) Así pues, todas las cantidades que el Grupo Construcciones y Contratas percibió por la venta fueron inferiores a los que ese mismo grupo aportó a Cartera Central. Todo lo percibido por la venta de Urbanor se invirtió en dicha sociedad financiera y el grupo de los acusados tuvo que añadir unos 3.000 millones de pesetas más.

d) Lo convenido insiste el impugnante aunque aparentemente se instrumentara como dos compraventas vinculadas, lo que realmente se había pactado entre KIO y Construcciones y Contratas era una permuta o intercambio de activos y en la permuta los precios pasan a ser secundarios. Sin embargo, para los accionistas minoritarios sí fue una venta real, pues por la enajenación de sus derechos percibieron un precio en efectivo.

4. El planteamiento que acabamos de realizar es fruto de una interpretación parcial e interesada del recurrente.

Los hechos probados no apuntan a la versión propugnada. Los acusados individualmente vendieron los derechos de suscripción preferente por un precio que se especifica en los mismos y también lo hizo la sociedad participada íntegramente por aquéllos, Corporación Hispánica, S. A. Ambas operaciones se articularon como sendas compraventas y no como permutas.

Los mismos hechos probados describen que el dinero preciso para adquirir las acciones del B. Central, provenía de la venta de los terrenos de Plaza de Castilla. Ello hacía que el propósito de obtener un mayor precio resultara esencial para conseguir el numerario que debían destinar a suscribir el capital de Cartera Central.

Por otra parte, no todo lo obtenido por Corporación Financiera Hispánica y por Alberto C. y Alberto A. fue aportado a Cartera Central, pues fueron otras dos sociedades (Portland Valderribas, S. A. y Fomento de Obras y Construcciones, S. A.) las que con sus aportaciones completan las ampliaciones de capital de Construcciones y Contratas Internacional, necesarias para la creación de la nueva sociedad financiera.

Prueba definitiva de la naturaleza de compraventa es la asignación de un precio específico a las distintas transmisiones y efectiva percepción del mismo. Así, los acusados venden a 172.368 ptas./m<sup>2</sup> y Corporación Financiera Hispánica al escandaloso precio de 388.918 ptas./m<sup>2</sup>, pues a ella fue a acrecer la diferencia de precio no percibido por los socios minoritarios.

Realmente, la ficción de una permuta no pasa de ser eso, pues lo mismo podía predicarse de las cosas o productos que pudieran haber comprado los otros socios con el efectivo que recibieron. Perfectamente podría afirmarse que lo adquirido se permutaba con lo vendido.

El argumento, debe desestimarse y con él el motivo. Rechazados todos los formulados por este recurrente, deben imponerse las costas a tenor de lo dispuesto en el artículo 901 LECrim.

Decimocuarto.—Alberto A. en el motivo 6.º del recurso, vía artículo 849.1.º LECrim., estima igualmente infringido el artículo 528 del Código penal de 1973, equivalente al actual 248.1, en relación a los artículos 1274, 1445 y 1446 del Código civil, que considera también incorrectamente aplicados, al no integrar en el objeto de los contratos celebrados todas las prestaciones y contraprestaciones pactadas y satisfechas entre las partes, así como la interdependencia causal de la venta de las acciones de Urbanor y la compra de acciones del Banco Central.

1. La última de las dos cuestiones aludidas (ap. A del recurso) coincide con la que hizo el corcurrente en el motivo anterior. La pretensión, sin razón sostenida, rechaza cualquier comparación de contraprestaciones y precios entre negocios jurídicos, que son diversos por su contenido obligacional y por su estructura causal. Nos remitimos a lo ya dicho: los contratos celebrados fueron de compraventa y no de permuta, como proclama el *factum*, al que debemos pleno respeto y sumisión, dado el cauce procesal utilizado.

2. Las restantes compraventas (las afectantes a los socios minoritarios) a las que se refiere el apartado B) del motivo tienen que valorarse según la tesis del recurrente como causa y contraprestación de las mismas, y por ende como precio en el que se incluirían todos los encargos de proyectos, direcciones de obra y contratos de ejecución de obra, que se vinculan a la venta de solares, lo que configuraría un esquema negocial múltiple, diverso y heterogéneo, donde es imposible la comparación de precios que lleva a cabo la sentencia recurrida.

En ocasión de resolver el 2.º motivo del señor C., ya aludimos al carácter y naturaleza de estas prestaciones complementarias. Estaban ya acordadas en una antigua Junta general de accionistas, las conocían todos ellos y además quedaban fuera y aparte del contrato de compraventa de acciones de suscripción preferente, aunque algún socio con propósitos de aseguramiento de la prestación en el futuro, la condicionara o elevara a causa en el contrato de venta de derechos de Urbanor.

El relato histórico de la sentencia parte del hecho cierto de que el señor S. y el señor S. M., como representantes de los dos grupos minoritarios, accedieron a la venta en las condiciones que Alberto C. y Alberto A. les habían comunicado en un primer momento, que no eran otras sino que KIO estaba dispuesto a adquirir las participaciones a un precio de 150.000 ptas./m<sup>2</sup> edificable y que era imprescindible para que tuviera lugar la venta que se transmitiera, al menos, el 95 por 100 del capital social.

Por tanto, se partía de un esquema común, con un valor unitario del metro cuadrado de superficie, sin perjuicio de que las prestaciones complementarias pactadas fueran condición para efectuar la venta.

En cualquier caso, no se dice que la causa y razón de señalar aquel precio fueran las contraprestaciones, que por cierto no afectaban a los demás socios minoritarios.

Por último, si deben incluirse tales contraprestaciones en el precio, habría que proceder del mismo modo con las que se reservaron para sí Construcciones y Contratas, que recayó sobre un encargo no desdeñable de construir el 70 por 100 de las obras.

El motivo debe rechazarse y con él el recurso, las costas del mismo deberán imponerse, conforme al artículo 901 LECrim.

(Sentencia de 14 de marzo de 2003)

*Múltiples perjudicados: médico que suministra a enfermos de cáncer un supuesto medicamento curativo, no autorizado por las autoridades sanitarias, compuesto de urea y de suero fisiológico, a sabiendas de su falta de eficacia terapéutica*

Decimosexto.—La doctrina jurisprudencial (SSTS, entre otras, de 3 de julio de 1995, 15 de febrero de 1996, 7 de noviembre de 1997, 4 de mayo y 17 de noviembre de 1999 y 7 de octubre de 2002), identifica los siguientes elementos integradores del delito de estafa:

1.º Un engaño precedente o concurrente, antes traducido en alguno de los ardises o artificios incorporados al listado del Código de 1973, y hoy, tras la Ley 8/1983 y el Código penal de 1995, concebido con criterio amplio, sin enunciados ejemplificativos, atendiendo a la ilimitada variedad de supuestos que la vida real ofrece.

2.º Dicho engaño ha de ser «bastante», es decir, suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos, habiendo de tener adecuada entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, debiendo valorarse aquella idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y de todas las circunstancias del caso concreto; la maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de realidad y seriedad suficientes para engañar a personas de mediana perspicacia y diligencia. La idoneidad abstracta se complementa con la suficiencia en el específico supuesto contemplado.

3.º Originación o producción de un error esencial en el sujeto pasivo desconocedor o con conocimiento deformado e inexacto de la realidad, por causa de la men-

dacidad, fabulación o artificio del agente, lo que le lleva a actuar bajo una falsa presuposición, a emitir una manifestación de voluntad partiendo de un motivo viciado, por cuya virtud se produce el traspaso patrimonial.

4.º Acto de disposición patrimonial, con el consiguiente y correlativo perjuicio para el disponente, es decir, que la lesión del bien jurídico tutelado, el daño patrimonial, será producto de una actuación directa del propio afectado, consecuencia del error experimentado y, en definitiva del engaño, acto de disposición fundamental en la estructura típica de la estafa que ensambla o cohonestada la actividad engañosa y el perjuicio irrogado, y que ha de ser entendido, genéricamente, como cualquier comportamiento de la persona inducida a error, que arrastre o conlleve de forma directa la producción de un daño patrimonial en sí misma o en un tercero, no siendo necesario que concurra en la misma persona la condición de engañado y de perjudicado.

5.º Ánimo de lucro, como elemento subjetivo del injusto, exigido de manera explícita por el artículo 528 del Código penal de 1973 y el artículo 248 del Código penal de 1995, entendido como propósito por parte del infractor de obtención de una ventaja patrimonial correlativa, aunque no necesariamente equivalente, al perjuicio ocasionado, eliminándose, pues, la incriminación a título de imprudencia.

6.º Nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, ofreciéndose éste como resultancia del primero, lo que implica que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente en cuanto al tipo de estafa se refiere, el dolo *subsequens*, es decir, sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate; aquel dolo característico de la estafa supone la representación por el sujeto activo, consciente de su maquinación engañosa, de las consecuencias de su conducta, es decir, la inducción que alienta al desprendimiento patrimonial como correlato del error provocado, y el consiguiente perjuicio suscitado en el patrimonio del sujeto víctima.

En relación al elemento del engaño, las Sentencias de esta Sala, de 23 de abril de 1992, 23 de enero de 1998 y 4 de mayo de 1999, entienden que consiste en la afirmación como verdadero de un hecho falso, o bien la ocultación o deformación de hechos verdaderos. Las Sentencias de 22 de noviembre de 1986, 10 de julio de 1995, 31 de diciembre de 1996, 7 de febrero de 1997 y 4 de mayo de 1999, han admitido la posibilidad de un engaño omisivo como elemento integrador de la estafa, cuando la ocultación de datos significativos constituye el motor decisivo para que la parte desinformada acceda a realizar o autorizar la prestación y el consiguiente desplazamiento patrimonial.

Asimismo la Sentencia de 19 de octubre de 2001, recogiendo lo anteriormente expresado por las resoluciones de 29 de septiembre de 2000, y 26 de junio de 2000, insiste en que el engaño típico en el delito de estafa es aquel que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado.

Decimoséptimo.— Pues bien, en el caso actual, como razona detalladamente la sentencia de instancia, es claro que el acusado generó un riesgo jurídicamente desaprobado: 1.º afirmando públicamente que curaba el cáncer en un 90 por 100 de los casos, a sabiendas de la falta de certeza de dicha afirmación como se constató trágicamente en sus pacientes; 2.º afirmando ser especialista en oncología para reforzar la credibilidad de su afirmación, lo que tampoco era cierto; 3.º utilizando las cartas de agradecimiento que por cortesía le remitían diversas personalidades médicas e instituciones como respuesta al envío gratuito de su libro, para presentarlas como aval científico de su tratamiento, que él mismo sabía que no se había sometido a ensayo clínico alguno por prohibición de las autoridades sanitarias; 4.º utilizando a los propios pacientes y a sus familias, cuando experimentaban alguna mejoría transitoria aunque terminaran lamentablemente falleciendo, para atraer a otros enfermos cance-

rígenos; 5.º utilizando la propia gravedad de la enfermedad y los límites de la medicina científica en su tratamiento, para ofrecer a los pacientes y sus familias, con alto precio y pingües beneficios, un tratamiento aparentemente milagroso, integrado en realidad por un producto inocuo, aprovechándose de su desesperación y de la angustia de su situación.

En fin, a través de la realización de un aparatoso montaje que se describe minuciosamente en la sentencia de instancia, con vídeos, entrevistas, recopilación de manifestaciones de pacientes supuestamente curados, etc. que pretendían otorgar una aparente base científica y seriedad a un tratamiento manifiestamente ineficaz.

Por lo que se refiere al ánimo de lucro, los datos expresados en la sentencia de instancia son manifiestos. El condenado cobraba por sus tratamientos entre seiscientas y setecientas mil pesetas, remitiendo con posterioridad a los enfermos para su inoculación en su propio domicilio el producto «A.risán» a un precio de setenta mil pesetas el envase, cuando estaba fabricado artesanalmente por el propio acusado a base de urea y suero fisiológico y su coste superaba escasamente las mil pesetas. Según consta en el relato fáctico, el propio administrador de la clínica fijó en alrededor de ciento veinte millones de pesetas anuales las ganancias netas del condenado.

Procede, en consecuencia, confirmar la condena impuesta al recurrente por el delito de estafa de especial gravedad y afectación de múltiples perjudicados, previsto y penado en los artículos 528 y 529.6 y 7 del CP/1973.

Decimoctavo.—El recurrente fue también condenado como autor de un delito contra la salud pública definido en el artículo 344-ter.3 y 4 del Código penal de 1973 (arts. 362. 2.º y 3.º del Código penal de 1995).

Las conductas sancionadas en el párrafo segundo del artículo 362, antes 344-ter. 3.º, consisten en la imitación o simulación de medicamentos o sustancias análogas, dándoles apariencia de verdaderos, con ánimo de expenderlos y poniendo con ello en peligro la vida o la salud de las personas.

Refiriéndonos específicamente a los medicamentos la imitación exige la existencia de un modelo de medicamento real que se trata de suplantar. La simulación no pretende suplantar modelo alguno, sino presentar como medicamento una sustancia que no lo es, porque no ha sido legalmente reconocida como tal, fingiendo cualidades terapéuticas que en realidad no posee.

El artículo 7.º de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, establece que la elaboración, fabricación, importación, exportación, distribución, comercialización, prescripción y dispensación de productos o preparados que se presentaren como medicamentos y no estuvieran legalmente reconocidos, dará lugar a las responsabilidades y sanciones previstas en el Capítulo Segundo del Título Noveno de esta Ley, con independencia de las medidas cautelares que procedan.

Cuando estas conductas pongan en concreto peligro la vida o la salud de las personas, la sanción meramente administrativa es insuficiente, y por ello se califican como delictivas en los párrafos segundo y tercero del artículo 362 del Código penal de 1995 (antes 344 ter.3.º, y 4.º del Código penal de 1973).

Es medicamento, conforme a lo dispuesto en el artículo 8.º de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, toda sustancia medicinal y sus asociaciones o combinaciones destinadas a su utilización en las personas o en los animales que se presente dotada de propiedades para prevenir, diagnosticar, tratar, aliviar o curar enfermedades o dolencias o para afectar a funciones corporales o al estado mental.

Decimonoveno.—El recurrente, amparado en su condición de médico, fabricaba y vendía una sustancia, que presentaba como medicamento capaz de prevenir y curar el cáncer («hace que el tumor se elimine y desaparezca»), y que realmente era inefi-

caz, lo que al mismo le constaba. Esta sustancia, de su invención, compuesta básicamente de suero y urea, era vendida como un medicamento sin la previa autorización sanitaria de la Administración del Estado, y sin haberse sometido a ensayos clínicos. La prescripción de esta sustancia por el condenado determinó que un número relevante de pacientes abandonaran otros tratamientos contra el cáncer, confiando su curación al producto vendido por el condenado, atendiendo a las cualidades terapéuticas afirmadas por el recurrente y que, en realidad, dicho producto no poseía. De este modo se puso en concreto peligro la salud y la vida de estos pacientes, dada la peligrosidad de la enfermedad cancerígena que padecían. Un número muy elevado de los pacientes que optaron por el consumo de esta sustancia ineficaz han muerto efectivamente, aun cuando no se ha formulado acusación por dichos resultados, probablemente por la dificultad de acreditar un nexo causal directo, limitándose la condena al delito de peligro contra la salud pública (párrafos segundo y tercero del artículo 362 del Código penal de 1995, antes 344-ter.3.º, y 4.º del Código penal de 1973).

La parte recurrente impugna esta condena alegando, en primer lugar, que el producto era eficaz, alegación que no puede ser acogida en este momento pues contradice los hechos probados, en los que se refleja el resultado de un completísimo dictamen pericial que acreditó, fuera de toda duda, la absoluta ineficacia de la sustancia.

En segundo lugar se alega que si la sustancia era inocua, como se expresa en el relato fáctico, no podía poner en peligro la salud o la vida de los pacientes. Sin embargo se olvida que, como señala la sentencia de instancia, la puesta en peligro concreto de la salud o la vida de los pacientes no se produce en este caso por los efectos nocivos de la sustancia en sí misma, sino por el hecho de su absoluta inoperancia y porque, como reconoce el condenado, su administración sustituyó al tratamiento médico convencional, con lo cual en una enfermedad de tan acusada gravedad como el cáncer, la confianza de los pacientes en esta sustancia inocua impedía que acudiesen o conservasen otros tratamientos más efectivos, poniendo con ello en grave peligro su salud y su vida.

En los delitos de peligro concreto se exige un peligro próximo o inmediato de que se materialice la probabilidad de lesión para el bien jurídico. Y es claro que los pacientes enfermos de cáncer que abandonaron su tratamiento original o prescindieron de someterse al mismo, por consumir el ineficaz pseudo-medicamento del condenado, tal como consta relacionado en numerosos casos concretos en los hechos probados, se pusieron en peligro próximo e inmediato de agravamiento de su enfermedad, falleciendo en un número relevante de casos. El motivo, por tanto, debe ser desestimado.

(Sentencia de 1 de abril de 2003)

*No existe engaño bastante en el caso de utilización de tarjeta de crédito sustraída en operación de compra en establecimientos comerciales, sin que por los empleados de los mismos se comprobase la identidad de la persona que utilizaba la tarjeta*

Primero.—La sentencia cuya impugnación casacional conocemos condena al recurrente por una falta de hurto, un delito continuado en concurso con otro delito continuado de estafa.

Formaliza un primer motivo en el que denuncia el error de derecho por la indebida aplicación del artículo 248 del Código penal. Entiende que no concurre en el hecho el requisito del engaño bastante, alegando, con cita de la STS de 3 de mayo de 2000 y las que en ella se citan, que «para que el engaño sea bastante es preciso que el

infractor haya debido vencer con su engaño la barrera de defensa». La jurisprudencia de esta Sala, en la sentencia citada, afirma, en un supuesto similar al que es objeto del enjuiciamiento, en el que el acusado provisto de una tarjeta de crédito de la que no era titular realizó diversas compras en las que los vendedores no solicitaron la acreditación del comprador, que «no se cuestiona que el empleado de la tienda fuera engañado, lo que se afirma es que el engaño fue por su conducta negligente, y por lo tanto no fue bastante ya que contribuyó y decisivamente en su propia victimización».

El motivo debe ser estimado. La jurisprudencia de esta Sala ha abordado en sus sentencias los requisitos del engaño, como elemento típico de la estafa, en las que se parte de una interpretación consecuente con el bien jurídico protegido y el fin de protección de la norma que no puede alcanzar a las imprudencias en la necesaria autotutela del propio patrimonio. El engaño, como componente psicológico y doloso de la culpabilidad, constituye el nervio y alma de la infracción, sin cuya concurrencia no existe la acción típica, y las modalidades de su aparición se extienden a un amplio espectro de manifestaciones que abarca cualquier tipo de ardid, maniobra o maquinación insidiosa, falacia o mendacidad con que se crea una apariencia de verdad que se despliega sobre la voluntad del sujeto pasivo para provocar el desplazamiento patrimonial. Pero no todo engaño es típico. El legislador exige que la conducta engañosa debe ser «bastante» para producir error en la víctima induciendo a ésta a realizar el acto de disposición que persigue el agente. La jurisprudencia ha venido interpretando el término «bastante» como idóneo, relevante y adecuado para producir el error que genera el fraude, capaz de mover la voluntad normal de un hombre, por lo que queda erradicado no sólo el engaño burdo, grosero o increíble por su inaptitud de impulsar la decisión de las personas normalmente constituidas, y también aquel engaño que no posea un grado de verosimilitud suficiente, para confundir a la víctima (véanse SSTs de 5 de octubre de 1981, 11 de noviembre de 1982, 8 de febrero de 1983, 29 de marzo de 1990, 15 de julio de 1991, 23 de abril y 7 de noviembre de 1997, 26 de julio y 27 de noviembre de 2000, y 23 de octubre de 2002, entre otras muchas).

Estas previsiones jurisprudenciales nos permiten enmarcar el estudio del engaño y su calificación de suficiente en el caso concreto de la impugnación. Como hemos señalado al reproducir el hecho probado nos encontramos ante una modalidad de estafa en triángulo, en el que la persona destinataria del engaño no es la perjudicada y la conducta se desarrolla en un establecimiento mercantil en el que las operaciones de compra y venta se desarrollan según unos usos sociales y comerciales, regidos por la buena fe. Desde esta perspectiva, el relato fáctico declara que el recurrente realizó una operación de compra y la realizó con la mera exhibición de la tarjeta de crédito. El examen de las actuaciones, propiciada por el artículo 899 de la Ley Procesal Penal permite constatar que la empleada de una de las tiendas que le atendió afirma que no pidió la documentación, porque en esa época no era preciso solicitarla, y no se dio cuenta si la tarjeta correspondía a un hombre o a una mujer, porque no la examinó, limitándose a introducirla en el terminal de la empresa que activó la tarjeta de crédito.

Es cierto que como hemos declarado reiteradamente el engaño puede tener lugar no sólo a través de una acción manifiesta, sino también por medio de una acción concluyente (STs de 6 de julio de 2001), pero siempre requiere que se apoye en una asechanza al patrimonio ajeno y que el sujeto activo realice una actividad engañosa suficiente para vencer la defensa del engañado frente a la acción del sujeto activo.

Éste se limitó a presentar la tarjeta de crédito y sin una atención mínima de la persona que la recibía como pago, conforme exigen los usos comerciales, realizó la disposición económica. Cuando el sujeto pasivo de la estafa realiza la disposición ésta no aparece causalmente relacionada con el engaño, sino con la presentación de la tarjeta sin indagación mínima de la persona que lo efectúa.

El delito de estafa del artículo 248.1 CP es un delito de los denominados de relación, que requieren un contacto personal entre un sujeto activo y otro pasivo en el que se integra el engaño. La conducta declarada probada refiere esa relación personal y refiere que el engaño, esto es la apariencia de titularidad de la tarjeta se realiza por una persona hacia otra persona. Desde esta perspectiva el engaño es a una persona y no a una máquina. Cuando la conducta se realiza frente a una máquina, mediante las formas comisivas del artículo 248.2 CP nos encontramos con la denominada estafa informática (*Vid.* STS de 20 de noviembre de 2001).

La cualificación del engaño como bastante dependerá de una parte en las exigencias derivadas de la buena fe que debe regir las operaciones de comercio, con sus respectivas pautas de confianza y de desconfianza, y de otra, el cumplimiento de deberes que contractualmente obligan a los comercios para disponer de este tipo de medio de pago. En este orden de cosas las exigencias de comprobación de la identidad del sujeto que presenta una tarjeta de crédito para su utilización como medio de pago, y la comprobación de la pertenencia es requisito exigible y exigido por las reglas comerciales, y constituyen una práctica corriente en la contratación, que tiende a proteger a los legítimos titulares y a las entidades que garantizan al comerciante el pago de la mercancía.

En el caso de autos no se realizó la mínima comprobación de identidad, ni siquiera si el que presentaba la tarjeta era hombre o mujer, por lo que el engaño, no puede ser calificado de bastante, para considerarlo causal al desplazamiento económico.

Consecuentemente no concurrió el engaño típico de la estafa y el motivo debe ser estimado.

(Sentencia de 3 de junio de 2003)

## ARTÍCULO 251.2

### *Estafa por doble venta: no exigencia de traditio*

Cuarto.—Los siguientes tres motivos formalizados, también al amparo del artículo 849.1 LECrim., se enderezan a denunciar la indebida aplicación del artículo 531.2 CP 1973 en su manifestación de la estafa específica de «doble venta», que dispone que incurrirá en las penas señaladas en el artículo 528 CP 1973 «el que dispusiera de un bien como libre, sabiendo que estaba gravado, y también el que lo enajenare dos o más veces, o lo gravare o arrendare después de haberlo enajenado».

Los tres motivos deben ser desestimados.

A) El octavo relaciona la indebida aplicación del artículo 531.2 con la vulneración de los artículos 25.1 y 9.3 CE (principio de legalidad) y con los artículos 609 y 1462 CC. Lo que el motivo pone en cuestión es la punibilidad de la doble venta cuando la primera no ha ido seguida de la entrega material o ficticia de la cosa vendida (hay título pero no *traditio*) conforme al Texto derogado. En el vigente artículo 251.2 la introducción de la frase «antes de la definitiva transmisión al adquirente» despejaría cualquier duda interpretativa. En la medida que la Audiencia ha condenado aplicando el artículo anterior entiende el recurrente que se ha vulnerado el principio de legalidad mediante la aplicación del Texto vigente a hechos cometidos con anterioridad a su vigencia.

Ciertamente la presente cuestión ha sido objeto de encontradas posiciones jurisprudenciales. Por una parte, el criterio rigurosamente civilista según el cual la transmisión de la propiedad exige la concurrencia del título y el modo (arts. 609, 1095,

1462 CC) de forma que no consumándose la venta con la *traditio* el vendedor seguiría siendo dueño de la cosa y en consecuencia no realizaría ningún acto fraudulento mediante la segunda venta, tratándose en todo caso de un ilícito civil a resolver por las normas de dicho Código (SSTS de 17 de diciembre de 1976, 17 de noviembre de 1977, 18 de octubre de 1978, 22 de julio de 1984, 25 de febrero de 1985, 26 de julio de 1988, 15 de octubre de 1990, 29 de enero de 1992, 19 de junio de 1997, 2 de abril de 1998 y 20 de julio de 2000, entre otras). Por otra parte, la Jurisprudencia que ha dado cabida a la doble enajenación en supuestos de enajenación sin *traditio* y venta a un segundo comprador, por cuanto en estos casos el vendedor común se finge dueño de un bien que ya no le pertenece, como parece desprenderse de los artículos 1450 y 1473, ambos CC. (SSTS de 9 de octubre de 1968, 15 de abril de 1970, 21 de marzo de 1977, 11 de junio de 1979, 20 de octubre de 1988, 30 de marzo de 1990, 3 de julio de 1992, 14 de febrero de 1994, 13 de octubre de 1998, 28 de junio y 19 de noviembre de 2002, entre otras). Tampoco podemos olvidar que incluso antes de la reforma de 1983 la doble venta ya se incardinaba por la Jurisprudencia en el artículo 531, primer párrafo, considerándose desde antiguo que incurría en estafa quien fingiéndose ser dueño de una cosa inmueble la enajenara, siendo por ello innecesaria la reforma excepto en lo relativo a incluir también los bienes muebles como objeto de la infracción.

Desde el punto de vista del Código civil el artículo 1473, que se refiere específicamente a la doble venta, presupone una única parte vendedora y una pluralidad de partes compradoras intervinientes en ventas separadas, válidas pero no consumadas, como se deduce inequívocamente de dicho precepto, pues de no ser así no se trataría de un supuesto de doble venta sino de venta de cosa ajena. Por otra parte, el artículo 1450 CC, que consagra el carácter consensual de la compraventa, sin que requiera para su perfección la escritura pública, establece la distinción entre la perfección y la conclusión del contrato, sin perjuicio de la eficacia meramente obligatoria del acuerdo sobre la cosa objeto del contrato y el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado, lo que parece ser más conforme a la finalidad perseguida por el Legislador que trata de preservar más la eficacia obligatoria del contrato que la consumación del derecho real, teniendo en cuenta que se trata de proteger en la mayoría de los casos a las víctimas de fraudes inmobiliarios que después de hacer entrega de anticipos sobre el precio de la compraventa en documento privado podían verse desprotegidos frente a adquirentes posteriores amparados en el Registro de la Propiedad.

La última Jurisprudencia de la Sala se ha decantado claramente por la segunda tesis que considera suficiente la venta en documento privado sin *traditio* posterior para entender consumada la estafa en su modalidad de «doble venta». Como expone la reciente STS de 28 de junio de 2002, con cita de la precedente de 14 de febrero de 1994, «la denominada estafa de doble venta, prevista y penada en el artículo 531.2 del Código penal de 1973, fue modificada por Ley Orgánica de 25 de junio de 1983 introduciendo algunos supuestos delictivos que antes no estaban expresamente previstos, entre ellos precisamente este supuesto de la doble venta. Y en esa sentencia se recoge una cuestión esencial cual es que la existencia de la doble venta punible exige que el vendedor mantenga la disposición y la titularidad de los bienes vendidos de tal manera, que cuando realiza la segunda venta sepa y conozca la realización de la anterior, aunque haya sido en documento privado y no haya transmitido la disposición, exteriorizando de esta manera su propósito defraudatorio. Si hubiese dejado de tener la disposición al haberse consumado la venta anterior no existiría propiamente una segunda venta y simplemente se trataría de un contrato simulado o fingimiento de venta, modalidad de estafa que viene prevista en el párrafo primero del artículo 531 antes citado», añadiendo que «si el vendedor, además de otorgar el documento privado de venta, cumpliéndose el perfeccionamiento del contrato como dispone el artículo

lo 1450 del Código civil, hubiese seguido la entrega de la cosa vendida, aunque hubiese sido simbólica o instrumentalmente, lo que hubiese determinado la consumación de la compraventa, al entregarse la disposición, la segunda venta no sería tal, sino que el sujeto fingiría ser dueño de algo que ya no es suyo, y esa conducta, como se ha expresado con anterioridad, viene prevista en el párrafo primero del artículo 531 del Código penal de 1973 que castiga al que fingiéndose dueño de una cosa mueble la enajenare y no incardinaría, por el contrario, en el párrafo segundo que exige, como se ha dejado expuesto, que la venta no se haya consumado». La STS de 19 de noviembre de 2002, abunda en esta línea, argumentando que «los dos párrafos del artículo 531 del CP, texto de 1973, contemplan dos supuestos distintos, el de la venta consumada, mediante la realización del título y el modo, y el de la venta no consumada porque el vendedor, pese a la realización de un contrato –título– no ha transmitido la cosa –modo–, pero la venta ha sido realizada. A esta posición nos adscribimos con reiteración de la jurisprudencia de esta Sala que así ha interpretado este tipo penal. La argumentación de la sentencia impugnada, en cuanto refiere la atipicidad de la conducta declarada probada porque no existió una auténtica compraventa al no concurrir la *traditio*, entendiendo que existe un derecho de crédito del comprador frente al vendedor, pero no una enajenación que pueda ser considerada como tal y presupuesto de la estafa inmobiliaria, no puede ser compartida toda vez que la interpretación conjunta de los dos párrafos del artículo 531 (texto de 1973), permite distinguir los dos supuestos antes referidos: la venta consumada, con título y modo, y la realizada y no transmitida que es objeto de nueva enajenación, doble venta, al que se refiere el segundo párrafo del artículo 531 del Código penal aplicable a los hechos».

De conformidad con esta línea precedente, por todas las razones expuestas, debemos concluir que en el presente caso se consumó el delito porque el vendedor tras enajenar al querellante en fecha 14/03/89 la vivienda unifamiliar NUM003 y percibir como parte del precio de la misma la suma de 7.000.000 de pesetas, que el comprador no ha recuperado, el 31/12/91 volvió a vender en escritura pública dicho inmueble a favor de una tercera persona, «quien llegó a pagar una cantidad extra de 3.000.000 de pesetas para conseguir el cambio de vivienda, de la NUM004 a la NUM003, no logrando esta última hacerse con la propiedad a consecuencia de las acciones ejercitadas por el Banco y sin que este segundo inmueble fuera recuperado por su legítimo titular».

B) El motivo noveno se refiere a la falta de dolo del recurrente en relación con el artículo 531.2 CP. Igualmente aduce que no se causó ningún perjuicio a la segunda compradora que es un tercer adquirente de buena fe. Lo que sucede en este tipo específico de estafa es que no existe un engaño inicial, ni lo exige el precepto, pero sí indudablemente concurre el perjuicio del primer adquirente que había pagado la parte correspondiente del precio no obteniendo su restitución ni la recuperación del inmueble.

C) Por último, el décimo motivo formalizado también por aplicación indebida del artículo 531.2 CP 1973, con cita del artículo 25.1 CE, aduce que el acusado ha sido condenado dos veces por los mismos hechos. Lo que sostiene es que la punición del delito de apropiación indebida excluye la estafa «por cuanto que una vez que mi representado ha sido condenado por la apropiación indebida a la devolución de las cantidades percibidas anticipadamente, se produce la rescisión del contrato de compraventa en virtud de lo previsto en el artículo 3.º de la Ley 57/1968, de 27 de julio». Tampoco asiste la razón al recurrente por cuanto, con independencia de que la responsabilidad civil derivada de uno y otro delito pueda coincidir total o parcialmente, lo cierto es que se trata de dos conductas típicas diferentes que impiden la aplicación del *non bis in idem*. Prueba de ello es que cuando tiene lugar la consumación del de-

lito de estafa de «doble venta» el de apropiación indebida podía estar ya consumado. Se trata, en suma, de dos acciones diferentes, que corresponden a dos sustratos fácticos distintos.

(Sentencia de 18 de octubre de 2003)

## ARTÍCULO 252

*Abogado que hace suyo dinero recibido de cliente que debía entregar a asesoría jurídica para la que trabajaba: existencia de abuso de confianza propio del delito de apropiación indebida, sin que haya una especial relación personal previa entre los sujetos que motive la agravación de la conducta*

Quinto.-1. Al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim., se denuncia la infracción del artículo 250.1.7.º del CP, por indebida aplicación, y por la vía del artículo 5.4 de la LOPJ, la vulneración del artículo 25.1 de la Constitución que reconoce el principio *non bis in ídem*.

Se aduce que partiendo de los hechos probados si el señor C., entregó al señor M., un millón de pesetas fue porque era su abogado en el asunto para el que dicho dinero había sido requerido. Si el abogado se lo quedó, en lugar de entregárselo a la asesoría jurídica para la que trabajaba, rompió la confianza que le constituyó en poseedor y cometió un delito de apropiación indebida, pero nunca tal delito agravado, que es lo que hace la sentencia de instancia lo que supone «desvalorar por la misma razón dos veces la misma conducta y con ello exasperar injustificadamente la pena de prisión y añadirle una multa».

La alegación es clara y convincente. La queja ha de prosperar y deja sin contenido la formulada en el motivo siguiente, que es su consecuencia, como luego se dirá.

2. La jurisprudencia de esta Sala y la doctrina cuando han razonado sobre la estructura típica del delito de apropiación indebida y han destacado como elemento la existencia de un abuso de confianza «de tal modo que la infracción de la obligación adquirida no constituya tan sólo un incumplimiento contractual, sino también una defraudación de la confianza depositada, conducta por ello merecedora de una reprochabilidad penal» (SSTS de 4 de octubre de 1996 y 21 de abril de 1999). En el mismo sentido, se ha declarado que la antigua agravante genérica del abuso de confianza era incompatible con aquellos delitos en los que el abuso de confianza estaba implícito en su estructura, como la estafa y la apropiación indebida. (STS 28 de junio de 1989).

El Código penal de 1995, recoge como agravación específica del delito de apropiación indebida una figura que no participa plenamente de la anterior agravante de abuso de confianza y consiste en el abuso de relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o el aprovechamiento de su credibilidad empresarial o profesional, caracterizadas ambas por la especial naturaleza de la fuente que provoca la confianza que se quebranta en la apropiación indebida. Si cada apropiación indebida supone un quebranto de una confianza depositada en el sujeto activo, la aplicación del tipo agravado supone un «plus» en esa relación de confianza «distinta de la que por sí misma representa la relación jurídica que cobija la relación de lo poseído con obligación de entregarlo o devolverlo». En este sentido STS de 28 de abril de 2000, que cita la de 3 de enero de 2000.

La aplicación del subtipo agravado por el abuso de relaciones personales o de credibilidad empresarial o profesional quedará reservada a aquellos supuestos, cierta-

mente excepcionales, en los que además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en todo hecho típico del delito de apropiación indebida, concurren determinadas relaciones previas ajenas a la relación jurídica subyacente constitutivas de una mayor gravedad del genérico quebranto de confianza consustancial al tipo penal.

En la última de las sentencias citadas se dice que el abuso de confianza que toda apropiación indebida entraña no puede sancionarse simultáneamente como circunstancia de agravación por ser inherente al tipo, como ya había declarado esta Sala con relación a la agravante 8.ª del artículo 10 del Código penal de 1973. En dicha sentencia se añade que «El actual número 7.º del artículo 250 que contiene subtipos agravados de estafa, aplicables también al delito de apropiación indebida por expresa remisión del artículo 252 recoge en realidad dos especificaciones de un genérico abuso de confianza, caracterizadas por la naturaleza de la fuente que provoca la confianza quebrantada: de una parte la “credibilidad empresarial o profesional”, del sujeto activo, que de este modo se aprovecha precisamente de la confianza que a la víctima produce su aparente capacidad y buen hacer como profesional o como empresario; y de otra parte el abuso de las “relaciones personales existentes” entre ambos: su apreciación, en el caso de la apropiación indebida, exige una previa relación entre sujeto y víctima distinta de la que por sí misma representa la relación jurídica que cobija la recepción de lo poseído con obligación de entregarlo o devolverlo; relación personal previa de confianza que pudiendo ser de muy varia naturaleza ha de añadir un plus de desvalor al que ya supone el quebranto de la confianza inherente al propio título posesorio» (STS de 3 de enero de 2000, citada por el recurrente).

3. En este caso abusó de la confianza en el sentido que es propio de toda apropiación indebida, sin el plus de desvalor que representa el subtipo agravado del artículo 250.1.7.º del Código penal aplicado erróneamente por la Sala de instancia, con vulneración del principio *non bis in idem* garantizado por el artículo 25.1 de la Constitución.

Los hechos son constitutivos de un delito de apropiación indebida del artículo 252, en relación con el artículo 249 del CP conminados con una pena de seis meses a cuatro años, estimándose proporcionada, para individualizarla, la de un año de prisión, teniendo en cuenta todos los factores señalados en el segundo inciso del artículo 249 y en la regla 1.ª del artículo 66, ambos del CP y que fue, precisamente, la solicitada por el Ministerio Fiscal en la instancia.

El motivo ha de ser estimado.

(Sentencia de 4 de febrero de 2003)

*Administración desleal: concepto; cuando ciertas conductas puedan incardinarse tanto en el artículo 252 como en el artículo 295 del CP/1995, procede resolver optando por aplicar el precepto que imponga pena más grave. Existencia: administración desleal; director de sucursal bancaria que realizaba una actividad financiera al margen de la propia del banco, utilizando para ello los medios que éste le proporcionaba como consecuencia de su cargo*

Primero.—La sentencia de instancia condenó al recurrente como autor de un delito continuado de apropiación indebida del artículo 252 del Código penal, con las agravantes específicas de los números 6.º y 7.º del artículo 250 a la pena de 4 años de prisión y multa de 10 meses y como autor de un delito continuado de falsedad en documento mercantil y oficial del artículo 392 a la pena de 2 años de prisión y multa de nueve meses.

El primer motivo del recurso se formaliza al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en él sostiene el recurrente que se ha infringido el artículo 295 del Código penal, con arreglo al cual debieron calificarse los hechos, lo que, habida cuenta de la inexistencia de acusación conforme a esa calificación, debería conducir a una sentencia absolutoria. Afirma el recurrente que toda su actuación se desarrolló con autorización y conocimiento del Banco, de manera que los contratos suscritos por los clientes no lo fueron con el acusado a título particular, sino con la entidad bancaria. Siempre actuó dentro de sus funciones como director de la sucursal realizando actos de gestión sobre bienes de la sociedad, aunque se haya extra-limitado y haya causado un perjuicio patrimonial a la sociedad.

Asimismo afirma que no se aprecia la existencia de ánimo de lucro y que se ha aplicado indebidamente la agravación prevista en el artículo 250.7.º pues en toda apropiación indebida se da un abuso de las relaciones entre autor y víctima.

Esta Sala ha venido señalando con reiteración, STS de 2 de noviembre de 2001, que «en el artículo 535 del CP derogado se yuxtaponían como sigue yuxtaponiéndose en el artículo 252 del vigente dos tipos distintos de apropiación indebida: el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal *distrayendo* el dinero cuya disposición tiene a su alcance. En esta segunda hipótesis el tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado como consecuencia de la gestión desleal de aquél, esto es, como consecuencia de una gestión en que el mismo ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su *status*, como se dijo literalmente en la Sentencia de esta Sala de 26 de febrero de 1998, que precisó, más adelante, que de acuerdo con esta interpretación el uso de los verbos “apropiarse” y “distraer” en el artículo 535 del CP/1973 sugiere con claridad lo que separa a la apropiación indebida en sentido estricto, en que es precisa la incorporación de la cosa mueble ajena al patrimonio del que obra con ánimo de lucro, de la gestión fraudulenta en que la acción típica es la disposición del dinero que se administra en perjuicio de la persona física o jurídica titular del patrimonio administrado, sin que sea imprescindible en este tipo aunque tampoco quepa descartarla la concurrencia del *animus rem sibi habendi* sino sólo la del dolo genérico que consiste en el convencimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona» (SSTS de 17 de octubre de 1998 y 12 de mayo de 2000).

Es posible que puedan producirse supuestos en los que la conducta quede incluida al mismo tiempo en las previsiones del artículo 252 y en las contenidas en el artículo 295, pues siempre que se produzca una apropiación de bienes o una distracción de dinero por parte del administrador respecto de aquellos bienes sobre los que recae su administración, podrá afirmarse que aquél habrá desarrollado su acción en el ámbito de una administración fraudulenta, en cuanto que su conducta perjudica y defrauda conscientemente la confianza del administrado en la persona en cuyas manos ha puesto su patrimonio.

Como recuerda la STS de 16 de febrero de 2001, «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 lige-

ramente 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 consideran 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». En este mismo sentido, la STS de 15 de diciembre de 2000.

Efectivamente, no puede sostenerse que el legislador, conocedor de la doctrina de esta Sala que situaba los actos de administración desleal o fraudulenta consistentes en apropiación de bienes o distracción de dinero en el ámbito del artículo 535 del anterior Código penal, haya pretendido beneficiar a los autores de esas conductas cuando ejecuten los hechos en el ámbito societario. Más lógico será entender que el artículo 295 se dirige a sancionar conductas que, no siendo susceptibles de calificarse como delitos de apropiación indebida, que quedarían comprendidas en el artículo 252, consisten sin embargo en actos de administración desarrollados en el ámbito propio de la sociedad, que impliquen disposición fraudulenta de bienes o asunción de obligaciones a cargo de la sociedad que supongan un beneficio propio o de tercero y al mismo tiempo un perjuicio económicamente evaluable para los titulares del patrimonio administrado.

La vía casacional elegida impone el respeto a los hechos probados de la sentencia, de manera que la verificación que corresponde realizar se circunscribe a la corrección de la aplicación de la Ley Penal a los hechos, sin añadir otros ni prescindir de los declarados probados.

La sentencia de instancia, en una pormenorizada descripción de los hechos, declara probado que el acusado realizaba una actividad financiera al margen de la propia del Banco, en una de cuyas sucursales en Orense era director. Para ello captaba fondos de los clientes siguiendo una doble mecánica: confeccionaba documentos en los que se hacía constar la adquisición de pagarés de empresa u otros productos financieros, o procedía a la apertura de libretas de ahorro, utilizando ejemplares oficiales del banco pero sin que en ningún momento tuvieran entrada en la entidad financiera como tales operaciones. Siempre recibiendo a cambio dinero en metálico o títulos valores realizables. Asimismo, sigue el relato de hechos, el acusado, utilizando la habilitación que tenía como director de la sucursal, retiró fondos de la caja de la entidad, con cargo a otras libretas de ahorro o cuentas bancarias. En ocasiones realizó diversos documentos que le fueron entregados para obtener su cobro, disponiendo para su actividad de los fondos así obtenidos.

En los hechos se describe también la forma en que la entidad descubrió los hechos, afirmando en la fundamentación jurídica que no puede admitirse que la entidad bancaria tuviera cumplido conocimiento de las actividades llevadas a cabo por el recurrente.

Las referencias a la descripción de los hechos contenidos en la sentencia que se acaban de hacer ponen de manifiesto que la conducta del acusado excedió claramente lo que podría considerarse una administración fraudulenta para entrar de lleno en el campo de la apropiación indebida, una vez excluida de los hechos probados la posibilidad de que actuara de acuerdo con la entidad. Aprovechando las facilidades derivadas de su función como director de la sucursal de la entidad, recibía de sus clientes cantidades de dinero con unas precisas finalidades vinculadas a la realización de operaciones económicas con el propio banco, de las cuales disponía el acusado para finalidades distintas, orientadas a su propio beneficio, ocultando tanto a los clientes

como al propio banco la recepción y destino de aquéllas, pues emitía documentos que no respondían a la realidad relativos a la adquisición de productos financieros o entregaba libretas confeccionadas con impresos oficiales, con los que las dotaba de una apariencia de normalidad, pero que nunca tenían reflejo en la contabilidad del banco. Conductas que se completaban con la retirada de fondos sin autorización ni reflejo alguno en la contabilidad para el desarrollo de esas actividades.

Una vez examinada la descripción de los hechos efectuada por la sentencia de instancia no es preciso un gran esfuerzo argumentativo para deducir de ella la existencia de ánimo de lucro, pues se desprende la utilización en sus propias actividades del dinero entregado para otras finalidades por los clientes del banco.

Finalmente, hemos de hacer una referencia a la agravante 7.º del artículo 250 del Código penal, pues viene a sostener el recurrente que al apreciarla en un delito de apropiación indebida se vulnera el principio *non bis in idem*. Efectivamente, el abuso de confianza que toda apropiación indebida entraña no puede sancionarse a la vez como circunstancia de agravación por ser inherente al tipo y de apreciarse se vulneraría el *non bis in idem* y el principio de legalidad.

Como estableció la Sentencia de 3 de enero de 2000, el número 7.º del artículo 250 recoge dos especificaciones de un genérico abuso de confianza, caracterizadas por la naturaleza de la fuente que provoca la confianza quebrantada: de una parte la «credibilidad empresarial o profesional», del sujeto activo, que de este modo se aprovecha precisamente de la confianza que a la víctima produce su aparente capacidad y buen hacer como profesional o como empresario; y de otra parte el abuso de las «relaciones personales existentes» entre ambos: su apreciación, en el caso de la apropiación indebida exige una previa relación entre sujeto y víctima distinta de la que por sí misma representa la relación jurídica que cobija la recepción de lo poseído con obligación de entregarlo o devolverlo; relación personal previa de confianza que pudiendo ser de muy variada naturaleza ha de añadir un plus desvalor al que ya supone el quebranto de la confianza inherente al propio título posesorio.

La sentencia de instancia nada dice en los hechos probados. Sin embargo, en la fundamentación jurídica, fundamento derecho primero, afirma textualmente que el acusado «se prevaleció de su credibilidad profesional para la captación de los fondos que luego desvió y así resultó de múltiples testimonios recogidos en el juicio oral en los que se ponía de manifiesto, de forma evidente, la confianza que los depositantes tenían en el director de la sucursal, con el que trataban y negociaban de forma exclusiva las cuestiones patrimoniales de los depositarios» (*sic.*). De este razonamiento, con el contenido fáctico que incorpora, puede obtenerse que las razones de la confianza que tenían en el acusado quienes le entregaban su dinero no se basaban solamente en su calidad de director, sino también en sus relaciones personales con él, lo cual permite la aplicación de la agravante, lo cual, por otro lado, resulta irrelevante a los efectos de la penalidad al concurrir la agravación prevista en el apartado 6.º de dicho artículo 250, visto que la cantidad distraída ascendió a 941.879.355 pesetas.

El motivo se desestima.

(Sentencia de 3 de febrero de 2003)

*Abogado que hace suyas indemnizaciones pagadas para los clientes: concurso de normas entre apropiación indebida y deslealtad profesional siendo ésta absorbida por aquélla*

Recurso del Ministerio Fiscal

Único.—Lo ha formulado por infracción de ley, de las del artículo 849,1.º LECrim., por inaplicación de los artículos 252 y 249 Código penal.

El argumento de apoyo es que por la forma en que la sentencia describe la acción de los acusados relativa al importe de la indemnización que percibieron actuando profesionalmente por encargo de los denunciados, resulta evidente la existencia de un acto de disposición definitiva sobre ese dinero; que negaron haber recibido. De forma que concurre el supuesto de hecho de los preceptos sustantivos citados.

La lectura de los hechos probados hace patente: *a)* que los letrados que han sido acusados en esta causa tenían el encargo de actuar profesionalmente en defensa de los intereses de los herederos de Manuel T. R., fallecido tras ser arrollado por un automóvil, cuando después de haber consumido heroína irrumpió en la carretera C-234 de forma brusca; *b)* que los primeros, actuando en ese concepto, llegaron a un acuerdo extrajudicial con la aseguradora, que les hizo entrega de un talón por 4 millones de pesetas, librado el 29 de julio de 1998; *c)* que a cambio de esa suma firmaron un recibo y la renuncia a cualquier acción, en nombre de sus clientes, y también hicieron saber al Juzgado que habían llegado a un acuerdo sobre la indemnización, con renuncia a las acciones correspondientes; *d)* que ingresaron esa cantidad en la caja fuerte de su despacho, sin comunicar nada al respecto a los interesados; *e)* que, además, como respuesta a sus llamadas y visitas, «les dieron largas [...] y ante su insistencia les manifestaron que el asunto habría sido archivado por falta de pruebas, por lo que, en su caso, habría que intentar las acciones civiles...»; *f)* que los letrados, al tener conocimiento, por el propio Juzgado de que habían sido denunciados, comunicaron por telegrama de 26 de septiembre de 2000 a los padres del fallecido que tenían la indemnización en su despacho; *g)* que al no recibir respuesta, el 16 de octubre siguiente, consignaron en el Juzgado 3.128.000 pesetas, fruto de descontar de la suma global el importe de sus honorarios profesionales (696.000 pesetas) y 150.000 pesetas abonadas al conductor implicado.

El Tribunal de instancia ha considerado que lo descrito ilustra sobre una actuación que merece el calificativo de «mera retención temporal» del metálico percibido, «que podrá ser calificada de viciosa, desleal e incluso generadora de alguna suerte de responsabilidad», pero que no habría determinado la incorporación de aquél al patrimonio de los acusados.

El artículo 252 Código penal describe, entre otras, la acción consistente en apropiarse de dinero, legítimamente obtenido, pero con obligación de entregarlo a terceros, simulando antes éstos que esa percepción hubiera tenido lugar. Así, lo contemplado es un supuesto consistente en hacer propio de manera ilegítima y de forma intencional lo que se había recibido con una finalidad de ulterior entrega a otro; circunstancia ésta que, por principio, privaría de licitud a tal forma de proceder.

En este caso, es claro que se da el primer segmento de la descripción típica, puesto que los letrados se hicieron cargo del importe de una indemnización, en el contexto de la actuación profesional que les había sido encomendada, que comprendía, asimismo, el deber de hacerlo llegar a sus clientes. En este punto, la cuestión es pacífica, de manera que se trata de ver si concurrió o no el segundo momento del supuesto típico. Siempre y sólo a tenor de los términos en que se expresa la Sala en los hechos probados, que no pueden alterarse, al ser el suscitado un motivo de infracción de ley por defecto de subsunción.

A este respecto, hay que tomar en consideración la forma de operar de los denunciados a partir del momento en que tuvieron en su poder la indemnización. Como se ha hecho constar, éstos, no se limitaron a ocultar este dato, sino que trataron de hacer creer a sus interlocutores que las actuaciones habían experimentado un desenlace que lo excluía objetivamente. Es decir, les comunicaron que el resultado de las diligencias había sido negativo, desde el punto de vista de sus intereses, y que, por ello, no existía para su pretensión más cauce que el de la reclamación civil. Contando, obviamente, con que se trataba de personas según consta también en los hechos, tempo-

reros y dedicados a la venta ambulante con escasa capacidad para valorar críticamente el contenido de esas explicaciones. De las que, además, formaba parte un ingrediente harto significativo, incluso en lenguaje coloquial: el mal resultado del trámite obedecía a la «falta de pruebas».

Pues bien, a tenor de los elementos de juicio que se han relacionado, hay que determinar si es o no correcta la conclusión del Tribunal, consistente en considerar que lo producido fue como dice la «mera retención temporal» de los fondos.

En una consideración *ex post* no cabe duda que tal es lo finalmente producido, una vez que los inculpados restituyeron el dinero. Pero no es ésta la comprobación que hay que hacer. Lo que importa es determinar cuál fue el ánimo que informó realmente el *modus operandi* objeto de examen. Y en este punto, y por lo ya anticipado, la propia forma en que la Sala de instancia describe los hechos no deja lugar a duda: los acusados recibieron el dinero y ocultaron reflexivamente haberlo recibido, dando por concluida, frente a sus clientes, toda su actuación en el ámbito penal. Excluyendo, por tanto, cualquier posibilidad de que la indemnización pudiera cobrarse en algún momento ulterior.

Así las cosas, lo que se atribuye a los denunciados en la sentencia es haber ejecutado una acción de doble vertiente, consistente, primero, en hacerse cargo de la indemnización; y, segundo, en ocultar este dato, induciendo en los perjudicados la creencia de que su pretensión había fracasado por «falta de pruebas», sin que ya hubiera nada que hacer en la vía emprendida. Con lo que, a la vez que se incumplía de manera actual el deber de entrega de la indemnización a sus auténticos destinatarios, se exteriorizaba con toda claridad el propósito de mantener esa misma actitud, definitivamente, en el futuro.

De este modo, y siempre según los términos de los hechos probados, la conducta de los acusados consistió en retener, con patente intención desde el principio de hacerla propia, la indemnización destinada a los perjudicados por el fallecimiento de Manuel T. R. Con lo que se dan los elementos típicos del artículo 252 Código penal, tal como lo interpreta reiteradísima jurisprudencia de esta Sala (por todas, Sentencias de 6 de junio y 11 de julio de 2000). Es por lo que debe admitirse el motivo objeto de examen.

(...)

Recurso de Francisco A. B.

(...)

Segundo.—Por la vía del artículo 849,1.º LECrim., se ha aducido infracción del artículo 467.2.º Código penal, por aplicación indebida. El argumento es que los hechos declarados probados no son subsumibles en ese precepto penal, puesto que en ningún caso se habría producido incumplimiento de sus deberes profesionales por parte de los acusados y, en consecuencia, no existiría lesión y ni siquiera puesta en peligro del bien jurídico.

El artículo 467.2.º Código penal cifra la acción típica en perjudicar de forma manifiesta los intereses cuyo cuidado se hubiera confiado, en este caso, a un abogado o abogados.

Pues bien, el motivo debe ser estimado. Pero no por las razones alegadas en su apoyo por el recurrente, sino por lo expuesto al tratar el recurso del Fiscal. Es decir, porque los acusados incorporaron ilícitamente a su patrimonio el importe de la indemnización, que es el modo de obrar que constituye el supuesto del hecho del precepto del artículo 252 Código penal. Así, aunque, en una primera aproximación, la acción perseguida pudiera parecer subsumible en cualquiera de los dos tipos penales

de referencia, puesto que en ambos se requiere la concurrencia de perjuicio, el segundo citado es más específico, ya que contempla una determinada manera de perjudicar de entre todas las posibles al alcance los profesionales, en este caso de la abogacía en la relación con sus clientes, que es, precisamente, la que aquí se ha dado. Es por lo que, en definitiva, la aplicación de este tipo penal excluye la del primero, en aplicación de lo que dispone en artículo 8,1.ª Código penal. Y es el sentido en el que la impugnación ha de acogerse.

(Sentencia de 3 de octubre de 2003)

*Apropiación indebida: Atípico en su comisión imprudente. Modalidades: apropiar y distraer: concepto; objeto. Existencia: destinar el dinero recibido para la construcción de viviendas a otras sociedades y fines. Perjuicio patrimonial: requisitos; distinción entre el perjuicio típico y el perjuicio indemnizable; existencia: intervención del Estado y otros organismos públicos ante una grave crisis de promotora de viviendas: la reducción del perjuicio no excluye el tipo. Especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia: inexistencia: no resulta probado por el mero hecho de que los miles de perjudicados fueran personas con necesidad de vivienda social y con unos ingresos bajos. Múltiples perjudicados: inexistencia: incompatible habiéndose apreciado delito continuado. Dolo: concepto; existencia: acusado plenamente consciente del tipo de estructura empresarial creada y de su fragilidad así como de los compromisos contraídos: actuación asumiendo altos riesgos en el manejo de los fondos entregados dándoles un destino diferente. Diferencias con otras figuras: administración desleal. Responsabilidad civil: indemnización de perjuicios morales: absorbidos en el quebranto patrimonial*

Tercero.—En el homónimo ordinal y al amparo del artículo 849-1.º Ley de Enjuiciamiento Criminal denuncia infracción del artículo 535 CP en relación a los artículos 528, 529.1 y 7 y 69 bis primero, *in fine*, todos ellos del Código penal de 1973, por indebida aplicación de los mismos, dado que los hechos declarados probados no son, en modo alguno, constitutivos del delito mencionado en los antedichos preceptos.

1. Aunque invoca como infringidos los artículos 529-1.º y 7.º y 69 bis, realmente la indebida aplicación provendría de la ausencia del tipo básico sobre el que construir las referidas cualificaciones y la continuidad delictiva. La sentencia, por la vía de la corriente infracción de ley, sólo es combatida en su figura delictiva básica, que se reputa no concurrente en la específica modalidad «distractiva» que se aplica.

El recurrente entresaca o selecciona del amplio relato fáctico una serie de expresiones o afirmaciones que le son favorables, pero sin reparar que la exposición ha quedado mutilada, al resaltar fragmentariamente ciertas descripciones, omitiendo otras.

Pone especial énfasis en considerar ciertas aseveraciones como:

«Los Fondos aportados se hallaban correctamente reflejados en la contabilidad de IGS y PSV, sin que se tergiversaran sus orígenes y destinos».

«Ni al señor Carlos Miguel ni a los otros acusados absueltos les guió ánimo de lucro propio alguno, no habiéndose probado tampoco que al empobrecimiento de la víctima siguiera, en relación causa-efecto, un correlativo incremento patrimonial de los posibles sujetos activos».

2. A pesar de las referencias fácticas que el recurrente expone, termina reconociendo que también del *factum* se extrae un hecho esencial que sería susceptible de integrar una modalidad de apropiación indebida, cuyos elementos constitutivos no se hallan bien definidos y que, a su juicio, es la aplicada indebidamente a la conducta desplegada por él.

Nos dice «el dinero que aportaban los cooperativistas de PSV o los clientes de las promociones de IGS era destinado por el censurante no sólo a la concreta promoción de PSV o IGS, en cuyo seno estuviese inscrito cada cooperativista aportante, sino a otra u otras promociones distintas».

Pero todavía omite otras muchas descripciones de la resultancia fáctica que pondrían al descubierto la concurrencia de los elementos del delito de apropiación indebida en su modalidad conductual de «distracción».

Acomodándonos a la vía procesal que sustenta el motivo, lo que implica plena sujeción a los hechos probados en su conjunto, se dice, entre otras cosas, que «había seis modelos de contratos para la adjudicación del derecho a obtener una vivienda. Todos contenían una cláusula, por la que de modo expreso se vinculaban los fondos del demandante de la vivienda a la ejecución de las obras de la promoción concreta a la que habían sido asignados, incluso designando la cuenta o cuentas bancarias en las que se iban a ingresar... No obstante lo expresado en los contratos, las gestoras de IGS/PSV (en este caso el acusado) aplicaban los fondos obtenidos a cubrir necesidades económico-financieras del grupo con independencia de quiénes fueran los aportantes y cuál fuera el destino pactado, sin proveer las oportunas reservas que les permitiese restablecer la tesorería de cada promoción (reponer los fondos) cuando ello fuera necesario».

En efecto, en todos los contratos que firmaban los cooperativistas relativos a la adquisición de la vivienda se insertaban dos cláusulas que regulaban el destino de los fondos:

1. Que las cantidades entregadas eran a cuenta del precio de la vivienda.
2. Que las mismas quedarían depositadas en una cuenta corriente que se especificaba y que sólo podían ser utilizadas para realizar los pagos de los gastos de la promoción.
3. La primera de las objeciones del recurrente que haría inaplicable en su opinión el artículo 535 CP/1973, sería que la Audiencia considera integrante del delito de apropiación indebida el concreto uso de esos fondos, calificado como contrario al pactado con los cooperativistas, y ello, a pesar de reconocer igualmente que no existe reproche alguno en el hecho de usarlos, incluso aunque ese uso no fuera inmediatamente destinado al fin para el que le habían sido entregados. Así se desprende de las páginas 197 y 198 de la Sentencia: Fund. Jur. 2.1.3.

La Audiencia Nacional nos explica que «en supuestos como el actual en el que se perciben con un fin determinado ciertas cantidades, éstas no tienen por qué permanecer inmovilizadas en una cuenta especial (lo que sería absurdo por antieconómico), pero su utilización debe quedar limitada a la finalidad específica para la que fueron entregadas con la constatación necesaria y estar garantizadas a través de los medios adecuados para poder asegurar la devolución en caso de incumplimiento de dicha finalidad, sin que quepa hacer un uso no autorizado de ellas».

Indudablemente que los actos dispositivos realizados por el acusado no se acomodaban, ni mucho menos, a tal limitada autorización. Sería factible que tales fondos se pudieran invertir en letras del Tesoro, por poner un ejemplo, ya que en cualquier momento podría recuperarse el numerario invertido, con los correspondientes rendimientos. Lo que hizo el impugnante, fue aplicarlo a otras sociedades y fines, dentro del complejo creado por UGT, en los cuales no existían ingresos propios. Como la sentencia combatida repite hasta la saciedad, los únicos ingresos a PSV eran las aportaciones de los cooperativistas, demandantes de viviendas, de tal suerte que las aplicaciones desviadas llevadas a cabo por el acusado recurrente provenientes de los fondos recibidos en el concepto mencionado no tenían posibilidades de retorno a su origen, al haber sido consumidas y gastadas en otros fines sociales distintos que desarrollaban las diversas entidades, agrupadas a través de IGS

El argumento es inatendible.

4. Niega, a continuación, el recurrente que la resultancia fáctica de la combatida sea subsumible en el tipo objetivo de apropiación indebida, precisamente porque no existió acto apropiativo en sentido estricto, esto es, no hubo incorporación de los fondos al patrimonio del culpable ni al de un tercero a su instancia. Faltaron, pues, el enriquecimiento y el *animus rem sibi habendi*, como idea motriz del comportamiento delictivo.

Reconoce la existencia de dos modalidades de apropiación indebida, representadas por los verbos que nuclean las respectivas conductas: «apropiarse» y «distraer». Así lo viene estableciendo la línea doctrinal de la jurisprudencia más moderna, sin inflexión alguna. Muestra de ello son las SSTS de 1 de julio de 1997, 3 de abril de 1998, 17 de octubre de 1998, 12 de mayo de 2000, 16 de febrero de 2001, 29 de octubre de 2001, 26 de noviembre de 2001, 28 de febrero de 2002 y 18 de abril de 2002.

No obstante el recurrente realiza una distinción un tanto artificial. Estima que conforme a tal dirección jurisprudencial habría que diferenciar dos figuras delictivas distintas: «apropiación de cosas muebles» y «distracción de dinero».

La afirmación no es exacta, aunque lo usual es que la apropiación recaiga sobre cosas y la distracción sobre dinero. Una cosa es manifestar que existen dos modalidades conductuales delictivas y otra adscribir cada una de ellas a un objeto material del delito predeterminado (cosas o dinero). Ambas conductas delictivas (apropiarse y distraer) van referidas indistintamente a cualquiera de los objetos materiales, que hoy, con amplitud prevé el artículo 252 del vigente Código penal, antes 535.

La naturaleza fungible del dinero determinará que la obligación de restituir o devolver recaiga no sobre la misma cosa sino otra en igual cantidad, dada su esencial sustituibilidad. Ello no empece que el custodio o depositario de un dinero lo haga propio con intención de lucro o disponga de él, dándole una aplicación diferente (no lucrativa para el autor), de modo que no pueda cumplirse con la obligación de reintegrar al titular depositante.

Del mismo modo, no puede excluirse que una cosa mueble ajena (no fungible), entregada a un tercero en custodia, sea objeto de un destino no autorizado legal o contractualmente, de modo que resulte irrecuperable para su propietario, sin que se haya producido con el acto dispositivo enriquecimiento del agente.

En resumidas cuentas, es posible afirmar sin mayores consecuencias jurídicas que la apropiación indebida, en general, puede recaer bien sobre cosas no fungibles cuya obligación restitutoria ha de ser de la misma cosa, o bien sobre dinero u otras cosas fungibles en que el depositario cumplirá devolviendo otro tanto de la misma especie y calidad. Tratándose de dinero, igual cantidad.

5. En la misma línea argumental, el impugnante rechaza que pueda existir un delito de apropiación indebida con la sola causación, por parte del administrador de fondos, de un perjuicio al propietario. Bastaría en su opinión con la expropiación

de la cosa, esto es, con el ocasionamiento de un perjuicio en el patrimonio de la víctima, para que el delito se perfeccionara. Rechaza la afirmación que la sentencia recurrida hace, en la página 192, en los siguientes términos:

«Este tipo penal específico (distracción de caudales) no requiere el enriquecimiento del autor, sino el perjuicio patrimonial del titular del patrimonio administrado y no requiere, por lo tanto, que el dinero distraído se haya incorporado al patrimonio de dicho autor».

El planteamiento no debe merecer acogida, porque no se exige solamente el perjuicio para la configuración del tipo delictivo, sino que deben concurrir otros elementos. Además esta figura delictiva se construye sin el propósito de lucro y enriquecimiento del agente, referencias ausentes en los artículos 535 del Código precedente y 252 del actual. Los términos gramaticales de la descripción típica omiten, a diferencia de otras figuras delictivas de apoderamiento lucrativo, el elemento subjetivo del injusto o «ánimo de lucro». Éste formará parte de la conducta de «apropiación» pero no de la de «distracción».

Apropiarse, según lo define el diccionario de la Real Academia es tanto como «tomar para sí alguna cosa, haciéndose dueño de ella, por lo común de propia autoridad».

La semántica del término y su inclusión dentro de la rúbrica de delitos contra el patrimonio permite reputar ínsito en la conducta nuclear ese ánimo de lucro o enriquecimiento, circunstancia que no concurre, en la otra versión delictiva de distracción.

6. Partiendo de la precedente idea, el recurrente sostiene que la simple producción de un perjuicio no puede, en ningún modo, constituir delito de apropiación indebida en su modalidad de «distracción de dinero», por cuanto estima imprescindible que junto a la producción del desvalor del resultado (lesión de un bien jurídico) exista un desvalor de acción, es decir, un comportamiento suficientemente disvalioso para el ordenamiento jurídico que dé lugar a una respuesta jurídico-penal.

En este delito viene la doctrina de esta Sala exigiendo los siguientes elementos:

a) Una inicial posesión regular o legítima por el sujeto activo, del dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble. Actualmente ampliados a «valores» o «activos patrimoniales» (art. 252 CP).

b) Que el título por el que se ha adquirido dicha posesión sea de los que producen obligación de entregar o devolver la cosa o el dinero (la misma cantidad).

c) Que el sujeto activo rompa la confianza o lealtad debida, mediante un acto ilícito de disposición dominical, que siendo dinero debe tratarse de un acto definitivo sin retorno.

d) Conciencia y voluntad del agente de disponer de la cosa como propia o darle un destino distinto al pactado, determinante de un perjuicio ajeno.

En el caso de autos todos y cada uno de estos elementos concurren, como se desprende de la resultancia probatoria, completada por las afirmaciones fácticas de los fundamentos jurídicos, como tendremos ocasión de justificar.

7. Se argumenta igualmente por el recurrente que «cuando el sujeto quiere expresamente entregar o devolver la cosa no debería entenderse realizada esta figura delictiva».

Mas, el querer lo imposible o ilusorio es simplemente una aspiración irrealizable del sujeto agente que no debe influir en la perfección del delito.

8. Todavía surge en el recurrente una duda racional sobre la posibilidad, en el peor de los casos, de aplicar al supuesto de autos el artículo 295 del Código penal que contempla el delito societario de administración desleal. De ser así, no hallándose vigente tal tipo delictivo en el momento de comisión de los hechos la conducta

enjuiciada devendría impune, según razona el recurrente. El presente planteamiento tiene su base en la propia sentencia recurrida, que al determinar alguna de las causas de la crisis financiera de las empresas de IGS y PSV, hace referencia a «un erróneo diseño del proyecto o a una heterodoxa administración» (p. 149 de la sentencia), lo que apunta a un supuesto de administración más o menos incorrecta, integrante, a lo sumo, del actual delito de administración desleal (art. 295 CP).

La doctrina de esta Sala, ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la delimitación de estas dos infracciones criminales.

Como indica la Sentencia de 15 de diciembre de 2000 «el tipo delictivo de apropiación indebida, definido en el artículo 535 del Código penal de 1973 o 252 del vigente y el de administración desleal del artículo 295, ofrecen la imagen de dos círculos secantes, pues en el primero se incluyen conductas de apropiación ajenas al ámbito de la administración societaria, y en el segundo comportamientos, como la asunción abusiva de obligaciones, ajenos al ámbito típico de la apropiación indebida, pero existe una zona común en que el comportamiento delictivo cubre ambas hipótesis típicas».

Los supuestos de concurso de normas se han de resolver, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8.4 CP, optando por el precepto que imponga mayor pena, en este caso, por el delito de apropiación indebida.

9. En conexión con lo señalado, y dentro de la temática impugnativa referida al tipo objetivo del injusto, el acusado recurrente no estima acreditada la necesaria eficacia causal que la acción del agente ha de tener respecto al resultado proscrito. El sujeto activo, con su acción, ha de ocasionar un perjuicio evaluable económicamente.

La sentencia explica que deberá indemnizarse «en el porcentaje de las aportaciones que cada cooperativista perdió como consecuencia de la suspensión de pagos de la Cooperativa y de su sociedad dominante (IGS, S. A.)».

La pérdida de los cooperativistas pudo obedecer a varios criterios o causas:

1) Cooperativistas que se dieron de baja, y cedieron el crédito a ICO o los que lo ejercitaron en las suspensiones de pagos. En estos casos el perjuicio se cifraría en el 25 por 100.

2) Cooperativistas que se mantuvieron en las distintas promociones segregados que fueron obligados a una derrama extra del 7 por 100. Tal porcentaje debía reducirse en la medida de la disminución de los gastos de gestión.

3) Cooperativistas que se dieron de baja, pero cuyas promociones fueron luego revertidas para, acto seguido, ser directamente adjudicatarios de esos mismos solares por parte del Ayuntamiento de Madrid.

El recurrente estima contradictorios tales criterios, e incompatibles con la limitación que en la página 223 de la sentencia se señala, según los cuales el límite máximo del *quantum* indemnizatorio a determinar en fase de ejecución, se fija en 9.940 millones de pesetas en promociones de PSV y 3.069 millones en las relativas a IGS.

10. Partiendo de tales declaraciones sentenciales el censurante estima que el Tribunal inferior cometió un *error iuris*, porque de haber sido la acción de distracción de fondos la causa del perjuicio de los cooperativistas, la Audiencia Nacional tenía que haber establecido como responsabilidad civil *ex delicto* el total de las cantidades distraídas, es decir, el total de los fondos dejados de aplicar a cada una de las promociones correspondientes. Pero lo que califica la Audiencia como perjuicio no son tales cantidades sobre cuya utilización indebida se asienta el reproche penal sino lo perdido por cada cooperativista consecuencia de la suspensión de pagos de PSV e IGS.

Ello le lleva a afirmar que fueron causas diferentes a la distracción de fondos las que originaron los perjuicios, careciendo la acción del señor Carlos Miguel de eficacia causal respecto al resultado lesivo.

Es cierto que la Audiencia Nacional ha podido incurrir en cierta confusión. Teóricamente el daño del delito son las cantidades distraídas. Ahora bien, la causa única del perjuicio fue el comportamiento ilícito del señor Carlos Miguel. Lo que sucede en el presente caso es que ante un hundimiento financiero de tal magnitud, originador de un fraude a terceros, en bienes de primera necesidad, el Estado y otros organismos públicos decidieron intervenir económicamente para tratar de dar salida a la situación, llevando a cabo un importante reflotamiento económico que paliara los graves problemas creados, sin cuya intervención, no hubiera sido posible reconducir las expectativas de adquirir una vivienda a la que legítimamente tenían derecho los cooperativistas.

La rebaja o reducción de los perjuicios por efecto de la intervención gubernamental u oficial no impide afirmar que la causa exclusiva de dicho perjuicio fue el proceder del recurrente.

Como se puede colegir de los términos de la sentencia, aquélla reputa objeto material del delito los perjuicios indemnizables, y no el total de cantidades detraídas. Mas, la consideración del daño o perjuicio a efectos de la calificación estrictamente penal del delito no resulta afectada al persistir la notoria importancia, recaer el delito sobre objetos de primera necesidad (art. 529, núms. 7 y 1.º) y resultar indiscutida la continuidad delictiva (art. 69 bis), pues tanto da tomar en consideración la cuantía de la defraudación (la que realmente se distrajo) o la que resulta indemnizable, mucho menor esta última, gracias a la benefactora intervención del Estado y otros organismos oficiales.

11. Por último, no estima concurrente el dolo del autor o elemento subjetivo del tipo.

Para el juzgador de instancia el delito del antiguo artículo 535 del Código penal sólo exige un dolo genérico que consiste en el «conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona» y en el «conocimiento y consentimiento del incumplimiento definitivo de la obligación asumida».

Sin embargo según la tesis que el censurante mantiene el elemento subjetivo debe abarcar todos los elementos objetivos del tipo, entre los cuales está la propia conducta de apropiación o distracción, el perjuicio, el título por el que se posee la cosa y la obligación de devolver o restituir.

A su vez, en la modalidad delictiva «distractiva» el desvalor de acción o juicio de culpabilidad debe consistir en la conciencia y voluntad de la expropiación ajena y consiguiente empobrecimiento del sujeto pasivo, junto a una correlativa apropiación o enriquecimiento del autor. Esta afirmación del recurrente viene a cuento de una interpretación sesgada de la doctrina que desarrolla la sentencia del caso «Argentia Trust» (STS de 26 de febrero de 1998) según la cual el juzgador no tiene que partir del acreditamiento del destino del dinero distraído (o apropiado) en la medida en que basta con probar la conducta del autor ocasionadora del perjuicio causado al administrado, para dar por demostrados los actos apropiativos, es decir, el enriquecimiento o incorporación del dinero al patrimonio del sujeto agente.

Según dicho plantamiento, con limitarse el culpable a no dar razón del paradero del numerario, bastaría para entender por vía de inferencia lógica, que el dinero lo hizo propio enriqueciéndose con él.

Sin embargo, no es ésa la doctrina que la Sala ha venido definitivamente y sin desviaciones implantando. En este sentido es sumamente esclarecedora la STS de 17 de julio de 1998, en cuya fundamentación jurídica se dice:

«La amplia fórmula utilizada permite incluir los supuestos de entrega anticipada de cantidades a cuenta a los promotores y constructores con el destino específico de construcción de viviendas. La apropiación indebida concurre, en estos casos, cuando

el promotor o constructor acusado dispone ilegítimamente de las cantidades que ha percibido con un destino específico y, abusando de la tenencia material de las mismas y de la confianza en él depositada, las desvía del destino legal y contractualmente previsto, es decir, las dedica a otras atenciones diferentes».

Resulta, pues, indiferente si con la desviación de las cantidades recibidas se ha obtenido un beneficio económico propio o ajeno o simplemente se han perdido o distraído, sin existir beneficiario alguno. En todo caso depende de la realización de un acto dominical ilícito. En nuestra hipótesis las cantidades desviadas, debieron beneficiar o, cuando menos, reducir el pasivo de otras entidades societarias dentro del *holding*, en ausencia de pruebas que demuestren otro destino diferente.

12. De lo hasta ahora expuesto queda fuera de toda duda que el recurrente «era plenamente consciente del tipo de estructura empresarial que estaba creando y de la fragilidad de la misma, así como de los compromisos contraídos», y a pesar de ello actúa asumiendo altos riesgos en el manejo de los fondos entregados por los cooperativistas, destinándolos a cubrir las necesidades del grupo en cualquier rama de actividad, violando el compromiso asumido.

Por tanto, cabe estimar, en contra de lo aducido por el motivo, que el elemento subjetivo (conciencia y voluntad del autor) abarcaba la propia conducta de distracción, el perjuicio que se originaba así como el incumplimiento de la obligación de devolver que se asumía, desde el momento en que se utilizaban los fondos para fines distintos, sin garantizarse a través de los medios adecuados la devolución de aquéllos en el caso de incumplimiento de la finalidad que motivó su entrega.

El señor Carlos Miguel era el ejecutor y, por ende, perfecto conocedor de los artificios contables y operaciones de ingeniería financiera, claramente denotadores de que las cantidades desviadas no podrían ser recuperadas para la finalidad que le era propia.

Se suscribieron acciones y se realizaron ampliaciones de capital sin efectuar los correspondientes desembolsos; se reflejaron en la contabilidad beneficios, cuando en realidad se producían pérdidas cuantiosas (de varios cientos de millones); se sirvieron de plusvalías desaforadas sobre derechos edificatorios, para cuadrar contabilidades; no se reflejaron determinados costes o gastos al objeto de que las plusvalías actuasen como beneficios; de haberlo hecho no hubiera existido plusvalía alguna, etc.

Todas estas actuaciones y otras similares son fundadamente atribuidas a Carlos Miguel, según proclama la página 210 de la sentencia, al referirse a éste como «la persona que planea, planifica y desarrolla el proyecto de economía social del sindicato, que dirige y administra él mismo de modo presidencialista»...

«Es el máximo ejecutivo de todas y cada una de las sociedades que conforman el grupo y en el único supuesto en el que legalmente no puede asumir la presidencia de una de ellas (la Cooperativa) asume el cargo de director con tal amplitud de competencias que vacía de contenido el resto de los órganos de la misma».

El motivo, en sus diversas vertientes, debe ser rechazado. La Audiencia Nacional, al sentenciar, no incurrió en ningún error subsuntivo.

Cuarto.—Al amparo del artículo 849-2 Ley de Enjuiciamiento Criminal se denuncia, en el motivo correlativo, el error padecido por la sentencia recurrida al afirmar en el apartado 6.4 de los hechos probados, tercer y cuarto párrafos (pp. 92 y 93), que los fondos de los cooperativistas fueron al menos parcialmente usados para actividades ajenas a la actividad inmobiliaria para la que habían sido entregados a PSV, extremo sobre el que basa la Audiencia su fallo condenatorio.

1. El error de la sentencia recurrida se demuestra inequívocamente en opinión del impugnante del tenor de los diferentes informes periciales practicados en autos, que no resultan contradichos por otros elementos probatorios.

Ningún reproche formal puede achacarse al planteamiento, ya que los informes periciales, en determinadas condiciones, merecen según doctrina de esta Sala, la consideración de documentos, a efectos de acreditar un *error facti*.

En este sentido nos dice la STS de 19 de junio de 2001, «para que los informes periciales puedan tener la consideración de documentos *stricto sensu*, a efectos casacionales, requieren la concurrencia de las siguientes circunstancias:

a) Que constando un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes, y no disponiendo la Audiencia de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos, se haya estimado el dictamen o dictámenes coincidentes como base única de los hechos declarados probados, pero incorporándolos a dicha declaración de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, de modo que se altere relevantemente su sentido originario.

b) Que contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes sin expresar razones que lo justifiquen».

2. Los aspectos de los diversos dictámenes, que el recurrente aduce en apoyo de su tesis, se contraen a los siguientes:

A) Informe pericial de don Valentín (fol. 68.677 y ss. de Diligencias; Tomo 182, pág. 42).

«Todos los proyectos de IGS no vinculados a la promoción de viviendas sociales surgieron o llegaron inicialmente con su propia financiación, distinta de la correspondiente a los proyectos de promoción de viviendas sociales. Los fondos aportados por los cooperativistas o adjudicatarios de viviendas sociales promovidas por IGS, S. A. o PSV así como los préstamos hipotecarios dispuestos, correspondientes a dichos proyectos, fueron invertidos en viviendas sociales, no en ninguna de las otras actividades empresariales del grupo IGS, S. A.».

B) Informe pericial de don Vicente... Tomo 89, fol. 24.839 y ss. señala en la página 30:

«Las ventas de empresas de UGT a IGS no tuvieron influencia alguna en los problemas surgidos en las promociones ni supusieron la utilización a tal fin de recursos procedentes de aportaciones efectuadas por los adquirentes de viviendas».

C) Finalmente, informe de los peritos, señores Felipe y Claudio..., Tomo III del Rollo de Sala, fol. 1.222 y ss.

En él se establece:

a) Página 41 «... del análisis efectuado no se puede desprender que existieran utilizaciones o desvíos irregulares de las aportaciones de los cooperativistas».

b) Página 69 «... en las promociones destinadas a PSV se produjo un déficit de financiación de 1.100 millones de pesetas, que fue sufragado no con fondos procedentes de cooperativistas o créditos hipotecarios, sino con otras fuentes obtenidas directamente por IGS, fundamentalmente, apelaciones a créditos de sociedades del Grupo».

c) Páginas 87 y ss. «...del análisis efectuado anteriormente no se puede desprender que hubiera un desvío o utilización irregular de las aportaciones de los cooperativistas, y creemos, a nuestro leal saber y entender, que las causas de la crisis de PSV estuvieran básicamente relacionadas con la falta de obtención de financiación para poder continuar con la construcción de las promociones y que dieron lugar a la fuerte insolvencia de estas sociedades y su posterior liquidación, tras la intervención pública».

3. Aunque las diversas conclusiones periciales que acabamos de reseñar no son exactamente iguales entre ellas, los matices diferenciales no deben influir, a pesar de lo argüido por alguno de los recurridos, para que en esencia, en todas ellas grave una idea central, cual es, que «en ningún caso los fondos de los cooperativistas se dedicaron a cubrir necesidades económico-financieras del grupo IGS, S. A., por actividades ajenas a la construcción de las viviendas de PSV».

No obstante, presupuesta la regularidad formal en la articulación del motivo, es otro de los requisitos jurisprudenciales exigidos el que se echa en falta para el acogimiento del mismo. Nos referimos a la existencia de pruebas de signo contrario, abiertamente opuestas al criterio sostenido, consistentes en los dictámenes emitidos por los peritos que no intervinieron en la causa a instancias del recurrente, o testimonios de otros acusados o del responsable civil subsidiario.

4. Recordemos las exigencias que esta Sala viene estableciendo en relación al *error facti*:

A) Ha de fundarse, en una verdadera prueba documental, y no de otra clase como las pruebas personales por más que estén documentadas.

B) Que evidencie el error de algún dato o elemento fáctico o material de la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones.

C) Que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba.

D) Que el dato contradictorio así acreditado documentalmente sea importante en cuanto tenga virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo, pues si afecta a elementos fácticos carentes de tal virtualidad el motivo no puede prosperar ya que el recurso se da contra el fallo y no contra los argumentos de hecho o de Derecho que no tienen aptitud para modificarlo.

5. En nuestro caso se contó con otros elementos probatorios que desplegaron una mayor potencialidad suasoria en el órgano jurisdiccional de instancia, dadas las garantías que en sí mismos ofrecían.

Recordemos:

a) La documentación contable de IGS, S. A. (segundo cierre del ejercicio de 1993), tras constatar como afirman la totalidad de los peritos que ésta es la única fuente de información completa sobre el importe de los fondos obtenidos y aplicados por la Gestora para la construcción de las viviendas sociales.

b) Las afirmaciones de los propios peritos, en general, al calificar a tales documentos como única fuente fiable. Las diferencias entre unos y otros informes periciales lo fueron de enfoque e interpretación de cláusulas contractuales en cuanto legitiman el devengo o no de determinados ingresos (esencialmente los llamados «honorarios de gestión»), como contraprestación por la realización de unos determinados servicios.

Las diferencias de matiz son exhaustivamente justificadas y explicadas por la Audiencia Nacional, en sus ponderados fundamentos.

c) El dictamen pericial o conclusiones del informe emitido por los peritos judiciales, funcionarios de la Intervención General del Estado, que el recurrente no menciona y que se contraponen en el particular aspecto combatido, a todos los demás dictámenes que invoca.

d) La propia asunción por el acusado de tal documentación, cuyo principal artífice fue él mismo y que sirvió para apreciar en su favor una atenuante muy calificada.

Con toda esta base probatoria es obvio que los fragmentos, extraídos de los dictámenes de determinados peritos, carecen de literosuficiencia para acreditar el error valorativo que atribuye al Tribunal.

El motivo no puede merecer acogida.

Quinto.—También por la vía del artículo 849-2 Ley de Enjuiciamiento Criminal se alega error de hecho en la apreciación de la prueba.

1. El recurrente pretende demostrar el error sufrido por el Tribunal de origen, al consignar como hechos probados:

a) Que la causa de la crisis del proyecto PSV estribó en el endeudamiento de IGS frente a la cooperativa.

b) Que esa deuda a finales de 1993 superaba los 7.400 millones de pesetas, incluyéndose aquí los más de 3.000 millones derivados de las facturas fechadas en diciembre de 1993 por la supuesta venta a IGS por parte de PSV de los locales comerciales de la promoción Tres Cantos.

Tales afirmaciones fácticas de la sentencia las extrae de ciertos fragmentos o pasajes oportunamente seleccionados de los hechos probados y de los fundamentos jurídicos, en cuanto participan de la misma naturaleza fáctica.

2. El recurrente, apoyado en los documentos que se citan en el epígrafe siguiente, referidos a diferentes pericias e informes de la Intervención judicial de la suspensión de pagos, establece:

1) Que la causa fundamental de la crisis del proyecto se halla en la actitud negativa de las entidades bancarias que debían haber prestado la financiación hipotecaria precisa para la conclusión de las viviendas.

2) Que la deuda existente entre IGS y PSV a finales de 1993 se había incrementado injustificadamente en más de 3.000 millones de pesetas, consecuencia de haber emitido los gestores de PSV y aceptado los de I.G.S una factura por la venta de los locales comerciales de Tres Cantos, cuando dichos locales ya habían sido transmitidos anteriormente, conforme al contrato celebrado *inter partes*, a un precio cinco veces menor.

3. Respecto a la causa de la crisis, cita como documentos:

El informe de los peritos señores Felipe y Claudio, en que resaltan la negativa a financiar determinadas entidades financieras, lo que motivó la paralización de las promociones.

El informe del profesor don Valentín, que destaca la insuficiencia de las aportaciones de los cooperativistas o adjudicatarios de las viviendas, que importaban únicamente el tercio del coste total de la vivienda, insuficiente para la viabilidad financiera.

El dictamen evacuado por la Intervención judicial de la suspensión de pagos, que también pone de relieve la insuficiencia de las aportaciones personales de los cooperativistas y la necesidad de recurrir al crédito hipotecario, que debía conceder el Banco.

El informe de D. Vicente, que cifra las causas de la crisis del proyecto en la negativa de las instituciones financieras a otorgar créditos hipotecarios, imprescindibles para llevar a término la construcción de las viviendas.

4. En lo concerniente al primer aspecto de la protesta o causa de la crisis de la PSV debemos manifestar que, junto a la causa estimada por la sentencia determinante, no se excluye la incidencia de la que el recurrente quiere apuntar como única. De la propia sentencia se infiere y así lo realza el impugnante, que también pudo y debió influir la falta de financiación bancaria.

Ahora bien, teniendo en cuenta la utilización de tan sofisticados artificios contables o realización de operaciones de ingeniería financiera, urdidas y materializadas por el recurrente en el Proyecto de UGT no extraña que las entidades bancarias no tuvieran la confianza y seguridad necesarias que debe dar un proyecto adecuadamente concebido y ejecutado, pero carente de la debida transparencia. Ello era atribuible, exclusivamente, al acusado.

Lo cierto y verdad es que en otros pasajes de la sentencia se citan diversas motivaciones generadoras de la crisis. Así, se dice que el motivo principal de la quiebra técnica (insolvencia definitiva de IGS) se encuentra en el erróneo diseño del proyecto, la heterodoxa administración del mismo y la ausencia de recursos propios suficientes que le lleva a un fuerte endeudamiento a corto plazo y a la dependencia total de su única fuente de ingresos constante que era la cooperativa.

5. De acuerdo con lo hasta ahora afirmado resulta que la Sala de instancia establece una serie de causas provocadoras de la crisis del proyecto, que difieren de la que pretende establecer el recurrente como causa fundamental, apoyándose, para ello, en la existencia de prueba habida en la causa, razonablemente valorada (pericial y documental). De ahí que las referencias documentales que hace el recurrente carezcan de la necesaria literosuficiencia, es decir, de la aptitud para acreditar por sí mismas y sin necesidad de recurrir a otros elementos probatorios complementarios, un hecho erróneo del *factum*, fruto de la valoración de la prueba realizada por el Tribunal.

A mayor abundamiento y recordando la doctrina de esta Sala, debidamente reflejada en el anterior fundamento, el extremo fáctico cuyo error pretende demostrar ha de tener relevancia penal en el juicio de subsunción y es lo cierto que el delito objeto de condena se ha producido porque el sujeto activo, abusando de la tenencia material del dinero y la confianza depositada en él, lo ha desviado del destino que tenía asignado contractual y legalmente, dedicándolo a inversiones, proyectos y atenciones diferentes, disponiendo del mismo como si fuera propio, con perjuicio de los cooperativistas.

El submotivo no puede prosperar.

6. El segundo apartado de la protesta gravita sobre el importe de la deuda que la sentencia entiende existía entre IGS y PSV a finales de 1993, deuda que se califica de «anticipos de tesorería», superior a 7.400 millones de pesetas, entre los que se incluían los más de 3.000 millones, como supuesto mayor precio de la transmisión de locales de la promoción Tres Cantos.

El fundamento de la queja, que apoya en el informe de los Sres. Felipe y Claudio, estriba en la dispar interpretación que hacen sobre el alcance de esa encubierta operación, contrapuesta a la que realiza la sentencia.

La Audiencia Nacional al interpretar el contrato que regía las relaciones entre IGS y PSV desarrolla unos puntos de vista, que expresa ampliamente con suficientes argumentos en las páginas 177 a 179 de la sentencia, y que este Tribunal de casación asume.

Según la cláusula tercera del contrato de gestión de 16 de junio de 1988, el precio de las viviendas estaba prefijado, de tal suerte que si el coste de la construcción era mayor que el de venta, las pérdidas debería soportarlas IGS.

Al existir pérdidas cuantiosas, el mecanismo irregular ideado por el acusado para cargar esas pérdidas a PSV, consistió en sobrevalorar unos inmuebles, ya vendidos, estableciendo un precio cinco veces mayor, para cuyo pago IGS tenía a su favor una factura, justificando esos 3.000 millones de pesetas, en donde se englobaban las pérdidas de la promoción que oscilarían entre 2.236 o 2.229 millones de pesetas.

El Tribunal se apoya para llegar a tal entendimiento en la propia prueba pericial y expresa que todas las pericias han arrancado de la misma fuente para elaborar sus dictámenes, con ligeras variaciones, como adiciones, deducciones, redondeos o ajustes, resultado de los distintos criterios interpretativos a la hora de valorar la docu-

mentación examinada, que no es otra que la contabilidad de IGS, que el órgano judicial sentenciador consideraba fiable.

La doctrina invocada y las afirmaciones realizadas no se hallan sustentadas por documentos literosuficientes y no son sino interpretaciones que chocan con las valoraciones probatorias realizadas por el Tribunal, con apoyo en otras pruebas lícitamente obtenidas y regularmente practicadas en el plenario.

El motivo no puede prosperar.

Sexto.—En el homónimo ordinal denuncia el recurrente, con igual apoyo procesal que en los dos anteriores (art. 849-2 Ley de Enjuiciamiento Criminal), error de hecho padecido por el Tribunal al afirmar que la cooperativa PSV nunca aceptó expresamente el precio de la gestión cobrada por IGS, cifrado en un 8 por 100, primero, y en un 12,5 por 100 después, del precio total de las distintas promociones.

1. Cita el texto erróneo, que se contiene en el apartado 4.3.2 de la narración histórica de la sentencia, en cuyo párrafo tercero se dice:

«este nuevo precio por gestión no se aceptó expresamente por la cooperativa ni por su Consejo Rector, ni se acordó en contrato alguno que modificara el único existente entre IGS, S. A. y PSV. Sólo el aumento hasta el 12,5 por 100 se aprobó en la reunión del Consejo Rector de 10 de abril de 1992, donde se decidió supeditarlo a la ratificación de la Asamblea General, lo que no se hizo de forma expresa».

El párrafo se completa en los fundamentos jurídicos (apartado 1.7.3.1) en donde, con valor fáctico se manifiesta lo siguiente:

«Sólo, incidentalmente, a preguntas de los cooperativistas en la Asamblea General de 18 de noviembre de 1991, se contesta por el recurrente, señor Carlos Miguel, que el gasto por asesoramiento y gestiones es del 8 por 100 de los costes totales. Igualmente el aumento hasta el 12,5 por 100 se aprobó en la reunión del Consejo Rector de 10 de abril de 1992, donde se decidió supeditarlo a la ratificación de la Asamblea General, lo que no hizo de forma expresa, sino sólo mediante la inclusión de una nota dentro de la memoria de las cuentas anuales, que sí fueron aprobadas por la asamblea».

2. Para refutar tales asertos fácticos, contenidos en la combatida, acude a los siguientes documentos:

- a) Acta de la Asamblea general de la cooperativa, Promoción Social de Viviendas, celebrada en Madrid, el 18 de noviembre de 1991.
- b) Acta de la reunión del Consejo Rector de la cooperativa Promoción Social de Viviendas, celebrada el 10 de abril de 1992.
- c) Acta del Consejo Rector de PSV, Soc. Coop. de 9 de julio de 1993.
- d) Acta y anexos a la misma, correspondientes a la Asamblea General de PSV de 10 y 11 de julio de 1993, unida como documento núm. 6 en el escrito presentado por la representación del recurrente el día 17 de septiembre de 1997.
- e) Documento núm. 10 del escrito de la defensa del recurrente de 17-9-97: auditorías de Ernest Young de las promociones sometidas a aprobación de cuentas en las Asambleas informativas previas a la Asamblea general del PSV de 10 de julio-93.
- f) Documento núm. 11 del mismo escrito de la defensa anterior: actas de las asambleas informativas previas a la Asamblea general de PSV de 10-julio-93 y resultado de las votaciones.
- g) Informe de auditoría, cuentas anuales e informe de gestión correspondientes al ejercicio anual terminado el 31-12-92 de PSV en especial los párrafos y notas que destaca.
- h) La prueba testifical que se cita en el motivo, de donde se desprende que los cooperativistas sí aprobaron ese incremento en los costes de gestión.

3. Partiendo de que los testimonios incorporados a actas o escritos no modifican la naturaleza personal de la prueba lo que determina su exclusión los demás no poseen la exigida literosuficiencia para evidenciar un error apreciativo del juzgador. Así:

1) Respecto al documento del apartado *a)*, en aquella Asamblea se preguntó por los gastos de asesoramiento y gestión, y se respondió que eran de un 8 por 100 de los costes totales. Mas, en momento alguno tal porcentaje u otro distinto se sometió a votación y aprobación de dicha Asamblea.

2) El documento señalado en la letra *b)* únicamente constata lo que el *factum*, por su parte, refleja, esto es, que el aumento hasta el 12,5 por 100 se aprobó en la reunión del Consejo Rector de la cooperativa el 10 de abril de 1992, pero allí se decidió supeditarlo a la ratificación de la Asamblea general, que explícitamente nunca se hizo.

3) El tercero de los documentos invocados [señalado con la letra *c)*] tampoco acredita fehacientemente el error que se denuncia, por cuanto se habla de preparación y documentación a presentar en la Asamblea general extraordinaria de 1993, pero no se hace referencia alguna al porcentaje del 12,5 por 100.

4) En los documentos que se aducen con la letra *d)* (acta y acuerdos de la Asamblea de los días 10 y 11 de julio de 1993), tampoco proclaman una aprobación formal del meritado porcentaje, sino que simplemente existen referencias al mismo, hechas por determinados cooperativistas (prueba testifical documentada, pero no documento), lo que carece de virtualidad a los efectos del motivo.

5) En los restantes documentos, tampoco se evidencia un sometimiento expreso a la votación y aprobación de la Asamblea de tales porcentajes.

4. Por último, cabe afirmar que, aunque reputáramos documentos con efectos casacionales los referidos por el recurrente, se precisaría de una interpretación del contrato de 16 de junio de 1988, único que regula las relaciones entre PSV y IGS, para dar cabida a ese pretendido derecho de la segunda entidad a percibir porcentajes remunerativos de la primera.

La Sala de instancia no entendió factible tal posibilidad, reflejándolo así en la sentencia y este extremo no ha sido objeto de contradicción.

El mismo interventor de la suspensión de pagos don Vicente, de modo categórico, negó tal posibilidad al declarar en el juicio oral. En definitiva, no se trata de prueba documental no contradictoria, sino frontalmente incompatible con el contrato tantas veces mencionado y los testimonios referidos.

5. Más concretamente, en el citado contrato de 1988 sólo se autoriza a IGS a percibir honorarios de gestión, que se cifran en la diferencia que resulte entre el coste de la vivienda y el precio de adjudicación de la misma.

Por otra parte, debe quedar patente que ha resultado definitivamente probado que IGS no era, en realidad, la gestora de PSV, sino más bien la entidad matriz que de hecho la dirige y administra y posee desde el principio el dinero de los cooperativistas. Y en cuanto a PSV, que era una forma instrumental de la primera, lo que hace que no deban reputarse anticipos de gestión las cantidades de los cooperativistas que no se destinan a la construcción de viviendas, sino a otros fines ajenos a esa actividad.

Existía, según hechos probados, una importante diferencia (de más de 7.000 millones de pesetas) entre lo ingresado y lo realmente invertido, por lo que no es aceptable encuadrar tamaña cantidad dineraria dentro de los conceptos que eufemísticamente se designan como «anticipos de tesorería» y más tarde, a partir del ejercicio de 1992 «honorarios de gestión futuros».

El motivo debe rechazarse.

Séptimo.—En el último de los motivos y por el mismo cauce procesal que los tres anteriores (art. 849-2.º Ley de Enjuiciamiento Criminal) denuncia error de hecho padecido por la sentencia recurrida al afirmar que los cooperativistas de Valdebernardo se habrían visto perjudicados económicamente.

La afirmación sentencial que no asume el impugnante es la que figura en las páginas 222 y 223 de la combatida, en donde se establece que el acusado y UGT deberán indemnizar «en el porcentaje de las aportaciones que cada cooperativista perdió como consecuencia de la suspensión de pagos de la cooperativa y de su sociedad dominante de hecho».

1. En el planteamiento del motivo se dan ciertas circunstancias que, *a limine*, determinarían su rechazo. En primer término y recordando la doctrina de esta Sala sobre *error facti*, éste debe recaer sobre un aspecto fáctico resultante de la valoración de la prueba que ha sido incorporado a la resultancia probatoria de la sentencia o que debió serlo, o si se halla dentro de la fundamentación jurídica, que se refiera a cuestiones de hecho con valor integrador del *factum*.

En hechos probados, premisa de la decisión final, no se halla manifestación especial alguna sobre este particular.

Nada se dice en ellos en relación a la derrama de 7 por 100 sobre el precio de las viviendas. Lo allí expresado se refleja en la página 106 que dice:

«en aquellas parcelas o promociones que tenían suelo y suficiente número de cooperativistas se realizaron convenios o acuerdos de separación en los que se transmitían a éstos los activos previo acuerdo de valoración para que se constituyeran en cooperativas independientes».

En estos acuerdos se fijó una derrama del 7 por 100 sobre el precio de las viviendas a abonar por cada socio.

2. Por otra parte, hemos de hacer notar que la expresión combatida por el recurrente se halla en la fundamentación jurídica de la sentencia (pp. 222 y 223), en cuya parte dispositiva se acuerda reservar la determinación de la cantidad a percibir por cada cooperativista perjudicado, en concepto de daño, para el momento de la ejecución, especificándose que la «cuantía indemnizatoria se fija en el porcentaje de las aportaciones que cada cooperativista perdió como consecuencia de la suspensión de pagos de la Cooperativa y de IGS».

La cantidad variaría según el grupo en que se hallase cada cooperativista.

Consecuentemente resulta, que el censurante rechaza ciertas manifestaciones genéricas de la fundamentación jurídica sobre un extremo cuya precisa determinación la sentencia difiere para la ejecución del fallo, en cuyo momento podrán llevarse a cabo las alegaciones y justificaciones correspondientes para la determinación del posible perjuicio.

La alteración fáctica pretendida no afectaría al fallo, en tanto en cuanto queda abierto el señalamiento de la cuantía reparadora al momento de ejecutarlo.

Las bases establecidas en la sentencia no restarían virtualidad a los argumentos del recurrente, si éstos tuvieran adecuado soporte fáctico y legal.

3. Todavía habría que formular otro reparo a tal planteamiento impugnativo. Los esenciales documentos en los que pretende fundarse, carecen de la adecuada lite-suficiencia.

Así, la certificación obrante al folio 61.738 del Tomo 163 de la causa, emitida por el de PSV e IGS don Gabriel, debe ser aceptada en la medida en que fuera ratificada, aclarada o matizada por su declaración en el plenario, ya que testificó en el mismo como autor del documento.

Otro tanto cabe decir del fax remitido por la sociedad estatal de Gestión Inmobiliaria (SEGISA) cuyo autor (... y liquidador de dicha Sociedad: don Armando) fue objeto del correspondiente interrogatorio en el plenario.

Asimismo, aduce como documento el informe de los peritos Sres. Felipe y Claudio, sin mencionar los otros dictámenes periciales, existentes en la causa.

4. Por último, no es de más hacer notar que del mismo modo que el recurrente esgrime ciertos argumentos para excluir la indemnización de los cooperativistas de la promoción Valdebernardo, que puedan ser tenidos en consideración en ejecución de sentencia, no deberá descartarse que la pretendida ausencia de perjuicio de dichos cooperativistas o presunto beneficio obtenido en la adjudicación de sus viviendas a menor precio, pueda ser objeto de contrapuestas interpretaciones.

Así, una de las partes recurridas entiende producida una confusión de conceptos entre la derrama que se giró a todos los cooperativistas de Valdebernardo para la entrega de los terrenos a la sociedad pública SEGISA y el precio del módulo vigente en los años 1990 y 1991, cuando se firmaron los contratos de adjudicación de viviendas con PSV. En esa época el módulo oficial estaba, según los años, en 99.000 pesetas y 101.000 pesetas metro cuadrado.

Fue cinco años después al firmar los primeros contratos por la Comunidad de Madrid, cuando se señala un precio mucho mayor (133.000 ptas. metro cuadrado) que el de los módulos vigentes en tales años, según aparecían explicitados y publicados en el «BOE».

En atención a los distintos argumentos expuestos, no procede dar acogida al presente motivo.

Rechazados todos los alegados, deben imponerse al recurrente las costas del mismo (art. 901 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

(...)

Noveno.—(...)

3. Del amplio desarrollo del motivo se descubre, en ese otro enfoque, un abierto desacuerdo con determinadas calificaciones jurídicas declaradas por el Tribunal.

Partiendo de la inmovilidad de los hechos probados, es posible dar respuesta a cada uno de ellos.

La primera de las cuestiones (apartado A) se refiere al delito de apropiación indebida que el recurrente entiende que no sólo concurre en su modalidad impropia (distracción) sino también en la específica de apropiación con ánimo de lucro del sujeto agente. La razón estriba según el recurrente que dados los artificios contables realizados por el acusado y la intrincada red empresarial del grupo, no sólo destinaba o destinaban los acusados el dinero a otros fines distintos, no autorizados, sino que de ellos se beneficiaron también aquellos que aparecían como contratantes y contratados.

Pero esa gratuita afirmación no aparece plasmada en el relato fáctico de la sentencia, ni otra equivalente. La hallamos en la fundamentación jurídica, con carácter cointegrador del *factum*, haciendo referencia a que tal aseveración no se ha probado, en absoluto, ya que al empobrecimiento patrimonial de las víctimas no siguió, en relación causa-efecto, un correlativo incremento patrimonial de los sujetos activos.

Finalmente, y refiriéndonos al acusado que resultó condenado, la calificación como propia o impropia de la apropiación indebida no alteraba el tenor del fallo, pues incluso la responsabilidad civil a que fue condenado se mantendría en los mismos términos. La cuestión, deviene, en fin, un tanto retórica.

El submotivo deberá ser desestimado.

4. En el apartado B) de este motivo segundo se alega por la parte recurrente que si bien, en general, la estafa no existe, sí se ha cometido este delito respecto a la promoción de Badalona. Esta alegación conllevaría la existencia de un concurso de delitos entre la referida estafa y la apropiación indebida, única infracción por la que condenó la Audiencia Nacional. Si interpretáramos que el recurrente lo que propugna

es la continuidad delictiva extremo que no concreta entre estafa y apropiación indebida, dificultosamente construible, carecería de efectos prácticos o de repercusión en el fallo.

Parece que el censurante entiende que nos hallamos ante un contrato (o contratos de carácter delictivo) de los denominados «criminalizados» a través de los cuales el sujeto activo contratante, en el momento de convenir los acuerdos, pensaba ya, de antemano, incumplir las obligaciones asumidas por su parte, beneficiándose del cumplimiento de las impuestas a la parte contraria.

Con ello este recurrente da de nuevo la espalda a los inalterables hechos probados. En la sentencia (pp. 203 y ss.), con valor fáctico, se afirma que «ha quedado sobradamente probado que los acusados tenían el firme propósito de construir las viviendas, es decir, no se fingió que se iban a construir para generar así un error en el sujeto pasivo desencadenante del desplazamiento patrimonial causante de un perjuicio», afirmándose a continuación que «no se aprecia ánimo de lucro propio en los acusados».

Por último, en la página 204 se concluye que «la intención inicial era en cualquier caso cumplir lo pactado, lo que excluye la existencia del delito de estafa».

Con tal sustento fáctico, no desvirtuado en otros pasajes de la sentencia, es imposible construir el delito de estafa que se propugna.

El submotivo no puede merecer acogida.

5. En el epígrafe C) se postula por el recurrente la aplicación de las agravantes previstas en el artículo 529 del antiguo Código, circunstancias 1.<sup>a</sup>, 7.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup> (que se dice corresponderían a los números 1.<sup>o</sup>, 5.<sup>o</sup>, 6.<sup>o</sup> y 7.<sup>o</sup> del actual 250.1) lo que no es cierto.

Al desarrollar el motivo se advierte que nada tiene que ver la cualitativa núm. 5 del Código actual (art. 250.1), que se refiere al objeto del delito, cuando lo integran cosas de valor artístico, cultural e histórico. La circunstancia 5.<sup>a</sup> es indudable que corresponde al Código de 1973.

A la hora de examinar la indebida aplicación de tales agravatorias, no se comprende la mención de la 1.<sup>a</sup> y 7.<sup>a</sup>, que el Tribunal de origen hace plena aplicación.

No estima la señalada con el número 8.<sup>o</sup> (afectar la defraudación a múltiples perjudicados) por impedirlo la apreciación de la continuidad delictiva, que supone la afectación del delito a una multiplicidad de sujetos pasivos que, en nuestro caso, pueden contarse por millares. Esta Sala ya ha declarado el rechazo de la aplicación conjunta de dicha agravante y la continuidad delictiva del artículo 69 bis del anterior Código, equivalente al 74 del actual. La supresión del subtipo de múltiples perjudicados en el nuevo Código de 1995 ha podido tener esta motivación, es decir, evitar considerar doblemente una misma o similar circunstancia, con vulneración del principio *non bis in idem*.

Por último, la circunstancia núm. 5 («colocar a la víctima en grave situación económica») no pudo ser acreditada en sus elementos constitutivos. El recurrente aduce como argumento que las víctimas eran, todas ellas, demandantes de vivienda social por tener unos ingresos inferiores a tres millones. Mas, con ese sólo dato no se acredita el especial perjuicio de la víctima. Además, la intervención gubernamental redujo sobremanera el daño patrimonial ocasionado por el delito, al poder restituir la mayor parte del precio entregado a cada uno de los afectados o conseguir la adjudicación de la vivienda demandada con no excesivo encarecimiento de su precio en relación a lo ofertado por la promotora.

El submotivo tampoco puede prosperar.

6. En el siguiente apartado (letra D), en una amplísima y desordenada exposición, el recurrente mezcla cuestiones de diversa índole, generando grandes dosis de confusiónismo.

Lo intitula falsedades, y para acreditar la existencia de las mismas acude a uno solo de los dictámenes periciales (peritos de IGAE), entresacando los extremos que

resultan de su interés, realizando acotaciones subjetivas e interesadas, a las que añade deformaciones, sin excluir alguna alteración de lo que refleja.

Lo relevante en orden a su defectuosa formulación es que prescinde totalmente de los hechos probados, circunstancia que impide cualquier posibilidad de estimación.

Las razones que justificarían la existencia de ciertos delitos de falsedad no castigados, las ciñe al hecho de que «las cuentas anuales no reflejaban la realidad económica de la sociedad» y «muchas operaciones eran meramente artificiales, dándose una apariencia de solvencia cuando en realidad era de déficit, concretamente en los años 1990 a 1992».

Sobre la presente queja, son asumibles los argumentos que aduce el Fiscal, para impugnarla:

a) respecto a las cuentas anuales la acusación no especifica los documentos falseados, ni se determina el alcance de la alteración ni su incidencia en la eficacia jurídica de los mismos;

b) las cuentas fueron sometidas a auditoría externa que las aprobó sin salvedades importantes;

c) también merecieron la aprobación de otros peritos (KPMG; señores Valentín y Vicente) así como de los propios interventores judiciales de PSV, S. Coop. e IGS, S. A. Estos últimos afirman que la forma de asentar en aquellas cuentas algunas partidas discutidas podía ser más o menos ortodoxa, pero no falseaba la realidad;

d) a pesar de discrepar de las conclusiones de los interventores, los peritos de IGAE terminaron por afirmar que la información que proporcionaban a los cooperativistas y a los terceros no era inexacta, aunque por los criterios contables que se utilizaron se dificultaba la comprensión para una persona sin preparación específica;

e) la Sala por su parte da por buena y acepta la fidelidad de la constabilidad de IGS, al cierre contable de 1993, del que parte; circunstancia que se valora favorablemente para conceder una atenuación al acusado, condenado en la instancia.

Amén de las razones expuestas que evidencian o destacan fundamentalmente déficit probatorios, cabría añadir otras de estricta naturaleza jurídica. Así, el falseamiento de las cuentas anuales era impune en la época de comisión de los hechos (el artículo 295 se introdujo en el Código penal de 1995). Tampoco en la actualidad se castiga la falsedad ideológica cometida por particulares (art. 290-4, en relación al 292 CP).

En definitiva, no puede admitirse que nos hallamos ante la simulación de un documento de manera que induzca a error sobre su autenticidad, porque tal garantía no alcanza al contenido del documento en cuestión. Será auténtico el documento cuando se atribuye a su autor material, aunque en su contenido se constate una mentira o inexactitud, como precisa la sentencia combatida (p. 207).

La presente queja debe, igualmente, fenecer.

7. En el apartado E) de este mismo motivo el recurrente pretende responsabilizar penalmente a todos los miembros del Consejo de Administración de órganos directivos de las distintas entidades (vía art. 15 bis, actualmente art. 31 CP), que fueron en su día acusados y absueltos, todo ello en base a las decisiones que tomaron o consintieron que tomara el acusado Carlos Miguel.

El impugnante parte de un presupuesto erróneo al interpretar el artículo 15 bis del Código penal de 1973. En él no se establece una regla de responsabilidad objetiva que debiera actuar indiscriminada y automáticamente, siempre que probada la existencia de una conducta delictiva, cometida al amparo de una persona jurídica, no resulte posible averiguar quiénes, de entre sus miembros, han sido los auténticos responsables de la misma, pues ello sería contrario al derecho a la presunción de inocencia y al propio tenor del precepto (véase STC 253/1993, de 20 de julio).

En Derecho penal no cabe la culpa colectiva, sino que parte del principio de responsabilidad personal (concepción individualista), a diferencia de lo que ocurre en el ámbito jurídico privado donde la responsabilidad de los miembros del órgano de administración es solidaria, salvo supuestos excepcionales, que deben ser probados por el afectado (art. 133.2 LSA).

En el Derecho punitivo debe acreditarse para responsabilizar de un delito a una persona tanto la real y efectiva participación en los hechos, como la culpabilidad en relación a los mismos.

De los hechos probados de los que prescinde la parte recurrente no se desprende la realización consciente del tipo delictivo por parte de los acusados absueltos.

El impugnante pretende atribuirles, asimismo, una responsabilidad por el comportamiento meramente omisivo, al no desplegar la actividad necesaria para impedir la defraudación o por confiar en exceso en una persona. Pero la sentencia, con ponderados argumentos, estima que no existía obligación jurídica de obrar en un determinado sentido por parte de los miembros del órgano directivo, que no sea su máximo responsable ejecutivo (Carlos Miguel), con facultades presidencialistas que ejercía de modo pleno.

A su vez, tampoco el delito de apropiación indebida es posible cometerlo en su modalidad culposa o imprudente (art. 12 CP).

El submotivo no debe ser acogido.

8. En el apartado F) pretende sea estimada la agravante de abuso de confianza, con el carácter de genérica (art. 10.9 Código penal 1973, equivalente al art. 22.6 del actual).

La razón o argumento en que apoya la pretensión estriba en la relación de los trabajadores con el sindicato que, por sus propias características, hace suponer un plus de confianza basado en la labor de dicho sindicato y, además, en toda la propaganda aparecía el anagrama de aquél para inducir a una mayor confianza.

También la Audiencia Nacional argumentó suficientemente su rechazo. La agravante en cuestión es la esencia del delito de apropiación indebida, precisamente el hecho determinante del reproche penal lo constituye la deslealtad o quiebra de la confianza depositada en el sujeto activo del delito, que reuniendo las condiciones o apariencias para no dudar de él, defrauda tal confianza disponiendo de los bienes que le fueron entregados con perjuicio del tercero depositante.

El principio de inherencia impide la estimación de un hecho, que se ha tenido en cuenta al configurar el delito básico. Otra cosa sería valorar doblemente la confianza de la que se abusó.

La presente queja debe ser igualmente desestimada.

(Sentencia de 9 de octubre de 2003)

## ARTÍCULO 301

*Blanqueo de capitales: inversión de cantidades procedentes del narcotráfico en la construcción de un restaurante: aunque el tráfico de drogas se realizara años antes, de modo que este delito hubiese prescrito, esta figura es independiente, por lo que se consuma en el momento del blanqueo*

Primero.—La Audiencia Provincial de Santander condenó a la acusada como autora de un delito de blanqueo de capitales previsto y penado en el artículo 301.1 y

2 CP, tras declarar probado que aquélla, cónyuge de Luis L. que «resultó condenado por sentencia firme de fecha 6-2-1984, por primera vez, por un delito contra la salud pública a la pena de 18 meses de prisión y, posteriormente, por otro delito de la misma naturaleza por Sentencia firme de 16 de marzo de 1987 a la pena de 10 años de prisión y multa de 1.600.000 pesetas, con la finalidad de introducir en el sistema financiero legal y dar apariencia de licitud a importantísimas cantidades de dinero provenientes del tráfico de estupefacientes, construye un restaurante, El Olivo, en la finca y con la estructura de hormigón que había comprado el 10 de marzo de 1994. Excluyendo lo que costó la finca y la estructura de hormigón, invirtió en la construcción unos 50.000.000 de pesetas. Segundo: Durante el período comprendido entre enero de 1995 a finales de 1996, la acusada efectuó pagos a los diversos gremios que intervinieron en la construcción por importe, como mínimo, de 51.000.000 de pesetas, facturas que en su mayoría eran pagadas en efectivo y en mano por Luis L., conociendo la acusada que la única actividad que generó el dinero con el que se financió la construcción del restaurante era el tráfico de drogas».

Recurso de la acusada Elena L. L.

Segundo.—Al amparo del artículo 849.1.º LECrim., se denuncia infracción de ley por no haberse aplicado el artículo 130.5, en relación con el 131 y 132, todos ellos del Código penal vigente, «y, por tanto, no ha apreciado, debiendo hacerlo, la prescripción del hecho».

Todo el argumento impugnativo descansa en la alegación de que la acusada no realizó el hecho típico en 1995-1996, sino en 1986 año en que su marido cometió el último delito de tráfico de drogas, actividad de la que provienen las cantidades invertidas en la construcción del restaurante, de suerte que «el dinero procedente de la actividad de tráfico ha de situarse en todo caso... anteriormente al 8 de junio del año 1986...», «porque sólo en esas fechas pudo existir dinero procedente de la actividad que se atribuye a su esposo y, por tanto, habría prescrito».

El motivo carece de todo fundamento y debe ser desestimado.

El instituto de la prescripción proyecta sus efectos sobre el delito objeto de enjuiciamiento, que, en el caso presente, es el tipificado en el artículo 301, epígrafe 1, que sanciona la conducta consistente en transformar el dinero o bienes obtenidos ilegalmente en dinero de apariencia legal mediante alguna de las acciones recogidas en el precepto, agravándose la respuesta punitiva cuando los bienes objeto de la actuación criminal tienen su origen en el tráfico de drogas.

Por ello, la pretensión del recurrente de que el *dies a quo* para el cómputo de la prescripción es el de la comisión de los delitos contra la salud pública que menciona la sentencia, no puede ser aceptada. En primer lugar, porque la sentencia de instancia no especifica que los 51 millones de pesetas invertidas por la acusada procedieran de aquellos dos delitos por los que su esposo fue condenado, sino que eran cantidades de dinero «provenientes del tráfico de estupefacientes», sin más precisiones, lo que, por ende, no excluye que aquellas cantidades dinerarias provinieran de actividades ilícitas distintas de las que fueron condenadas en las sentencias referidas en el *factum*, que, como atinadamente apunta el Fiscal, son datos simplemente indicativos de que el marido estaba implicado en actividades de tráfico de drogas y que el Tribunal sentenciador valora como elemento indiciario para declarar la concurrencia del elemento subjetivo del tipo por el que fue condenada la acusada, debiéndose significar, por otra parte, que el tipo penal de blanqueo no exige la previa condena del delito del que proceden los bienes que se aprovechan u ocultan, sino que queda integrado con la mera existencia de bienes o ganancias procedentes de uno de los delitos previstos 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 (véase STS de 29 de septiembre de 2001). De donde se deduce la autonomía de la figura delictiva de blanqueo con respecto a los delitos de los que proceden las ganancias blanqueadas, de tal suerte que aunque estos últimos estuvieren identificados y concretados e, incluso, hubieren sido sentenciados, la actividad de ocultar sus ilícitos frutos mediante alguna de las acciones típicas del artículo 301 adquiere sustantividad penal propia e independiente del delito del que proceden los bienes blanqueados (con la sola excepción, ya contemplada en la Sentencia de esta Sala de 10 de enero de 2000, de que el autor de ambos delitos sea la misma persona).

Consecuencia de las consideraciones que preceden es la irrelevancia de la fecha de comisión por el marido de la acusada de los delitos contra la salud pública por los que fue condenado en las sentencias que se citan en el *factum* de la recurrida, al no tener trascendencia alguna para la prescripción del delito de blanqueo de capitales por el que fue sancionada la esposa de aquél. La conducta típica mediante la cual «la acusada convirtió bienes, sabiendo que provenían del tráfico de drogas, y los incorpora a circuitos económicos legales para que no se detecte su origen ni su titularidad» (fundamento de derecho cuarto de la sentencia impugnada), se llevó a cabo por aquélla en los años 1995 y 1996, en tanto que el Auto de incoación del procedimiento por dicho delito es de diciembre de 1998, por lo que en ningún caso habría transcurrido el plazo prescriptivo que es de diez años para el delito del artículo 301.1 CP.

Tercero.—El motivo segundo del recurso se articula al amparo del artículo 5.4 LOPJ para denunciar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2 CE. No se cuestiona por el recurrente la existencia de prueba de cargo acreditativa del elemento material del delito, sino la carencia de suficiente prueba de la concurrencia del componente subjetivo del tipo, esto es, que la acusada tuviera conocimiento de que la actividad de donde procedía el dinero con el que se financió la construcción del restaurante era el tráfico de drogas.

El último motivo, al amparo del artículo 849.1.º LECrim., alega la incorrecta aplicación del artículo 301 CP por falta del dolo exigible.

Dada la palmaria interrelación entre ambas censuras, las examinaremos de manera conjunta.

Siguiendo la doctrina sentada en la STS de 29 de septiembre de 2001, antes citada, debemos señalar que el tipo subjetivo del delito de blanqueo de capitales consiste ante todo, 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, estupeficientes o sustancias psicotrópicas. A la interpretación de este elemento del delito previsto en el artículo 301 CP/1995 le es plenamente aplicable la doctrina tradicionalmente mantenida por esta Sala, (SSTS de 22 de febrero de 1992, 2 de abril y 9 de julio de 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, pues el conocimiento del autor no exige, y por ende no se precisa prueba al respecto, el completo y cumplido de las anteriores operaciones delictivas de tráfico de drogas generadoras de tal ganancia, ya que, ello equivaldría a concebir este delito como de imposible ejecución (STS de 10 de enero de 2000). Algunas resoluciones 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/1973 como en el artículo 301.3 CP vigente, se prevé su forma culposa. Hay que apresurarse a decir, sin embargo, que no es eventual sino directo el do-

lo 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 (SSTS de 15 de abril de 1998, 10 de enero de 1999 y 28 de diciembre de 1999, 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 presente, la sentencia reseña en su fundamento de derecho quinto los hechos indiciarios sobre los que edifica su juicio de inferencia, especificando los elementos probatorios que acreditan tales indicios. Y, así, expone: «1.º la acusada acomete a primeros del año 1995 la construcción de un restaurante de lujo que le costó, como mínimo, 51.000.000 de pesetas (declaración de la acusada, facturas que obran incorporadas a los autos y testifical de diversos gremios que intervinieron en la construcción del restaurante); 2.º la acusada no tenía dinero para financiar tan importante obra. No acredita que tras la compra de la finca y estructura de hormigón tuviera actividad lícita alguna que sirva para justificar ese pago tan importante de dinero, ni tampoco actividad anterior que justifique que hubiera podido ahorrar dinero suficiente, ya que el dinero de que disponía por las capitulaciones matrimoniales, traspaso y venta de locales lo había invertido en la compra de la finca y de la estructura, por tanto, se lo había gastado; 3.º la acusada, ni cuando declaró ante el Juez de Instrucción ni, tampoco, en el plenario, dio una explicación razonable del origen del dinero con el que pagó la construcción del restaurante. Manifestó que un amigo de su marido le prestó dinero, y ni siquiera precisó quién era ese amigo de su marido, cómo se llamaba y qué importe le prestó; 4.º el pago a los distintos gremios que intervinieron en la construcción, 51.000.000 de pesetas, los hizo con dinero de su marido Luis L. (prueba testifical de diferentes gremios que intervinieron en la obra); 5.º no constan operaciones comerciales o negocios por parte de Luis L. que pudieran justificar el origen lícito de tan importantes cantidades de dinero, 51.000.000 de pesetas, vida laboral y declaraciones fiscales; 6.º la acusada, ni cuando declaró ante el Juez de Instrucción ni, tampoco, en el plenario, no dio una explicación razonable del origen del dinero con el que pagó la construcción del restaurante, ni tampoco de cómo, o a través de qué medio lícito podía su marido haber adquirido o disponer de los millones con los que se financió la construcción del restaurante y 7.º el marido de la acusada, Luis L., fue condenado en dos ocasiones por tráfico de drogas, y tanto la acusada como su marido tienen relación familiar con personas que se mueven en el mundo ilegal del tráfico de drogas, y que han resultado condenadas por dicho delito».

Estos datos fácticos son más que sobrados para garantizar la racionalidad del juicio de inferencia de la concurrencia del elemento subjetivo del delito que ha que-

dado debidamente acreditado por la prueba indiciaria practicada en la instancia, y no resulta ocioso recordar que además de la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta misma Sala del Tribunal Supremo sobre la aptitud de la prueba indiciaria para enervar la presunción de inocencia es la propia Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 20 de diciembre de 1988 (publicada en el «BOE» de 10 de noviembre de 1990) la que expresamente afirma en su artículo 3, apartado 3, la legalidad de la prueba indirecta o circunstancial para obtener el juicio de certeza acerca del conocimiento, intención o finalidad requeridos como elemento anímico de los delitos que se describen en el párrafo primero de dicho artículo, entre los que se encuentra el blanqueo de capitales apartado primero, epígrafe b).

Ambos motivos deben, por consiguiente, ser desestimados y, con ellos, el recurso en su integridad.

(Sentencia de 10 de febrero de 2003)

## ARTÍCULO 305.4

### *Condena como inductor al asesor fiscal, pese a absolución de los obligados tributarios por actuar por error de tipo*

Decimosexto.—En el mismo motivo del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, residenciado en el artículo 849.1.º LECrim., se denuncia una inaplicación indebida del artículo 14.2.º CP/1973 artículo 28 a) CP vigente por lo que se refiere a la participación que tuvo el acusado José María V. V., único condenado en la sentencia recurrida, en los hechos realizados por los acusados que han sido absueltos, cada uno de los cuales constituyó, según la tesis del Ministerio Público, un delito contra la Hacienda Pública previsto y penado en el artículo 349.1 CP/1973. Se pretende, pues, en este último recurso que no fue uno sino catorce los delitos cometidos, en lo que coincide el Ministerio Fiscal con el Abogado del Estado, pero estima el primero, a diferencia del segundo, que el único responsable de los catorce delitos es el acusado José María V. V. de uno de ellos como autor directo y material y de trece como inductor. La impugnación que en este recurso se dirige contra la sentencia recurrida versa sobre la absolución acordada en relación con la intervención de dicho acusado en los delitos objetivamente perpetrados por los absueltos.

Lo primero que debe observarse, siguiendo la exposición del fiscal, es que la absolución de José María V. V. por los delitos que se dice cometió participando en las defraudaciones realizadas por los otros trece acusados, se encuentra razonada en el fundamento de derecho quinto de la sentencia de instancia pero no expresamente pronunciada en el fallo en el que el Tribunal se limitó a condenar al mencionado V. V. como autor de un delito contra la Hacienda Pública, el que personalmente había cometido eludiendo la cuota tributaria que le incumbía. Esta omisión pudo ser subsanada, de oficio o a instancia de parte, por la vía establecida en el artículo 267.1 LOPJ o pudo quizá dar lugar a un recurso de casación en que se denunciase por el Ministerio Público, que solicitó en conclusiones definitivas la condena del acusado José María V. V. como autor de catorce delitos contra la Hacienda Pública, el quebrantamiento de la forma previsto en el artículo 851.3.º LECrim. Pero no habiendo sido la citada omisión subsanada ni recurrida, parece razonable tener ya a José María V. V. como absuelto de trece delitos, como hace el Fiscal en las consideraciones aclaratorias con que inicia la interposición de su recurso.

La segunda cuestión que debe ser abordada en la fundamentación de nuestra respuesta a este recurso, es la discrepancia que *prima facie* se advierte entre la tesis mantenida por el Ministerio Fiscal en su escrito de conclusiones definitivas y la expresada en el recurso de casación interpuesto ante esta Sala. En el acto del juicio oral, el Fiscal modificó sus conclusiones provisionales y presentó un escrito de conclusiones definitivas en la tercera de las cuales se decía que José María V. V. el autor de los catorce delitos contra la Hacienda Pública que constituyen los hechos «conforme a lo dispuesto en el artículo 28.1 del vigente Código penal, en relación con el artículo 14.1.º del derogado Cuerpo punitivo». De la fase que hemos puesto entre comillas podría deducirse, quizá, que la responsabilidad atribuida por el Ministerio Fiscal, en aquel escrito, al acusado José María V. V. era la de autor de los catorce delitos, por haber tomado «parte directa en la ejecución del hecho», sin distinguir entre la defraudación perpetrada en su provecho y las que beneficiaron a los demás acusados. Frente a esta tesis, sólo aparente, como enseguida veremos, tenemos la formulada en el recurso de casación de la misma parte, en que se denuncia haber sido infringido el artículo 14.2.º CP/1973, concordante con el artículo 28 a) CP vigente, por no haber sido aplicada dicha norma a los actos con los que José María V. V. participó en las defraudaciones objetivamente cometidas por los demás acusados. La contradicción, sin embargo, queda considerablemente diluida con la lectura del fundamento jurídico quinto de la sentencia recurrida, en que claramente se pone de manifiesto que la tesis mantenida por el Ministerio Fiscal ante el Tribunal de instancia no fue la de que el acusado José María V. V. tomó parte directa en la ejecución de los trece delitos cometidos por los acusados absueltos sino la de considerarle autor mediato de dichos delitos. Expresamente se dice, en el indicado lugar de la sentencia, que «según la tesis del Fiscal [...] el acusado se habría valido de los demás acusados, irresponsables en tanto que no conocían el sentido fraudulento de su conducta, para defraudar la cuota correspondiente a cada uno de ellos». Parece, pues, que la incardinación de la conducta de José María V. V., relacionada con las defraudaciones de los otros acusados, en el artículo 28.1 CP vigente significaba, en la óptica del Ministerio Fiscal, que aquél se había servido de los otros acusados como instrumentos para la realización de sus respectivas defraudaciones. Ahora bien, como algunas formas de autoría mediata tienen una estructura muy cercana a la inducción, cabe entender que en las conclusiones definitivas del Ministerio Fiscal se acusó a José María V. V., alternativamente, como responsable en concepto de autor mediato o de inductor de los hechos que otra de las partes acusadoras el Abogado del Estado imputaba a los otros trece acusados. Esta interpretación resulta, además, corroborada por el hecho de que el Tribunal de instancia se considerase en el caso de rechazar, tanto la autoría mediata como la inducción e incluso la cooperación necesaria, en la calificación de los actos de José María V. V. relacionados con las defraudaciones materialmente llevadas a cabo, al menos en parte, por los acusados absueltos. No cabe, por tanto, negar legitimidad al Ministerio Fiscal para denunciar, en sede de casación, la inaplicación del artículo 14.2.º CP/1973 ni con ello se infringe bajo ningún concepto como pretende la representación del sentenciado el principio acusatorio.

Resueltos los puntos anteriores, veamos si el recurso del Ministerio Fiscal tiene fundamento, conviene subrayar, ante todo y aunque en el recurso no sea sostenida ya esta tesis como principal, que el acusado José María V. V. no hubiera podido ser condenado como responsable, en concepto de autor mediato, de los delitos fiscales objetivamente cometidos por los otros acusados. El delito contra la Hacienda Pública está legalmente configurado como un tipo especial propio en tanto su autor tiene que tener forzosamente la cualidad de sujeto del impuesto cuyo pago se elude. Y como el IRPF es un impuesto que grava la renta de cada persona física, el acusa-

do José María V. V. únicamente pudo cometer el delito concretado en la elusión fraudulenta de la cuota tributaria que pesaba sobre él. No pudo ser autor, ni directa ni mediata, de los delitos que pudieron haber cometido los otros acusados omitiendo el pago de las cuotas tributarias que a cada uno de ellos correspondía. En este sentido, hay que decir que tiene plena razón el Tribunal de instancia al desestimar la pretensión de que José María V. V. fuese condenado como autor de catorce delitos contra la Hacienda Pública, de uno de ellos como autor material y directo y de los otros trece como autor mediato. Pero distinta debe ser la solución si de lo que se trata es de imputarle responsabilidad en esos trece delitos en concepto de inductor.

La inducción es una forma de participación en un delito ajeno, que consiste en suscitar en otro, dolosamente, la resolución de cometer el acto punible. Se exige que éste sea cometido libremente por el inducido, que actúa como autor inmediato con dominio del hecho, aunque no se debe descartar la posibilidad de que el inductor no se limite a hacer que nazca la resolución criminal en el inducido sino que colabore activamente con actos propios en la realización del hecho, en cuyo caso nos encontraríamos ante una participación dual que reuniría elementos de la inducción y de la cooperación necesaria. Por lo demás, cabe recordar, siguiendo la constante jurisprudencia de esta Sala, que la inducción ha de ser: *a)* anterior al hecho punible puesto que es su causa; *b)* directa, es decir, ejercida sobre una persona determinada y encaminada a la comisión de un delito también determinado; *c)* eficaz o con entidad suficiente para mover la voluntad del inducido a la realización del hecho perseguido, *d)* dolosa en el doble sentido de que conscientemente se quiere tanto inducir como que se comete el delito a que se induce; y *e)* productora de su específico resultado porque el inducido haya, por lo menos, dado comienzo a la ejecución del delito. Desde otro punto de vista, debe decirse que la inducción, como cualquier otra forma de participación está regida por el principio que la doctrina y la práctica judicial denomina de «accesoriedad media o limitada» conforme al cual es suficiente, para que el tipo de inducción quede integrado, que el hecho principal sea típicamente antijurídico aunque su autor no sea culpable por falta de dolo o concurra en él una causa de impunidad como el error de prohibición. La acción del partícipe es punible porque contribuye decisivamente a la producción de un injusto típico y su culpabilidad completa los elementos constitutivos del delito que eventualmente faltaren, por ejemplo, el dolo del autor material o la punibilidad si ésta quedare excluida por el error en que el mismo se encontrare. E inevitable es, en el contexto de esta respuesta al recurso del Ministerio Fiscal, hacer referencia a la posibilidad de que, en un delito especial propio como el delito contra la Hacienda Pública, el *extraneus*, esto es, el sujeto en que no concurre la cualificación necesaria para realizar la acción típica, sea inductor o cooperador necesario del *extraneus*. El tema ha sido largamente debatido en la doctrina y en la jurisprudencia pero en ésta desde hace algún tiempo la solución viene siendo favorable a la admisión de dicha posibilidad, pudiendo ser citadas en este respecto las Sentencias de esta Sala de 18 de enero y 24 de junio de 1994, 20 de mayo de 1996, 25 de marzo de 1997 y, más recientemente, 21 de diciembre de 1999. Como se dice en la última de las sentencias mencionadas, «la Ley no impide la punibilidad del *extraneus* como partícipe en el delito propio del *intraeus*. Esta solución tiene una clara fundamentación normativa: 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. Todas las explicaciones del fundamento de la participación conducen sin ninguna fricción a esta solución. Si este fundamento se ve en la participación en la ilicitud evidente que la ilicitud del hecho del autor, es el resultado de la conducta del partícipe que en forma mediata ataca el 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».

A la luz de cuanto acabamos de decir no parece dudoso que el acusado José María V. V. debió ser condenado como inductor de los delitos contra la Hacienda Pública que realmente cometieron, aunque por ellos no les sea exigible responsabilidad criminal, las personas que estaban vinculadas a aquél por lazos familiares o laborales. Dichas personas, los acusados absueltos no sólo presentaron, cada uno de ellos, las declaraciones mendaces del IRPF correspondiente al ejercicio de 1992, acto final de la operación con que directamente se eludió el pago a que estaban obligados en razón de los dividendos obtenidos con la venta de las acciones que habían recibido de José María V. V., sino que con anterioridad realizaron múltiples actos que fueron preparando el encubrimiento de los sujetos al impuesto y la omisión de su pago, mediante acuerdos adoptados en las juntas de accionistas de la sociedad instrumental en que se habían concentrado las acciones, tales como el reparto de los dividendos, las sucesivas ampliaciones y reducción del capital de dicha sociedad, el consentimiento en la adquisición por la sociedad finalmente interpuesta del 97,20 por 100 de dicho capital social, etc. De este modo, se puede decir que cada acusado absuelto realizó una actividad que, en su conjunto, constituía un hecho típicamente antijurídico puesto que consistía en la participación en una maquinación engañosa encaminada a eludir el pago de la cuota del IRPF que a cada uno correspondía. No se les ha considerado autores de delito porque no se ha estimado acreditado que tuvieran conocimiento de la finalidad y efectos de las operaciones realizadas y sí que actuaron en la confianza que tenían depositada en quien fue, además de cabeza de familia, el director permanente de las empresas y negocios familiares y cuya actuación difícilmente podían interferir pues exigía la colaboración de todo el grupo. Pero aunque esto haya sido bastante para descartar en los acusados absueltos el dolo propio del delito fiscal o quizá mejor, el conocimiento de la ilicitud de su comportamiento es claro que la conducta de José María V. V., diseñando y planificando cuidadosamente la operación defraudatoria, dando a sus familiares y a su empleado de confianza las instrucciones necesarias para que todos desempeñasen el papel que les había asignado en el desarrollo de la operación, de forma que todos llegasen a la misma meta de omitir el pago del impuesto, para lo cual ejerció la indiscutible autoridad que se le reconocía, y ejecutando materialmente los actos para los que no era necesario el concurso de los demás, es claro decimos que dicha conducta es fundamentalmente la de un inductor aunque no falten en ella elementos propios de la cooperación necesaria. La conclusión a que todo ellos nos conduce es que efectivamente en la Sentencia recurrida se infringió el artículo 14.2.º CP/1973 al no subsumir en esta norma y en el tipo de la inducción al acusado José María V. V. por lo que se refiere a su participación en los trece delitos contra la Hacienda Pública objetivamente cometidos por los acusados absueltos en la instancia.

La rectificación, que en este sentido haremos de la calificación jurídica mantenida en la sentencia recurrida, tendrá que ir acompañada de un pronunciamiento sobre la responsabilidad civil del acusado condenado y de los absueltos acorde con lo establecido en el artículo 108 CP/1973 reproducido sustancialmente en el artículo 122 CP/1995.

(Sentencia de 30 de abril de 2003)

## ARTÍCULO 313

*Traficar de manera ilegal con mano de obra: existencia; entrada de mujeres para luego obligarlas a prostituirse, en concepto de turistas: claro fraude de ley, pues el recurso a la condición de turistas sólo constituía una tapadera*

Undécimo.—Igualmente por infracción de ley (art. 849.1.º) el Fiscal, en su quinto motivo, estima inaplicable el artículo 313-1.º del Código penal, a pesar de haberlo interesado así en la instancia formulando acusación.

La vía que elige limita la imputación delictiva a Lidia, respecto a la cual en los apartados 1.º, 5.º y 6.º del *factum* se realizan afirmaciones que suponen la comisión del delito imputado.

1. Es oportuno extraer y resaltar de la resultancia probatoria los siguientes aspectos:

a) Apartado 1.º: «Aprovechando los contactos que tenía con personas residentes en Colombia, las cuales a su vez contactaban con mujeres jóvenes con necesidades económicas y dispuestas a trasladarse a España para el ejercicio de la prostitución, recibió durante el referido período a ocho mujeres...» y que «las ciudadanas colombianas recibían en su país un billete de avión de ida y vuelta, con destino Madrid, entrando en España con la condición de turistas, una reserva de hotel, dos mil dólares y una carta de invitación, comprometiéndose a pagar una cantidad inferior al millón de pesetas, conviniendo en que la mitad de lo ganado (en el ejercicio de la prostitución) sería para ellas y la otra mitad para pagar la deuda a la persona que les alojase en España, de la cual se les facilitaba un número de teléfono para que se pusieran en contacto con la misma una vez llegasen, resultando que cuando eran recibidas por la acusada Lidia les solicitaba el pasaporte, el billete de avión, los dólares y resto de la documentación...».

b) Apartado 5.º: «En el registro de los pisos de la calle ... se ocuparon ... cuadernos con apuntes donde figuraban las horas de llegadas de vuelos de Colombia, nombres de la mujeres, características físicas...».

c) Apartado 6.º: Entre otras cosas le fueron intervenidos en San Sebastián al hijo de la acusada y a Martí los siguientes documentos provenientes de la casa de Burgos: «... resguardos de declaración de entrada de varias ciudadanas colombianas, billetes de avión, tarjetas de embarque y declaración de entrada en España de las ocho mujeres colombianas, etc.».

2. De las referencias fácticas se desprende la comisión de un delito de «inmigración clandestina de trabajadores a España» por parte de Lidia. Las conductas nucleares típicas, por otro lado, revisten la mayor amplitud, al atribuir naturaleza de autoría a actividades de simple cooperación secundaria, promoción o favorecimiento de la inmigración, que estrictamente deberían calificarse de complicidad.

Tampoco se yuxtaponen las conductas tipificadas en el 313-1.º y la del 312-2.º del Código penal, por la que también se castiga, al ser distintos los bienes jurídicos tutelados.

El delito de inmigración clandestina de trabajadores es de simple actividad y se consume con actos de mero favorecimiento o promoción de la introducción en el país de mano de obra ilegal, sin ser preciso que el objetivo se haya conseguido, protegiendo el precepto el peligro o riesgo de que los derechos de los trabajadores a ser respetados en su libertad, seguridad y dignidad, puedan verse seriamente afectados.

El artículo 312-2.º por el contrario, configura un delito de resultado, que se consuma cuando se perjudiquen, supriman o restrinjan los concretos derechos de los trabajadores, empleando a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo.

La acusada pudo haber participado en la introducción de mano de obra clandestina en el país y, sin embargo, no haber tenido nada que ver en las contrataciones laborales realizadas a las extranjeras en situación ilegal, y viceversa, pudo desconocer sus derechos al contratarlas, sin haber tenido participación alguna en su introducción en el país.

3. La razón que aduce la Audiencia para decretar la absolución por tal delito, es que tal actividad migratoria no fue clandestina, al haber entrado las mujeres colombianas por una de las fronteras habilitadas, habiéndose autorizado legalmente tal entrada en concepto de turistas.

Mas, la clandestinidad en la inmigración no es aquella que se oculta o se hace a espaldas de la administración (subrepticia), sino que alcanza también a las entradas fraudulentas, aun conocidas por los organismos oficiales.

En nuestro caso se produjo un claro fraude de ley. El recurso a la condición de turistas, sólo constituía una tapadera, patraña o subterfugio que encubría una verdadera inmigración ilegal, ajustada a un plan o designio inicial.

Ni las mujeres colombianas ocuparon en ningún momento el hotel reservado, ni realizaron el viaje de vuelta previsto, ni se dedicaron a hacer turismo en el país, sino que desde el primer instante, privadas del dinero que poseían, de su pasaporte y demás documentos, se les exigió dedicarse a la prostitución (actividad originariamente aceptada), pero imponiendo severas restricciones y con unos condicionamientos leoninos no anunciados ni esperados por las jóvenes mujeres (engaño).

Aunque hipotéticamente estimáramos que existió un propósito serio de hacer turismo en España (circunstancia que no se acepta), transcurrido el tiempo límite de la autorización sin regresar a su país, la estancia en el nuestro se tornaba ilegal y, por ende, clandestina, al no haberse otorgado a tales personas el derecho de residencia a efectos laborales.

El motivo deberá estimarse.

(Sentencia de 18 de julio de 2003)

## ARTÍCULO 319

*Constituye delito contra la ordenación urbana el llevar a cabo una edificación no autorizable en suelo no urbanizable por un particular (que construye vivienda en parcela no urbanizable). El «promotor» no precisa condición profesional alguna*

Segundo.—Por el cauce del artículo 849.1.º LECrim., se ha alegado indebida aplicación del artículo 319.2.º Código penal. En este caso el argumento es que en el relato de hechos no concurren los elementos integrantes del supuesto fáctico del precepto penal aplicado.

El artículo 319.2.º Código penal sanciona, entre otros, a los «promotores (...) que lleven a cabo una edificación no autorizable en suelo no urbanizable». Se trata, pues, de determinar si el acusado, por haber desarrollado la actividad que consta, merece ser calificado de «promotor»; y comprobar si las características de la edificación y del terreno responden a las demás previsiones típicas.

Por lo que se refiere al primer extremo, el recurrente objeta que es la Ley de Ordenación de la Edificación, de 5 de noviembre de 1999, la que aborda de modo expreso la identificación y concreción de las responsabilidades de todos los que intervienen en las actividades de construcción. Y es allí donde se dice que «promotor lo puede ser cualquiera (...) incluso ocasionalmente».

Pero ocurre que al pronunciarse así la ley no constituye esa figura, sino que se limita a tomarla de una realidad preexistente en la que ya cualquiera podía promover, es decir, tomar la decisión de llevar adelante, financiándola, una obra. Porque el vocablo «promotor» no es técnico, sino que pertenece al lenguaje corriente y sirve, en el uso habitual, para denotar toda iniciativa de ese género, y no sólo en el ámbito inmobiliario.

Por eso, resulta patente que las circunstancias personales del acusado satisfacen las exigencias del tipo, como ya lo entendió esta sala, en Sentencia de 26 de junio de 2001, que cita en la recurrida y donde se lee que «será considerado promotor cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, impulsa, programa o financia, con recursos propios o ajenos, obras de edificación para sí o para su posterior enajenación».

Por lo demás, y por lo que se refiere a la calificación del terreno, después de un articulado razonamiento, a partir de los elementos de prueba de que dispuso, el Tribunal de instancia llegó a la conclusión de que la parcela se encuentra en suelo no urbanizable. Afirmación ésta recogida en los hechos probados y que no cabe discutir en un motivo de casación por infracción de ley, como el que se examina.

Sugiere el recurrente que, con todo, en la materia no existiría certeza legislativa, por falta de claridad en la remisión a la legislación administrativa que hace el artículo 319 Código penal y que, siendo así, por imperativo del principio de intervención mínima, debería darse lugar al motivo. Pero lo cierto es que éste es un principio de política criminal llamado idealmente a inspirar la actividad legislativa. Y, siendo así, los tribunales deben partir de la opción que haya hecho el legislador, que en este caso es clara, como resulta de lo razonado. Es por lo que debe asimismo rechazarse este aspecto de la impugnación.

(Sentencia de 14 de mayo de 2003)

## ARTÍCULO 325

### *Contaminación acústica: constituye delito contra el medio ambiente*

Primero.—En un complejo recurso, se invoca la infracción de preceptos administrativos, de artículo de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa, del artículo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, del derecho de presunción de inocencia, de preceptos del Código penal referentes a la imposición de las penas y la responsabilidad civil, de error en la apreciación de la prueba, y por último quebrantamiento de forma, en los que se combate la apreciación que se ha hecho por el Tribunal de instancia de un delito contra el medio ambiente tipificado en el artículo 325 del Código penal.

Sin perjuicio de que esta Sala examine uno por uno los distintos extremos a los que se extienden estos motivos, para una mayor claridad, parece oportuno iniciar el examen de este recurso analizando la subsunción que de la conducta del recurrente ha hecho el Tribunal sentenciador en el citado artículo 325 del Código penal, aunque expresamente no se invoque la infracción de dicho precepto ya que esa voluntad impugnativa sí se infiere del contenido del recurso.

El Tribunal de instancia ha condenado al recurrente como autor de un delito contra el medio ambiente en la modalidad de contaminación acústica y procedemos a examinar si concurren o no los elementos que caracterizan esta figura delictiva.

#### 1. Contaminación acústica. Consideraciones generales y evolución legislativa.

Aunque de forma esporádica, ya antes de la Constitución se exterioriza la preocupación y la necesidad de proteger el medio ambiente y la conveniencia de promulgar disposiciones generales sobre criterios de calidad del aire, niveles de emisión de sustancias contaminantes, calidades de los combustibles y carburantes utilizables, controles de fabricación y homologación de motores, generadores de calor y otras fuentes de emisión de contaminantes fijas y móviles, con el fin de reducir las altas cotas de emisión de sustancias contaminantes. Fruto de esta preocupación fue la Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de Protección del Ambiente Atmosférico, que tenía por objeto prevenir, vigilar y corregir la presencia en el aire de materias o formas de energía que impliquen riesgo, daño, o molestia grave para las personas y bienes de cualquier naturaleza.

No se hacía expresa referencia a la contaminación acústica aunque no se podía descartar que pudiera estar incluida en la amplia referencia a las formas de energía que implican riesgo, daño o molestia para las personas y bienes.

Transcurridos treinta años, el reciente Anteproyecto de Ley del Ruido hace mención, en su Exposición de Motivos, a la falta de atención que tradicionalmente ha sufrido la inmisión sonora y señala que el ruido, en su vertiente ambiental, no circunscrita a ámbitos específicos, como el laboral, sino en tanto que inmisión sonora presente en el habitat humano o en la naturaleza, no ha sido tradicionalmente objeto de atención preferente en la normativa protectora del medio ambiente.

Todos los tratadistas que han estudiado estos temas coinciden en señalar que la Constitución (arts. 43 y 45) al proteger la salud y el medio ambiente incluye en su ámbito de control a la contaminación acústica, como nos recuerda la Exposición de Motivos del citado Anteproyecto, y a pesar de ello se carece de una norma general de ámbito estatal, reguladora de este fenómeno.

No sucede lo mismo con las Comunidades Autónomas que han promulgado leyes que regulan la protección contra la contaminación acústica.

Así, entre otras, la Ley 16/2002 de la Generalitat de Cataluña, de 28 de junio, de Protección contra la Contaminación Acústica; el Decreto 78/1999, de 27 de mayo, que regula el régimen de protección contra la contaminación acústica de la Comunidad de Madrid; y la Ley 7/2002, de 3 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, de Protección contra la Contaminación Acústica.

Es de destacar los objetos y finalidad de estas normas autonómicas. Así la mencionada Ley de la Generalitat de Cataluña señala que el objeto de la presente Ley es regular las medidas necesarias para prevenir y corregir la contaminación acústica, que afecta a los ciudadanos y ciudadanas y el medio ambiente, provocada por los ruidos y vibraciones, y al mismo tiempo establecer un régimen de intervención administrativa que sea de aplicación en todo el territorio de Cataluña. La finalidad de dicha Ley, según su artículo 2, es garantizar la protección de: a) el derecho a tener un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona; b) el derecho a la protección de la salud; el derecho a la intimidad; el bienestar y la calidad de vida de los ciudadanos. Son muy interesantes las definiciones que se contienen en su artículo 4. Se dice que emisor acústico es cualquier infraestructura, instalación, maquinaria, actividad o comportamiento que genere ruido y vibraciones; ruido es un contaminante físico que consiste en una mezcla compleja de sonidos de frecuencias diferentes, que producen una sensación auditiva considerada molesta o incómoda y que con el paso del tiempo y por efecto de su reiteración puede resultar perjudicial para la salud de

las personas; nivel de evaluación es el nivel de presión acústica evaluado por un período de tiempo especificado, que se obtiene a partir de mediciones y, si procede, de ajustes, en función del carácter total o impulsivo del sonido; nivel de inmisión es el nivel acústico medio existente durante un período de tiempo determinado, medido en un sitio determinado. Se expresa en dB; valor límite de inmisión es el nivel de inmisión máximo permitido dentro de un período de tiempo determinado.

El Decreto 78/1999, de 27 de mayo, por el que se regula el régimen de protección contra la contaminación acústica de la Comunidad de Madrid dispone, en su preámbulo, que la contaminación acústica es motivo de preocupación por las graves molestias que origina y por sus efectos sobre la salud (tanto fisiológicos como psicológicos), el comportamiento humano y las actividades de las personas. Dispone que el objeto de este Decreto es prevenir, vigilar y corregir la contaminación acústica que afecta tanto a las personas como al medio ambiente, protegiéndolos contra ruidos y vibraciones, cualquiera que sea su origen, así como regular las actuaciones específicas en materia de ruido y vibraciones en el territorio de la Comunidad de Madrid y como objetivos generales de este Decreto se señalan: a) prevenir la contaminación acústica y sus efectos sobre la salud de las personas y el medio ambiente; b) establecer los niveles, límites, sistemas, procedimientos e instrumentos de actuación necesarios para el control eficiente por parte de las Administraciones Públicas del cumplimiento de los objetivos de calidad en materia acústica.

La Ley 7/2002, de 3 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, de Protección contra la Contaminación Acústica, la define como sonidos y vibraciones no deseados o nocivos generados por la actividad humana que puedan causar molestias a las personas, generar riesgos para su salud o bienestar o deteriorar la calidad del medio ambiente. Dispone, entre otras cosas, que los ayuntamientos podrán desarrollar las prescripciones contenidas en la presente Ley y en sus desarrollos reglamentarios mediante las correspondientes ordenanzas municipales de protección contra la contaminación acústica. Los niveles de ruido se medirán y expresarán en decibelios. Ninguna fuente sonora podrá emitir o transmitir niveles de ruido y vibraciones superiores a los límites establecidos...

En el ámbito internacional, el reconocimiento de las consecuencias negativas del ruido, como agente contaminante, se produjo oficialmente en el Congreso de Medio Ambiente organizado por las Naciones Unidas en Estocolmo, en el año 1972.

La Directiva 2002/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de junio de 2002, sobre evaluación y gestión del ruido ambiental, señala en su Exposición de Motivos, que debe alcanzarse un grado elevado de protección del medio ambiente y la salud, y uno de los objetivos a los que debe tenderse es la protección contra el ruido. En el Libro Verde sobre política futura de lucha contra el ruido, la Comisión se refiere al ruido ambiental como uno de los mayores problemas medioambientales de Europa. Se señala que algunas categorías de emisiones de ruidos procedentes de determinados productos ya están cubiertas por la legislación comunitaria, como la Directiva 70/157/CEE del Consejo, de 6 de febrero de 1970, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el nivel sonoro admisible y el dispositivo de escape de los vehículos a motor; la Directiva 77/311/CEE del Consejo, de 29 de marzo de 1977, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el nivel sonoro en los oídos de los conductores de tractores agrícolas o forestales de ruedas; la Directiva 80/51/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1979, relativa a la limitación de las emisiones sonoras de las aeronaves subsónicas... La presente Directiva debe, entre otras cosas, proporcionar una base para desarrollar y completar el conjunto de medidas comunitarias existentes sobre el ruido emitido por las principales fuentes, en particular vehículos e infraestructuras de ferrocarril y carretera, aeronaves, equipamiento industrial y de uso al aire libre y má-

quinas móviles, y para desarrollar medidas adicionales a corto, medio y largo plazo. Es necesario también establecer métodos comunes de evaluación del ruido ambiental y una definición de los valores límite, en función de indicadores armonizados para calcular los niveles de ruido. Los Estados miembros determinarán las cifras concretas de todo valor límite, teniendo en cuenta, entre otras cosas, la necesidad de aplicar el principio de prevención a fin de mantener espacios tranquilos en aglomeraciones. Los indicadores de ruidos comunes seleccionados son  $L_{den}$ , para evaluar molestias, y  $L_{night}$ , para evaluar alteraciones de sueño. Será también útil permitir que los Estados miembros empleen indicadores suplementarios para vigilar o controlar situaciones especiales de ruido. Respecto a su ámbito de aplicación, su artículo 2 dispone que la presente Directiva se aplicará al ruido ambiental al que están expuestos los seres humanos en particular en zonas urbanizadas, en parques públicos u otras zonas tranquilas en una aglomeración, en zonas tranquilas en campo abierto, en las proximidades de centros escolares y en los alrededores de hospitales, y en otros edificios y lugares vulnerables al ruido. La presente Directiva no se aplicará al ruido producido por la propia persona expuesta, por las actividades domésticas, por los vecinos, en el lugar de trabajo ni en el interior de medios de transporte, así como tampoco a los ruidos debidos a las actividades militares en zonas militares.

## 2. Concepto de ruido y sus efectos.

No es sencillo definir el ruido como agente contaminante.

A la contaminación acústica se refiere el Anteproyecto de Ley del Ruido como la presencia en el ambiente de ruidos y vibraciones, cualquiera que sea el emisor acústico que los origine, que impliquen molestia, riesgo o daño para las personas, para el desarrollo de sus actividades o para los bienes de cualquier naturaleza, o que causen efectos significativos sobre el medio ambiente. Las Leyes autonómicas también contienen definiciones sobre el ruido. Así la Ley de la Generalitat de Cataluña define el ruido como contaminante físico que consiste en una mezcla compleja de sonidos de frecuencias diferentes, que producen una sensación auditiva considerada molesta o incómoda y que con el paso del tiempo y por efecto de su reiteración puede resultar perjudicial para la salud de las personas.

Si tradicionalmente el ruido se ha incluido entre las actividades molestas hoy está plenamente reconocido que la contaminación acústica puede generar graves perjuicios a la salud física y psíquica de los seres humanos.

Se ha escrito por especialistas que el sometimiento a un ruido excesivo produce traumatismo y pérdidas auditivas, vértigos, perturbaciones en el sistema nervioso central, afectaciones respiratorias, cardíacas y circulatorias, hipertensión, fatiga, dolores de cabeza. Y no menos graves son los efectos psicológicos con padecimientos de angustia, pérdidas de concentración, insomnio, irritabilidad con grave afectación del rendimiento del trabajo físico e intelectual.

No plantea cuestión, pues, que el ruido es una de las manifestaciones de agresión al medio ambiente y a la salud de las personas y ello ha exigido una respuesta del Derecho.

## 3. El ruido y el Derecho penal.

El medio ambiente es uno de los pocos bienes jurídicos que la Constitución expresamente menciona como objeto de protección o tutela penal. Así, el artículo 45 de la Constitución dispone que deberán establecerse «sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado» para quienes realicen conductas atentatorias del medio ambiente. Se reconoce, por tanto, a nivel constitucional, el triple frente de protección del medio ambiente: civil, penal y administrativo. La protección jurídica del medio ambiente ha de hacerse combinando

medidas administrativas con medidas penales. Para determinar en qué casos habrá de acudir al Derecho penal y qué conductas serán merecedoras de una mera sanción administrativa, ha de partirse del principio de intervención mínima que debe informar el Derecho penal en un moderno Estado de Derecho. Sólo ante los ataques más intolerables será lícito el recurso al Derecho penal.

El examen del artículo 325 del Código penal revela que es la gravedad del riesgo producido la nota clave que permitirá establecer la frontera entre el ilícito meramente administrativo y el ilícito penal ya que el mencionado precepto exige que las conductas tipificadas «puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales». Y «si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas la pena de prisión se impondrá en su mitad superior».

El ruido aparece expresamente recogido en el artículo 325 del Código penal de 1995, a diferencia del texto derogado, como una de las fuentes o medios que pueden perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales y consiguientemente la salud de las personas.

Este precepto constituye un ejemplo de Ley Penal en blanco que suscita las conocidas dificultades en cuanto a la reserva de Ley Orgánica para las leyes penales (art. 81.1 CE) y posible quebranto del principio de legalidad si la conducta típica no se define con la precisión y el detalle que exige dicho principio.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de febrero de 1994 se pronuncia por la constitucionalidad del artículo 347 bis del derogado Código penal, que tipificaba el delito ecológico, afirmando que «no siempre las llamadas normas penales en blanco son contrarias al principio de legalidad, y afirma que son constitucionalmente admisibles siempre que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido y que la Ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza, es decir, de suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada. Pues bien, se dice en la sentencia citada que el artículo 347 bis CP reúne los requisitos de *lex praevia*, *certa* y *scripta* exigido constitucionalmente puesto que formula una remisión expresa y completa a normas específicas y define el núcleo esencial de la conducta prohibida, remitiéndose solamente para el tipo a una circunstancia, o sea la de que aquellos actos se realicen contraviniendo leyes o reglamentos protectores del medio ambiente...».

El ruido aparece, pues, como uno de los elementos descriptivos del tipo objetivo de los delitos contra el medio ambiente. Junto a él está el elemento normativo integrado por la contravención de Leyes y otras disposiciones de carácter general. Ciertamente se hace depender la relevancia típica de que la acción constituya una infracción de la normativa administrativa reguladora del ámbito de que se trate hasta el punto de que si la conducta no está prohibida por dicha normativa o se produce dentro de los límites autorizados, no será típica.

#### 4. Qué se entiende por disposiciones de carácter general.

No aparece sencillo determinar con precisión qué se entiende por contravención de leyes u otras disposiciones de carácter general que aparece como un elemento normativo del tipo objetivo del delito contra el medio ambiente.

No plantea cuestión el término «leyes», mayor dificultad interpretativa plantea la expresión «disposiciones de carácter general».

Son diversos los criterios interpretativos que se han seguido para esclarecer lo que se entiende por disposiciones de carácter general. Una posición minoritaria opone disposición general a disposición especial, en el sentido de excluir las normas dictadas para sectores específicos (contaminación del aire, del agua, etc.), otros, igualmente minoritarios enfrentan la disposición general con la autonómica o local, lo que

supone desconocer las competencias de las Comunidades Autónomas. Otros, con mejor criterio, enfrentan la disposición de carácter general a aquella que se refiere a una actuación administrativa singular, dictada para la resolución de un caso particular.

a) Alcance estatal de las disposiciones de carácter general.

La reserva de Ley Orgánica en materia penal no impide, ha expresado el Tribunal Constitucional, la remisión a normas de rango inferior para integrar un tipo cuyo núcleo esencial se describa en el Código penal, por lo que es perfectamente posible que la remisión se efectúe a Reglamentos y a Leyes estatales que no sean orgánicas.

b) Alcance autonómico de las disposiciones de carácter general.

La entrada en vigor de la Constitución supuso un giro importante en la concepción competencial de los diferentes órganos de las Administraciones Públicas vinculados al medio ambiente. Así, de una concepción centralista se pasó a una evidente descentralización competencial que primó en gran medida a las Comunidades Autónomas.

La distribución de competencias en el campo ambiental se realiza por los artículos 149.1.23 y 148.1 de la Constitución, reseñando el artículo 148 las competencias que podrán ser asumidas por las CC.AA. y mientras que el artículo 149 se refiere a las exclusivas competencias del Estado, de manera que las demás materias no contempladas en estos dos preceptos podrán ser asumidas por las Comunidades Autónomas a partir de sus Estatutos de Autonomía y, en su defecto, pasarían a la esfera de competencia estatal.

El artículo 149.1.23.º CE especifica entre las competencias exclusivas del Estado la «legislación básica sobre protección del medio ambiente», sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección.

Por su parte, el artículo 148.19.º CE atribuye a las Comunidades Autónomas «la gestión en materia de protección del medio ambiente».

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 102/1995, de 26 junio, examina la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de medio ambiente y comentando los artículos de la Constitución declara que, por una parte se dice que «en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde» a las Comunidades Autónomas «el desarrollo legislativo y la ejecución» en la materia de «protección del medio ambiente», sin perjuicio de las facultades de aquéllas para establecer normas adicionales de protección y por otra parte, que la función ejecutiva de la legislación estatal sobre protección del medio ambiente que a veces se llama «gestión», incluidos los vertidos industriales y contaminantes en ríos, lagos y aguas territoriales (en su caso) corresponde a las Comunidades Autónomas. Añade dicha sentencia que el juego recíproco de las normas constitucionales (arts. 148.1.9 y 149.1.23 CE) y de las estatutarias pone de manifiesto «sin lugar a dudas, que las facultades ejecutivas o de gestión en materia de medio ambiente, en general... corresponden a» las Comunidades Autónomas «y no al Estado» (SSTC 149/1991 y 329/1993). Por tanto, si el Estado *strictu sensu* tiene una competencia sobre el medio ambiente, compartida con las Comunidades Autónomas, resultan admisibles, por su propio peso específico, tanto el primer párrafo de esta disposición adicional como el segundo, sin que ello signifique privar a éstas de todo margen para desarrollar, en el sector subvencionado, una política propia orientada a la satisfacción de sus intereses peculiares.

Así pues, si bien es cierto que corresponde al Estado la competencia exclusiva para dictar Leyes sobre Derecho penal, dicho principio no sufre menoscabo cuando es la legislación estatal la que determina la pena y fija el núcleo esencial del injusto, limitándose a remitir a la legislación autonómica aquellos aspectos extra-penales que son de su competencia. Así el artículo 149.23 de la Constitución establece que el Es-

tado tiene competencia exclusiva respecto a la legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio, añade, de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección.

Es indudable, por tanto, que las Comunidades Autónomas tienen facultades para dictar «Leyes o Disposiciones Generales protectoras del medio ambiente», cuya infracción constituye un elemento normativo del tipo penal en el delito ecológico.

c) Alcance local o municipal de las disposiciones de carácter general.

En materia de medio ambiente la potestad reglamentaria de la Administración se manifiesta en las Ordenanzas municipales aprobadas por los Ayuntamientos. Su razón de ser le viene otorgado en el artículo 25 de la Constitución y en los artículos 127.1 y 129.1, 2 y 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, al permitir que los reglamentos administrativos completen el sistema legal de infracciones y sanciones, de forma subordinada a la Ley, pudiendo ejercer potestades sancionadoras expresamente atribuidas por una norma con rango de Ley con respeto a los tipos previstos legalmente. Por ello, teniendo en cuenta que el artículo 25.f) de la Ley de Bases de Régimen Local atribuye a la Administración local competencias para «la protección del medio ambiente», podrá tipificar mediante ordenanzas la imposición de multas. La ordenanza local cumple un papel complementario indispensable de la Ley Sectorial Protectora del Medio Ambiente que les da cobertura. Sería inconstitucional, por infracción del principio de reserva legal, la ordenanza local que sancionara como infracción los comportamientos que no tuvieran previo acomodo legal. Por el contrario es perfectamente lícito y acorde con la Constitución que reglamentos, ordenanzas y disposiciones municipales puedan sancionar como infracción administrativa determinadas conductas contra el medio ambiente siempre que tengan respaldo en una Ley del Estado o de una Comunidad Autónoma.

En esa línea de atribución de competencias se orienta la Ley General de Sanidad de 1986 cuyo artículo 42.3 b) señala como una de las responsabilidades del Ayuntamiento el control sanitario de ruidos y vibraciones. Competencias que los Ayuntamientos han desarrollado mediante Reglamentos y Ordenanzas, que pueden sancionar como infracción administrativa determinadas conductas contra el medio ambiente siempre que tengan respaldo en una Ley del Estado o de una Comunidad Autónoma, como antes se dejó expresado.

d) Alcance del ordenamiento de la Unión Europea como disposiciones de carácter general.

La Comunidad Europea dispone de competencias legislativas en materia de Medio Ambiente, y las ejerce por medio de Reglamentos y Directivas. En cuanto a los Reglamentos el artículo 189 del Tratado de la CEE dispone que «el Reglamento tendrá valor general. Será obligatorio en todas sus partes y directamente aplicable a cada uno de los Estados miembros»; en consecuencia, las normas de protección ambiental dictadas por la Comunidad Europea con rango de Reglamento pueden integrar el tipo penal del delito ecológico, incluyendo en la remisión que éste efectúa a las «disposiciones de carácter general».

Esa claridad no puede aplicarse a las directivas. Una posición doctrinal, con base en Sentencias del Tribunal de Justicia, entiende que unas Directivas que no han sido traspuestas al Derecho interno de los Estados no puede integrarse en el tipo penal como Disposición General. Así, en la sentencia de 26 de septiembre de 1996 (asunto C-168/1995, Medio Ambiente y Consumidores, caso Luciano Arcaro), en un tema referido a la interpretación de las Directivas 76/464/CEE y 83/513/CEE, sobre vertidos de Cadmio, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas declaró, ratificando su doctrina anterior, «que la posibilidad de invocar ante un órgano jurisdiccio-

nal nacional una Directiva a la que no se ha adaptado el Derecho interno sólo existe en favor de los particulares y respecto a todo Estado miembro destinatario». De ello resulta que una Directiva no puede crear, por sí sola, obligaciones a cargo de un particular y que una disposición de una Directiva no puede invocarse como tal contra dicho particular. En ese mismo sentido se expresa la sentencia de 11 de junio de 1987 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, dictada en relación con una cuestión prejudicial planteada por la «Pretura» de Saló (Italia), en un proceso penal por delito ecológico incoado por la contaminación de aguas y muerte masiva de peces en el río Chiese, cuando el Tribunal de Luxemburgo declaró que las Directivas de la Comunidad y concretamente la Directiva 78/659 de la CEE de 18 de julio de 1978, no pueden por sí mismas determinar o agravar la responsabilidad penal, es decir, no puede tomarse en consideración su infracción como elemento del tipo penal por no estar dirigidas directamente a los ciudadanos sino a los Estados miembros (art. 189 del Tratado de Roma).

Otro sector de la doctrina entiende, por el contrario, que el reenvío que nuestro Código realiza a Leyes y Disposiciones de carácter general obliga a tener en cuenta lo dispuesto por el Derecho comunitario, que puede ampliar así las circunstancias delictivas, incluso vía Directiva con efecto directo, lo que habrá de apreciar el Juez penal. Esta posición tiene también su apoyo en Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que, a partir de las Sentencias GRAD y SALE de 1970 (y de modo más rotundo tras la Sentencia BECKER en 1982) ha venido progresivamente extendiendo el efecto directo de las Directivas, aunque no estén trasladadas a la legislación del Estado miembro, en aquellos casos en que las disposiciones de una Directiva aparezcan desde el punto de vista de su contenido como incondicionadas y suficientemente precisas y el Estado no haya cumplido los plazos establecidos para acomodar su legislación a lo dispuesto en la Directiva. Hay otras sentencias del Tribunal Europeo que se oponen a esta interpretación como sucede con la Sentencia RATTI, de 5 de abril de 1979, precisamente porque los ciudadanos pueden hacer valer respecto del Estado que es quien ha incumplido su obligación de actuar la Directiva dentro del plazo, y en consecuencia no puede oponer a los particulares que se apoyan en la Directiva la inejecución por su parte de sus obligaciones (sentencia RATTI del TJCE, de 5 de abril de 1979). Al contrario, el Estado incumplidor no puede utilizar la Directiva no actuada contra los particulares en el ejercicio del *ius puniendi* del propio Estado, ampliando los términos de la responsabilidad penal del particular, pues ello vulneraría el principio de legalidad y la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea que admite la aplicación directa frente al Estado incumplidor pero no frente al particular (Sentencia citada «Pretore di Salo», de 11 de junio de 1987).

En consecuencia, para la integración del tipo penal del artículo 325 del Código penal han de tenerse en cuenta, como normativa administrativa cuya infracción integra el tipo, los Reglamentos de la Comunidad Europea que tienen aplicación directa y primacía sobre el Derecho interno, mientras que las Directivas pueden tener eficacia exclusivamente para restringir el tipo pero no para ampliarlo. Este criterio es reafirmado por la Sentencia «Kolfinghuis-Nijnugen BU», de 7 de octubre de 1987, que estima que «en definitiva debería excluirse la posibilidad de que la directiva no actuada pueda comportar una modificación en sentido desfavorable para el individuo de la interpretación de preexistentes disposiciones incriminadoras».

e) Disposiciones de carácter general con relación a la contaminación acústica.

Desde un punto de vista jurídico, el inicio de la contaminación acústica surge, pues, cuando se traspasa los límites máximos tolerables para el ciudadano medio, y esos valores aparecen recogidos en las normas y reglamentaciones jurídicas, sin olvi-

dar que la mera contravención administrativa no es suficiente para generar una conducta delictiva ya que se requiere un riesgo grave de afección del bien jurídico protegido.

Antes hemos hecho referencia a las disposiciones generales que de modo indirecto protegen el medio ambiente de manifestaciones de contaminación acústica por superar los límites permitidos de ruidos y vibraciones. Son de mencionar el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, y la Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de Protección del Ambiente Atmosférico. Igualmente se ha hecho referencia a Leyes y Decretos aprobadas por los parlamentos autonómicos sobre este particular y las competencias municipales y locales en materia de ruidos y vibraciones.

Existe, pues, acuerdo doctrinal y jurisprudencial sobre su modalidad de tipo penal en blanco, en tanto en cuanto que para que exista la figura delictiva es necesario remitirse a las leyes y reglamentos protectores del medio ambiente, y se considera necesaria su contravención para que se configure el hecho delictivo. Se trata de un elemento normativo que es necesario dilucidar con antelación al pronunciamiento definitivo sobre la naturaleza penal de las conductas enjuiciadas (Cfr. STS de 23 de octubre de 2002).

5. Aplicación al supuesto objeto de este recurso de la doctrina que se ha dejado expuesta sobre lo que debe entenderse por disposiciones de carácter general.

Expuesta la anterior doctrina procede examinar, en primer lugar, si en el supuesto que examinamos concurre el elemento normativo del tipo objetivo constituido por la infracción de una disposición de carácter general.

Los hechos enjuiciados suceden en la ciudad de Palencia, y el Decreto 3/1995 de Castilla y León, de 12 de enero, por el que se establecen las condiciones a cumplir por los niveles sonoros o de vibraciones producidos en actividades clasificadas recoge, en su artículo 1, el objeto de este Decreto y así dispone que quedan sometidas a las disposiciones del presente Decreto todas las industrias, actividades, instalaciones, máquinas y, en general, cualquier dispositivo o actividad susceptible de generar niveles sonoros o de vibraciones, que puedan ser causa de molestia a las personas o de riesgos para la salud o el bienestar de las mismas, sin perjuicio de la aplicación de la normativa de Seguridad e Higiene en el Trabajo en su ámbito correspondiente. En su artículo 2 se establece su ámbito de aplicación disponiendo que el presente Decreto será de obligado cumplimiento en la Comunidad de Castilla y León, con independencia del posterior desarrollo que realice del mismo cada Ayuntamiento por medio de sus ordenanzas, de conformidad con los mínimos establecidos en la presente Norma. Su artículo 3 establece el órgano competente disponiendo que corresponderá al Ayuntamiento, en el ámbito de su Municipio, ejercer de oficio o a instancia de parte, el control de las determinaciones del presente Decreto y de sus normas de desarrollo, exigir la adopción de las medidas correctoras necesarias, señalar limitaciones, realizar cuantas inspecciones sean precisas y aplicar las sanciones correspondientes en caso de incumplirse lo ordenado. Su artículo 5 señala que la intervención municipal evitará que las perturbaciones por ruidos excesivos excedan de los límites que se señalan en cada caso. Los ruidos se medirán y expresarán en decibelios ponderados, de acuerdo con la escala normalizada A (dB{A}) y en su artículo 7 se dispone que los ruidos transmitidos al interior de las instalaciones, equipamientos y viviendas, con excepción de los originados por el tráfico, no podrán superar los niveles que se indican en el Anexo II y en ese Anexo, en lo que se refiere a zona residencial se fijan de día en 35 el nivel máximo de dB (A) y de noche en 30 cuando se refiere a piezas habitables, excepto cocinas; en pasillos, aseos y cocinas en 40 y 35, respectivamente y en zonas de acceso común en 50 y 40 dB(A).

Este Decreto ha sido desarrollado por las Ordenanzas Municipales como sucede con la Ordenanza Municipal para la Protección del Medio Ambiente contra las Emi-

siones de Ruidos y Vibraciones del Ayuntamiento de Palencia de 19 de septiembre de 1996, publicada en el «Boletín Oficial de la Provincia» el 23 de octubre de 1996, fijándose los mismos límites de inmisión de ruidos.

En el caso que examinamos aparece concretado, en los hechos que se declaran probados, el siguiente resultado de las mediciones realizadas en viviendas del mismo edificio en cuyos bajos está situada la Sala de Fiestas Chapó de la que es responsable el acusado: el día 22 de febrero de 1998, en el piso..., a las 5 h 25 min de la mañana, se realizaron dos mediciones en el dormitorio con resultados de 35 y 36 decibelios; el día 1 de enero de 1998, en el piso..., a las 3 h 25 minutos de la mañana, se realizaron dos mediciones en el dormitorio con resultado de 36,9 y 40,1 decibelios, haciéndose constar en el acta que se levantó, todo lo cual ha sido ratificado en el acto del juicio oral, que en el dormitorio de esa casa dormían niños menores de 3 años; el día 8 de marzo de 1998, en un piso de esa misma comunidad, se realizaron dos mediciones con resultados de 34,1 y 34,2 decibelios; el día 19 de abril de 1998, en el piso..., a las 5 h 40 min de la mañana, se realizaron dos mediciones en el dormitorio con resultados de 36 y 37 decibelios; el día 2 de mayo de 1998, en el piso..., a las 5 h 25 min de la mañana, se realizaron dos mediciones en el dormitorio con resultados de 38,6 y 41,5 decibelios, haciendo constar los propios policías que los ruidos procedentes de la discoteca son perfectamente audibles al oído humano; el día 2 de mayo de 1998, en el piso..., a las 5 h 45 min de la mañana, se realizaron dos mediciones en el pasillo con resultados de 36,8 y 39,8 decibelios, manifestando los policías que los sonidos procedentes de la discoteca son perfectamente audibles por el oído humano; el día 31 de mayo de 1998, en el piso..., a las 6 h 10 min de la mañana, se realizaron dos mediciones en el dormitorio con resultados de 34 y 36 decibelios; el día 8 de agosto de 1998, en el piso..., a las 5 h 45 min de la mañana, se realizaron dos mediciones en el dormitorio con resultados de 38 y 40 decibelios; el día 10 de octubre de 1998, en el piso..., a las 5 h 45 min de la mañana, se realizaron dos mediciones en el dormitorio principal con resultados de 34,3 y 35,2 decibelios, haciendo constar los policías intervinientes que el sonido que se escucha resulta más molesto de lo que en principio registra el sonómetro; el día 8 de diciembre de 1998, en el piso..., a las 6 h 25 min de la mañana, se realizaron dos mediciones en el dormitorio con resultados de 38 y 40 decibelios...

Queda, pues, perfectamente recogido en los hechos que se declaran probados que se ha infringido, en reiteradas ocasiones, el Decreto 3/1995 de Castilla y León, de 12 de enero, así como la Ordenanza Municipal antes mencionada, al superarse con mucho los límites autorizados en cuanto se dispone en dicho Decreto que los ruidos transmitidos al interior de las instalaciones, equipamientos y viviendas, con excepción de los originados por el tráfico, no podrán superar los niveles que se indican en el Anexo II, y en ese Anexo, en lo que se refiere a zona residencial, se fijan de día en 35 el nivel máximo de dB (A) y de noche en 30 cuando se refiere a piezas habitables como dormitorios. Igualmente se recoge en el relato fáctico de la sentencia recurrida que el limitador de la distribución musical precintado por el Ayuntamiento había sido manipulado.

En este caso, queda, en consecuencia, cumplido el elemento normativo del delito contra el medio ambiente en la modalidad de contaminación acústica.

6. Su naturaleza de delito de peligro, bien jurídico protegido y la gravedad del riesgo como otro elemento objetivo del tipo.

No basta la transgresión de una disposición administrativa general protectora del medio ambiente para que pueda actuar el Derecho penal, se requiere algo más.

Para determinar en qué casos habrá de acudir al Derecho penal y qué conductas serán merecedoras de una mera sanción administrativa, ha de partirse del principio de intervención mínima que debe informar el Derecho penal en un moderno Esta-

do de Derecho. Sólo ante los ataques más intolerables será legítimo el recurso al Derecho penal.

El examen del artículo 325 del Código penal revela que es la gravedad del riesgo producido la nota clave que permitirá establecer la frontera entre el ilícito meramente administrativo y el ilícito penal ya que el mencionado precepto exige que las conductas tipificadas «puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales». Y «si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas la pena de prisión se impondrá en su mitad superior».

La sanción penal debe reservarse, por consiguiente, para aquellas conductas que pongan el bien jurídico protegido (el medio ambiente) en una situación de peligro grave, correspondiendo la protección ordinaria, tanto preventiva como sancionadora, a la actuación y regulación administrativa.

La técnica más adecuada de protección del medio ambiente frente a las transgresiones más graves, que puedan constituir infracciones penales, es la de los delitos de peligro, pues la propia naturaleza del bien jurídico «medio ambiente» y la importancia de su protección exige adelantarla antes de que se ocasione la lesión.

Y eso es lo que se infiere del tipo básico descrito en el artículo 325 del Código penal en cuanto tras describir las manifestaciones de la conducta delictiva se añade que «puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales», por lo que es obvio que el tipo no requiere la producción del perjuicio, sino que basta con la capacidad de producirlo.

Se ha suscitado discusión doctrinal sobre si se trata de un delito de peligro abstracto o de mera actividad o bien se exige un peligro concreto para las personas o la naturaleza. La Sentencia de esta Sala de 23 de octubre de 2002, nos recuerda que en cuanto el artículo 45 de la Constitución dispone que todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo, que los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva y que para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la Ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado, parece que la figura delictiva debe orientar su protección y fijar su atención prioritaria en la salud de las personas aunque nadie discute que la protección alcanza, de manera directa o indirecta, a la fauna, la flora y los espacios naturales.

En orden a la naturaleza del peligro en esta figura delictiva, la jurisprudencia de esta Sala se inclina por considerarla de peligro abstracto. De ello es exponente la Sentencia de 25 de octubre de 2002, en la que se declara que en el artículo 325 CP incorpora el legislador un planteamiento político-criminal diverso del contenido en la anterior regulación, pues opta por configurar el delito como una infracción de peligro abstracto: así, mientras que en el artículo 347 bis eran castigados los actos de vertido «que pongan en peligro grave la salud de las personas, o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles», la actual regulación renuncia a incorporar referencia alguna a la producción de un peligro concreto y extiende la punición a todas las actividades de vertido, emisión, etc., que «que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales», previendo una agravación de la pena para aquellos supuestos en los que «el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas». La Ley establece una clara distinción entre aquellos supuestos en los que se estima imprescindible para la ilicitud que el desarrollo de la conducta peligrosa vaya acompañada de la creación de un peligro concreto para el bien jurídico protegido; y aquellos otros en los que basta para la comisión del delito con la realización de la acción peligrosa, y que no requie-

ren la producción de un resultado concreto. En los primeros define con claridad el supuesto de peligro que debe ser creado por la acción (por ejemplo, en el artículo 362 CP); mientras que en los segundos se limita a caracterizar el comportamiento potencialmente peligroso «que puedan perjudicar gravemente» (art. 325 CP) o «que genere riesgo» (art. 362.2 CP); (SSTS de 31 de mayo de 2001, 15 de diciembre de 2000 y 4 de octubre de 1999). Y como ya se ha indicado, al argumento literal debe añadirse el teleológico: la interpretación acogida redundaría indudablemente en una mayor eficacia en la protección del medio ambiente, especialmente en los supuestos de contaminación más graves, en los que resulta difícil, sino imposible, identificar con la certeza que requiere el proceso penal el origen de la contaminación cuando se trata de zonas sometidas a una intensa agresión, pues los delitos de peligro abstracto no exigen para su consumación la producción de un verdadero resultado de peligro como elemento del tipo objetivo, sino únicamente la comprobación del carácter peligroso de la acción. En cualquier caso, no debe perderse de vista que si bien la configuración del delito contra el medio ambiente del artículo 325 CP permite eludir, en cierta manera, los problemas de causalidad, sí que resultará imprescindible la rigurosa comprobación de que la conducta desarrollada ha resultado adecuada e idónea para poner en peligro el equilibrio de los sistemas naturales (STS de 3 de abril de 1995). La jurisprudencia posterior a la entrada en vigor del Código penal de 1995 ha venido aplicando al nuevo artículo 325 los mismos criterios interpretativos que se habían consolidado con relación al artículo 347 bis CP/1973, es decir, interpretándolo como una modalidad de delito de peligro concreto. Pero no debe perderse de vista que se ha tratado de pronunciamientos referentes a supuestos en los que, bien como ocurre en el presente, la creación de un peligro concreto para el medio ambiente era evidente (SSTS de 17 de septiembre de 2001 y 13 de marzo de 2000); bien se excluía la del propio carácter peligroso de la acción (SSTS de 23 de noviembre de 2001 y 16 de diciembre de 1998) o que la misma entrañara una infracción de las disposiciones legales y reglamentarias protectoras del medio ambiente (STS de 27 de abril de 2001); o bien se enjuiciaban conductas desarrolladas durante la vigencia del Código penal anterior (SSTS de 19 de mayo de 1999, 16 de diciembre de 1998 y 1 de febrero de 1997). Añade que una clara evolución en la jurisprudencia hacia una interpretación del artículo 325 CP próxima a la contenida en la presente sentencia aparece ya en las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2000 y 9 de octubre de 2000.

Lo que sucede en algunos casos, como se expresa en la sentencia que acabamos de mencionar, y asimismo ocurre en el supuesto que es objeto del presente recurso, es que, además, la creación de un peligro concreto para los bienes jurídicos protegidos se presenta como evidente y perfectamente definido.

Y lo que acabamos de expresar nos adentra en el examen del bien jurídico objeto de protección en esta modalidad de delito contra el medio ambiente. Antes hemos hecho mención a la pauta que marca el artículo 45 de la Constitución al hacer referencia al desarrollo de la persona y al fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, y de ello parece que la figura delictiva debe orientar su protección y fijar su atención prioritaria en la salud de las personas aunque nadie discute que la protección alcanza, de manera directa o indirecta, a la fauna, la flora y los espacios naturales.

En concreto, en lo que se refiere a la contaminación acústica, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso López Ostra), de 9 de diciembre de 1994, en la que conoció de una demanda contra el Estado español por molestias causadas por una estación depuradora de aguas y residuos sólidos próxima a la vivienda de la demandante, reconoce que los olores, ruidos y humos contaminantes provocados por dicha estación depuradora vulneraban su derecho al disfrute de su domicilio y al respeto de su vida privada y familiar garantizados por el artículo 8 del Tratado de

Roma, de 4 de noviembre de 1950, declarando su derecho a ser reembolsada de los perjuicios morales y materiales sufridos.

El Tribunal Constitucional también ha examinado la afectación de derechos constitucionales a consecuencia de la contaminación acústica. Así, en la Sentencia de 24 mayo de 2001, en la que se conoció de demanda interpuesta por quien se sentía perjudicada por las actividades desarrolladas en una discoteca sita en los bajos de la finca en la que residía, se declara que el derecho fundamental a la integridad física y moral, el derecho a la intimidad personal y familiar y el derecho a la inviolabilidad del domicilio han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a la plena efectividad de estos derechos fundamentales. En efecto, habida cuenta de que nuestro texto constitucional no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos (STC 12/1994, de 17 de enero), se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada. A esta nueva realidad ha sido sensible la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como se refleja en las Sentencias de 21 de febrero de 1990, caso Powell y Rayner contra Reino Unido; de 9 de diciembre de 1994, caso López Ostra contra Reino de España, y de 19 de febrero de 1998, caso Guerra y otros contra Italia. En efecto, el ruido puede llegar a representar un factor psicopatógeno destacado en el seno de nuestra sociedad y una fuente permanente de perturbación de la calidad de vida de los ciudadanos. Así lo acreditan, en particular, las directrices marcadas por la Organización Mundial de la Salud sobre el ruido ambiental, cuyo valor como referencia científica no es preciso resaltar. En ellas se ponen de manifiesto las consecuencias que la exposición prolongada a un nivel elevado de ruidos tienen sobre la salud de las personas (v. gr. deficiencias auditivas, apariciones de dificultades de comprensión oral, perturbación del sueño, neurosis, hipertensión e isquemia), así como sobre su conducta social (en particular, reducción de los comportamientos solidarios e incremento de las tendencias agresivas). Añade que en dichas resoluciones se advierte que, en determinados casos de especial gravedad, ciertos daños ambientales aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho al respeto de su vida privada y familiar, privándola del disfrute de su domicilio, en los términos del artículo 8.1 del Convenio de Roma (SSTEDH de 9 de diciembre de 1994 y de 19 de febrero de 1998). Habremos de convenir en que, cuando la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido ponga en grave peligro la salud de las personas, esta situación podrá implicar una vulneración del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). Respecto a los derechos del artículo 18 CE, ese ámbito de la vida de las personas ha de hacerse en función del libre desarrollo de la personalidad. De acuerdo con este criterio, hemos de convenir en que uno de dichos ámbitos es el domiciliario por ser aquel en el que los individuos, libres de toda sujeción a los usos y convenciones sociales, ejercen su libertad más íntima (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, 137/1985, de 17 de octubre y 94/1999, de 31 de mayo). Teniendo esto presente, podemos concluir que una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad.

La Sentencia de la Sala Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 15 de marzo de 2002, comentando la sentencia del Tribunal Constitucional que acabamos de mencionar, pone de relieve la trascendencia del bien jurídico protegido. Y ciertamente es así, en cuanto nada menos que están en juego los derechos de protección de la salud; a la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario; el bienestar y la calidad de vida de los ciudadanos así como el equilibrio de los sistemas naturales.

Y en éste como en los demás casos de los que conocen los Tribunales de lo Penal, se requiere, además, que esa puesta en peligro de estos bienes constitucionalmente protegidos lo sea con entidad y gravedad suficiente para que se justifique la intervención del Derecho penal.

Respecto al requisito de la gravedad se pronuncia la Sentencia de esta Sala de 30 de enero de 2002, en la que se declara que la exigencia de que el peligro sea grave atribuye a los Tribunales una labor de concreción típica, que un sector doctrinal considera que es función propia del legislador. Semánticamente grave es lo que produce o puede producir importantes consecuencias nocivas, lo que implica un juicio de valor (Sentencia de 27 de enero de 1999). Para encontrar el tipo medio de gravedad a que se refiere el artículo 325 del CP y antes el 347 bis habrá que acudir, como dijo la citada sentencia de 27 de enero de 1999, a la medida en que son puestos en peligro, tanto el factor antropocéntrico, es decir, la salud de las personas, incluida la calidad de vida por exigencia constitucional, como a las condiciones naturales del ecosistema (suelo, aire, agua) que influyen por tanto, en la gea, la fauna y la flora puestas en peligro.

Cuando se trata de contaminaciones acústicas, tanto el Tribunal de Derechos Humanos como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ponen de manifiesto las graves consecuencias que la exposición prolongada a un nivel elevado de ruidos tienen sobre la salud de las personas, integridad física y moral, su conducta social y en determinados casos de especial gravedad, aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, resaltando que constituyen supuestos de especial gravedad cuando se trata de exposición continuada a unos niveles intensos de ruido.

7. Aplicación al supuesto que se somete al presente recurso de la doctrina expuesta sobre el requisito del grave perjuicio.

En el caso que examinamos, vistos los hechos que se declaran probados, como bien se razona por el Tribunal de instancia, los vecinos del inmueble afectados por el ruido procedente de la Sala de Fiestas han padecido, de forma reiterada y continuada durante fines de semana, puentes y víspera de fiestas, en un período aproximado de nueve meses, no sólo de una contaminación acústica que hay que calificar de grave y potencialmente peligrosa, sino que en este caso, además, esa gravedad se ha concretado en serio peligro para la integridad física y psíquica, y la intimidad personal y familiar, y es más, la afectación de los bienes jurídicos protegidos, antes mencionados, ha alcanzado tal intensidad por la conducta del acusado, como responsable de la Sala de Fiestas, que ha determinado en niños de pocos años problemas y alteraciones de sueño, irritabilidad, cambios de carácter, necesitando algunos de ellos tratamiento hipnótico, igualmente otros vecinos mayores de edad han precisado de tratamiento médico por cefaleas, irritabilidad, nerviosismo, alteración del sistema del sueño, insomnias y disminución de atención y rendimiento e incluso ha llegado a incrementar el número de brotes en un vecino que padece de esclerosis en placas, brotes que disminuyeron cuando se trasladó de domicilio, traslado que igualmente tuvieron que realizar otros vecinos.

Por todo lo que se deja mencionado, el recurrente ha creado una situación de grave peligro para la integridad física, psíquica, intimidad personal y familiar, bienestar y calidad de vida de los vecinos del inmueble que pudieran resultar afectados por las inmisiones de ruido procedentes de la Sala de Fiestas de la que era responsable, habiéndose concretado en riesgo de grave perjuicio para la salud de esas personas. Se ha superado, pues, el umbral que separa el ilícito meramente administrativo del ilícito penal.

#### 8. El tipo subjetivo.

Como señala la Sentencia de esta Sala de 19 de mayo de 1999, el tipo subjetivo se integra por el conocimiento del grave riesgo originado por su conducta, activa u omisiva, en una gama que va desde la pura intencionalidad de causar el efecto al dolo eventual, según el nivel de representación de la alta probabilidad de que se produjera esa grave situación de peligro, máxime en casos como el presente en los que fluye, por lo reiterado y contumaz, una decidida voluntad de no desistir de la situación de grave peligro creada.

#### 9. Conclusión.

Concurren, pues, cuantos elementos pertenecen al tipo objetivo, tanto los descriptivos, como los normativos y valorativos, como los propios del tipo subjetivo, ya que el acusado, contraviniendo el Decreto 3/1995 de Castilla y León, de 12 de enero, en el que se establecen las condiciones a cumplir por los niveles sonoros o de vibraciones producidos en actividades clasificadas, así como la Ordenanza Municipal para la Protección del Medio Ambiente contra las Emisiones de Ruidos y Vibraciones del Ayuntamiento de Palencia, ha sido responsable, con conocimiento de ello, de inmisiones de ruidos procedentes de una Sala de Fiestas que han superado en mucho los límites máximos permitidos y han creado una situación de grave peligro para la integridad física, psíquica, intimidad personal y familiar, bienestar y calidad de vida de los vecinos de un inmueble, habiéndose concretado en riesgo de grave perjuicio para la salud de esas personas.

El Tribunal de instancia ha aplicado correctamente el artículo 325 del Código penal al condenar al acusado como autor de un delito contra el medio ambiente por contaminación acústica a la pena de dos años y tres meses de prisión y multa.

(Sentencia de 24 de febrero de 2003)

*Delito contra el medio ambiente: delito de peligro hipotético, tipificándose un comportamiento idóneo para producir peligro al bien jurídico protegido; existencia: aguas residuales de empresa de proteínas y grasa que son vertidas a canal pluvial quedando convertido en una cloaca, con presencia de grasas, amoníaco, que impiden el desarrollo de la vida animal y vegetal, con riesgo de filtración en aguas situadas en acuífero y de afectación al ecosistema*

Séptimo.—No ha de olvidarse que la doctrina jurisprudencial más reciente (STS de 25 de octubre de 2002, sobre contaminación acústica), al destacar la naturaleza como delito de peligro del tipo definido en el artículo 325 del Código penal de 1995, ya no califica el peligro como concreto, pues en realidad la naturaleza de este tipo delictivo debe configurarse como de peligro hipotético, a medio camino entre el peligro concreto y el peligro abstracto.

En estas modalidades delictivas de peligro hipotético, también denominadas de peligro abstracto-concreto, peligro potencial o delitos de aptitud, no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos la situación de peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro.

Esta modalidad delictiva ya se ha utilizado por la doctrina jurisprudencial de esta Sala (STS 11 de junio de 2001, 20 de enero de 2001, 15 de diciembre de 2000 y 4

de octubre de 1999), en relación con delitos de riesgo para la salud de consumidores, en los supuestos de administración a los animales cuyas carnes o productos se destinen al consumo humano de sustancias no permitidas que generen riesgo para la salud de las personas (art. 364 2.º Código penal de 1995).

En lo que se refiere al delito ecológico, la reiterada calificación jurisprudencial como delito de peligro concreto tenía la finalidad de poner de relieve la necesaria distinción entre el tipo delictivo y las infracciones administrativas correlativas, destacando para ello que el delito ecológico no podía configurarse como delito de peligro abstracto *stricto sensu*. Ha de tenerse en cuenta que cuando esta configuración jurisprudencial se inició y conformó, la categoría intermedia de los delitos de peligro hipotético no se encontraba todavía plenamente consolidada en la doctrina penal española.

Pero, como ha señalado acertadamente esta doctrina, aunque nuestra jurisprudencia haya calificado formalmente hasta fecha reciente esta modalidad delictiva como de peligro concreto, en realidad los criterios utilizados para determinar la concurrencia del peligro en el delito ecológico eran desde hace tiempo más propios de los delitos de peligro hipotético o potencial que de los delitos de peligro concreto, en sentido estricto.

Lo cierto es que el tenor literal de la norma no expresa la exigencia de un peligro concreto, y que la estructura del tipo tampoco lo exige, por lo que debemos concluir que nos encontramos ante una figura delictiva de peligro hipotético o potencial.

(Sentencia de 1 de abril de 2003)

## ARTÍCULO 326 a)

*Industria o actividad que funciona clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones: significado de funcionamiento clandestino de industria o actividad; inexistencia en caso de empresa de proteínas y grasas con relaciones fluidas con la Administración que realiza vertidos contaminantes no actuando clandestinamente y teniendo la licencia municipal de apertura, sin que la falta de licencia específica de vertidos motive la aplicación del tipo agravado*

Octavo.—El cuarto motivo de recurso, por infracción de ley, alega indebida aplicación del subtipo agravado del artículo 326 a) del Código penal de 1995, toda vez que la empresa Proteínas y Grasas Gimeno, S. L. no funcionaba clandestinamente, pues disponía desde el año 1993 de licencia municipal de apertura de establecimiento y ejercicio de actividad.

El motivo debe ser estimado. El artículo 326 a) del Código penal de 1995 dispone que se impondrá la pena superior en grado, sin perjuicio de las que puedan corresponder con arreglo a otros preceptos de este Código, cuando en la comisión de cualquiera de los hechos descritos en el artículo anterior concorra la circunstancia de que la industria o actividad funcione clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones.

En el caso actual consta acreditado, como hemos señalado al resolver el motivo primero de recurso, que Proteínas y Grasas Gimeno, S. L. disponía desde el año 1993 de licencia municipal de apertura de establecimiento y ejercicio de actividad (califi-

cada conforme al Reglamento de Actividades Molestas Insalubres y Peligrosas) otorgada por el Ayuntamiento de Sant Boi de Llobregat, por lo que no podemos estimar, desde la perspectiva formal, que funcionase clandestinamente sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones.

Por otra parte consta también acreditado que el 17 de junio de 1996, tres años antes de estos hechos, el Consejero de Medio Ambiente de la Generalitat de Cataluña aceptó el Programa de Descontaminación Gradual presentado por esta empresa el 31 de enero del mismo año, estableciendo un plazo hasta el 30 de noviembre de 1996 para que la calidad de las aguas residuales vertidas al cauce pluvial 59 cumplieran los límites fijados en la tabla tres del anexo al Título IV del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, y autorizando provisionalmente el vertido con unos parámetros determinados, plazo que fue incrementado en dos ocasiones, como se declara probado en el relato fáctico. En consecuencia, tampoco desde el punto de vista material puede afirmarse que la actividad de vertidos fuese clandestina, pues era conocida y fue autorizada con carácter provisional por la Administración.

Noveno.—Es cierto que el término concedido para adecuarse a la normativa general había caducado y sin embargo el recurrente realizó vertidos muy por encima de los límites permitidos. Pero es precisamente esta infracción lo que integra la vulneración de las disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, que constituye el elemento normativo del tipo base, por lo que no puede valorarse nuevamente para integrar el tipo agravado. Lo relevante es que las instalaciones no eran clandestinas, pues la empresa disponía de licencia municipal de apertura de establecimiento y ejercicio de actividad, y la realización de vertidos era conocida por la Administración, que le había concedido una autorización provisional.

Décimo.—La Sala sentenciadora aplica el subtipo agravado porque la empresa carecía en la fecha de los vertidos contaminantes el 9 de marzo y el 12 de mayo de 1999, de la preceptiva autorización de vertidos que le fue concedida posteriormente el 8 de octubre de 1999. Considera irrelevante que la autorización estuviese en trámite, porque estima que lo determinante es que carecía de ella, y también estima irrelevante que existiesen con anterioridad unos planes de descontaminación, pues ya no se encontraban vigentes cuando se produjo el hecho delictivo.

En definitiva, estima que concurre clandestinidad, y debe aplicarse el subtipo agravado siempre que la industria o actividad carezca de la preceptiva autorización para los vertidos, aunque disponga de licencia de actividad y la realización de vertidos sea conocida por la Administración. Esta concepción del subtipo es compartida por el Ministerio Fiscal, en el escrito de impugnación del recurso.

Undécimo.—Este criterio no puede ser compartido, pues implica una interpretación extensiva *contra reo* del subtipo agravado, escasamente respetuosa con el principio de legalidad.

En efecto lo que exige la Ley para la aplicación del subtipo es que la industria o actividad funcione clandestinamente, equiparando clandestinamente al hecho de no haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones, pero no exige adicionalmente la expresa autorización para la realización de unos concretos vertidos.

La interpretación de la norma aceptada en la sentencia de instancia, se aparta del sentido gramatical de las palabras utilizadas por el Legislador, por lo que no respeta la taxatividad de los preceptos penales establecida en el artículo 4.1.º del Código penal de 1995, que dispone que las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas. El tenor literal del apartado a) del artículo 326 exige autorización de las instalaciones, lo que equivale a estar autorizado para la puesta en funcionamiento de la industria o actividad, pero no impone otras licencias adicionales.

Ha de apreciarse que interpretar funcionamiento clandestino en el sentido de falta de licencia de actividad o instalación, ya implica una cierta ampliación del subtipo, pues una interpretación material permitiría estimar que existen industrias o actividades carentes de licencia que no son clandestinas sino sobradamente conocidas por la Administración. Pero, en este supuesto, es el propio legislador el que de modo auténtico, dota de contenido al término, explicando expresamente que se considerará que funciona clandestinamente toda industria o actividad que no haya obtenido la preceptiva autorización o aprobación de sus instalaciones.

Partiendo de esta interpretación auténtica, llevar el subtipo hasta el supuesto de reputar que funciona clandestinamente una industria o actividad que actúa en el tráfico ordinario disponiendo de la pertinente licencia de apertura de sus instalaciones, y que mantiene relaciones fluidas con la Administración, como sucede en el caso actual, por el hecho de carecer de una licencia específica de vertidos, es llevar la interpretación de la expresión «funcionamiento clandestino» más allá del sentido natural de las palabras y más allá del contenido propio del tipo.

Duodécimo.—La doctrina más moderna de esta Sala ha acogido ya un criterio restrictivo del subtipo agravado.

Así, en la STS de 26 de junio de 2002, se interpreta la agravante de clandestinidad de manera formal en el sentido de que la ausencia de licencia administrativa da lugar a la aplicación de la agravante (SSTS de 11 de marzo de 1992, 26 de septiembre de 1994 y 27 de enero de 1999), pero aclarando que únicamente procede la aplicación del subtipo en «los supuestos de falta de licencia para la explotación en sí misma y no de la actividad que constituye el vertido contaminante».

Este criterio restrictivo se justifica especialmente tras la publicación el Código penal de 1995, aplicable en el caso ahora enjuiciado, pues como señala la referida sentencia de 26 de junio de 2002, las previsiones legales del texto punitivo hoy vigente, que exacerban la respuesta penológica en estos casos de subtipo agravado, determinan que «la apreciación de tal agravación ha de realizarse de manera exigente».

En la Sentencia de 29 de septiembre de 2001, se afirma expresamente que «la falta de autorización administrativa en el presente caso, (se refiere a la autorización para vertidos) es precisamente la contravención de la normativa administrativa protectora del medio ambiente que integra, de forma prioritaria, el elemento normativo del tipo básico, por lo que no sería admisible que al mismo tiempo sirviera para la aplicación del tipo agravado».

En la Sentencia de 30 de enero de 2002, se señala que «tampoco concurre el subtipo agravado del artículo 326, apartado a), pues la actividad desarrollada en el taller de donde procedían los bidones no era clandestina. Lo clandestino, con relevancia penal, fue el vertido de los bidones en el lugar en el que lo fue, que es lo que constituye el tipo básico». Se trata de un supuesto en que el vertido realizado en unos bidones procedía inicialmente de un taller mecánico, que obviamente carecía de autorización de vertidos.

En la Sentencia de 19 de enero de 2002, se desestima la pretensión del Ministerio Público que interesaba en el recurso la apreciación de esta agravante, rechazando el criterio de que la ilegalidad de un vertido indebidamente autorizado por la Administración equivalga a la clandestinidad del funcionamiento de la industria, pues ello supondría «aplicar un precepto penal a un caso distinto del expresamente comprendido en él. Si la Administración autorizó temporalmente a la empresa para verter por encima de los niveles máximos de contaminación legalmente permitidos, podrá decirse que los responsables de la empresa continuaron actuando ilegalmente, al solo aparente amparo de una autorización que carecía de respaldo en las leyes y reglamentos protectores del medio ambiente, pero no que actuaron clandestinamente».

Decimotercero.—En la reciente Sentencia de 4 de diciembre de 2002, se analiza un supuesto muy similar al aquí enjuiciado, y también se acuerda mantener la conde-

na por el tipo básico, pero estimar el recurso interpuesto contra la apreciación de la agravante de clandestinidad del artículo 326.a). La razón de la estimación del recurso de casación consiste en que la inexistencia de las licencias de vertido «no permite la agravación, pues documentalmente consta acreditado que la actividad industrial a la que se dedicaba la empresa había presentado un planteamiento de descontaminación gradual y el mismo había sido aprobado por el departamento correspondiente de la Generalidad de Cataluña, lo que supone el conocimiento público de la actividad industrial, e incluso, de la actividad contaminante, extremos no compatibles con la clandestinidad que agrava la conducta».

Decimocuarto.—Es cierto que existen otras resoluciones que mantienen un criterio diferenciado, pero estimamos que debe reafirmarse el expresado en las últimas sentencias que acabamos de referenciar, por las siguientes razones:

1.º Es más respetuoso con el sentido literal del precepto, y en consecuencia con el principio de legalidad.

2.º Es más respetuoso con el principio de proporcionalidad. En efecto el Código penal de 1995 impone una sustancial elevación punitiva para los subtipos agravados del artículo 326, pues la pena mínima de seis meses y un día prevenida en el Código penal anterior para estos casos se ha convertido en un mínimo de cuatro años de prisión, sin posibilidad de suspensión condicional, por lo que la pena legalmente establecida para los supuestos agravados sólo será proporcional si la apreciación de la agravación se realiza de manera estricta y rigurosa.

3.º Impide una excesiva expansión del subtipo agravado en detrimento del básico. Si la licencia exigida para excluir la agravación es la específica de cada modalidad de vertido, puede llegar a identificarse esta carencia de autorización específica con la ilegalidad del vertido, corriéndose el riesgo de vulnerar el principio *non bis in idem* al aplicar el subtipo agravado por la misma infracción administrativa que determina la concurrencia del elemento normativo del tipo básico.

Por todo ello, procede, como ya se ha expresado, la estimación del presente motivo.

(Sentencia de 1 de abril de 2003)

## ARTÍCULO 329

*Comisión omisiva de delito contra el medio ambiente: alcalde y equipos técnicos de Ayuntamiento que presidía que no realizan inspección de las instalaciones de granja que crea residuos contaminantes, teniendo el primero la obligación legal de control e inspección y con su inactividad creó unos resultados dañosos concretos*

Primero.—El Ministerio Fiscal formaliza, un único motivo, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por estimar que se ha omitido la aplicación del artículo 329 del Código penal.

1. Entiende la Fiscalía, que la sentencia incurre en error, al considerar que el delito de prevaricación medioambiental, sólo permite sancionar estrictamente a la autoridad o funcionario público, que realice inspecciones medioambientales y silencie el incumplimiento de la normativa vigente y no, a quienes teniendo conocimiento de ello, incumplen las obligaciones generales de inspección y control de la observancia

de las disposiciones de carácter general, sobre esta materia. Los representantes de las diversas Administraciones, cada una en su respectivo campo de actuación, se erigen en garantes, *ex lege*, de que se efectúe la debida fiscalización del funcionamiento de las instalaciones contaminantes.

El recurso afecta, únicamente, a la persona que ostentaba la condición de ... de la Corporación Municipal, del término municipal en el que se encontraba la granja causante de la contaminación.

2. El Ministerio Fiscal, basa su acusación, en la omisión de las obligaciones que le imponía, el Reglamento de actividades clasificadas de 30 de noviembre de 1961 y sobre todo en que, la licencia concedida por parte del acusado a la granja, con fecha 28 de julio de 1988, se otorgó sin inspeccionarla y sin siquiera visitarla. Como ya se ha señalado, estima que la Sala sentenciadora ha considerado incorrectamente, que dicha conducta o comportamiento, cuya realidad reconoce, es atípica. Sostiene que no se puede establecer una separación entre el comportamiento de los autores materiales de los informes favorables (farmacéutico, ingeniero y arquitectos municipales) y la conducta, ya descrita, mantenida por el..., al que afecta el recurso.

Según el artículo 6 de dicho Reglamento, corresponde a los alcaldes, la concesión de licencia para el ejercicio de las actividades reguladas y la vigilancia para el mejor cumplimiento de los objetivos de dicha disposición, que no son otros, que, controlar todas aquellas instalaciones que alteren las condiciones normales de salubridad e higiene del medio ambiente y ocasionen graves daños o impliquen riesgo grave para las personas o los bienes. La Orden de 15 de marzo de 1963, dictada para la aplicación del Reglamento, antes citado, precisa que, la práctica de inspección, deberá ser acordada por el..., cuando lo estime preciso (art. 12).

3. El legislador de 1995, ha querido incluir como una modalidad específica de prevaricación, la cometida por la autoridad o funcionario que, a sabiendas, hubiere informado favorablemente, la concesión de licencias manifiestamente ilegales, que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes. También incluye otra modalidad alternativa, que sólo pueden cometer, aquellos que, teniendo la misión técnica de verificar las condiciones de la instalación y de realizar periódicas inspecciones, hubieren silenciado la infracción de leyes o disposiciones normativas de carácter general, dictadas para aminorar o eliminar las actividades contaminantes de la industria en cuestión.

También castiga a la autoridad o funcionario que, por sí mismo o formando parte de un órgano colegiado, hubiese votado o resuelto a favor de su concesión, a sabiendas de su injusticia. A pesar de la referencia genérica de nuestro Código penal, a la posible comisión de los delitos medioambientales, por imprudencia grave, la específica figura de la prevaricación, sólo admite su comisión dolosa al exigirse una intencionalidad específica, reforzada por la expresión «a sabiendas».

4. La sentencia, después de relatar las actividades y calificarlas como muy tóxicas, afirma que la granja de donde procedían los residuos contaminantes, no disponía de la preceptiva licencia municipal de actividades clasificadas cuya concesión correspondía al Ayuntamiento, del que era ... el acusado al que afecta este recurso, el cual, ni él personalmente ni ninguno de los equipos técnicos del Ayuntamiento que presidió, había inspeccionado las instalaciones de la granja.

Añade que la Policía Judicial, comprobó que, con posterioridad a iniciarse las diligencias judiciales de investigación, se han realizado modificaciones, que parecen encaminadas a remediar las deficiencias observadas.

5. Los elementos básicos, que nos sirven de apoyo para analizar si concurren los requisitos necesarios para la integración de la figura de la prevaricación medioambiental, son los anteriormente transcritos, si bien es necesario interpretarlos, a la luz de los datos que figuran en el apartado relativo a la valoración de la prueba. Se decla-

ra, como ya se ha dicho, que, los hechos declarados probados, acreditan que ni el acusado ni ninguno de los equipos técnicos del Ayuntamiento que presidía, inspeccionó las instalaciones de la granja, lo que implica la imputación de una conducta omisiva, que acarree graves repercusiones para el medio ambiente.

6. Cualquiera que sea el criterio y la técnica de tutela penal elegida en materia medioambiental (delitos de riesgo o peligro abstracto o concreto), la responsabilidad cabe extenderla, no sólo a los causantes o titulares de la fuente de contaminación, sino a los administradores públicos, a los que se debe exigir un escrupuloso cumplimiento de sus responsabilidades, aun reconociendo, que es necesario dejar en sus manos, una cierta discrecionalidad técnica, para conjugar las políticas de desarrollo sostenible, con la promoción de fuentes de creación de riqueza y desarrollo. Como se ha dicho por la doctrina, debemos resignarnos a un Derecho penal intervencionista y preventivo, impuesto por las modernas sociedades de riesgo, que encuentra, en la materia ambiental, un campo que debe ser tutelado no sólo en función de los intereses nacionales, sino también supranacionales.

Por ello, no sólo deben jugar las disposiciones de rango general interno, sino también aquellas que, derivadas de los sistemas supranacionales en que estamos integrados, o de los tratados internacionales, pretenden regular e imponer compromisos con la conservación del medio ambiente. En nuestro ámbito, disponemos de una numerosa jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de Luxemburgo, encargado de velar por el cumplimiento de las Directivas y el resto de la legislación de la Unión Europea.

7. La acción típica, viene integrada, no sólo por conductas activas (informar favorablemente), sino también omisivas (silenciar infracciones normativas de carácter general con ocasión de sus inspecciones). Nadie discute que, a pesar de la descripción utilizada, el tipo específico encierra en sí el contenido de la prevaricación genérica, lo que nos lleva a la posibilidad de admitir la comisión por omisión. Es cierto que las otras dos modalidades concretas de prevaricación funcional, en materia de ordenación del territorio y patrimonio histórico, no contemplan, de manera expresa, la comisión omisiva, pero no se puede olvidar que, la prevaricación omisiva, ha sido admitida por esta Sala en Acuerdo General de 30 de junio de 1997, por lo que no existe obstáculo alguno para acudir a la cláusula general del artículo 11 del Código penal.

Como señala dicho precepto, en los delitos de resultado, cabe la comisión por omisión cuando el autor, al infringir un deber jurídico, es la causa de la lesión del bien jurídico afectado. En este caso no puede discutirse, por lo ya expuesto sobre la regulación de las actividades molestas, insalvables y peligrosas, que el... tenía la obligación legal de inspeccionar y con su inactividad creó una ocasión de riesgo, que se ha materializado en resultados dañosos de carácter concreto. En este caso no se puede argumentar que Jaime desconocía la instalación de la granja, ya que el hecho probado descarta esta posibilidad. Se trata de un municipio de poco más de mil habitantes y la extensión de la granja la hacía fácilmente detectable, sin necesidad de desplegar una intensa y minuciosa inspección. Era un hecho notorio y perfectamente visible.

8. La modalidad de prevaricación omisiva ha sido aceptada por la jurisprudencia de esta Sala y adquiere todavía una mayor justificación y razonabilidad en los casos de actuaciones de los funcionarios responsables en actuaciones medioambientales. Así, la omisión del preceptivo informe de impacto ambiental, de cualquier industria que se instale en el territorio sobre el que tiene competencia en esta materia constituye, por inactividad dolosa, una decisión o actitud que equivale a la concesión de autorización o licencia, por vía de la tolerancia y permisividad y con manifiesta infracción de la normativa medioambiental.

La doctrina había criticado que, en los proyectos precedentes y en el actual Código penal, no se hubiere contemplado una modalidad prevaricadora por negligencia. El hecho probado se nos dice que, en la fecha en que ocurrieron los hechos, la granja porcina no disponía de la preceptiva licencia municipal de actividades clasificadas y se imputa y critica al acusado porque ni él personalmente, ni ninguno de los equipos técnicos del Ayuntamiento que presidía inspeccionara las instalaciones de la granja. Esta forma de comportarse lleva implícita la afirmación de que la instalación era conocida por el Ayuntamiento y que nadie actuó con arreglo a las exigencias legales, ocasionando con esta conducta omisiva, un daño al medio ambiente tal como ha sido descrito por la sentencia recurrida. La solicitud, *a posteriori*, de la licencia no excluye la tipicidad de los actos previos, que son los que efectivamente se imputan al acusado.

9. Partiendo del hecho de que, en ningún momento, se realizó la inspección como señala la sentencia recurrida, lo cierto es que después del reproche a esta inactividad, llega a la consideración de que, esta conducta omisiva, no encaja en el tipo del artículo 329 del Código penal. Con ello entra en la paradoja, señalada acertadamente por el Ministerio Fiscal, de penalizar conductas activas, como es llevar a cabo la inspección, cuando el funcionario que la realiza se supone que por motivos ilícitos, silencia la infracción de normas reguladoras del medioambiente y sin embargo la tolerancia, consentimiento e inactividad ante una industria contaminante resultaría impune. La función fiscalizadora y garante del ... se declara en la Sentencia de 29 de septiembre de 2001.

Como tal delito de infracción de un deber, éste queda consumado en la doble modalidad de acción o comisión por omisión, cuando ignora y desatiende la aplicación de la legalidad, convirtiendo su actuación en expresión de su libre voluntad, y, por tanto, arbitraria, no siempre exige un efectivo daño a la cosa pública o servicio de que se trate en clave de alteración de la realidad, pero siempre existirá un daño no por inmaterial menos efectivo. Dicho daño está constituido por la quiebra que en los ciudadanos va a tener la credibilidad de las instituciones y la confianza que ellas debe merecerle, porque, como custodios de la legalidad, son los primeros obligados, y esta quiebra puede producir efectos devastadores en la ciudadanía, pues nada consolida más el Estado de Derecho que la confianza de los ciudadanos en que sus instituciones actúan de acuerdo con la Ley y que por tanto, el que se aparta de la norma recibe la adecuada sanción que restablece aquella confianza rota, en tal sentido STS 22 de mayo de 2001.

Por lo expuesto el motivo debe ser estimado.

(Sentencia de 24 de mayo de 2003)

### *Prevaricación medioambiental en concurso ideal con delito contra el medio ambiente*

Primero.—El Ministerio Fiscal recurre contra la sentencia absolutoria de la Audiencia Provincial y formaliza un único motivo, sistematizado en dos apartados, relativos a la absolución del delito de prevaricación medio ambiental y del delito contra el medio ambiente. La acusación particular mantiene la misma tesis, por lo que, trataremos ambos motivos conjuntamente.

1. En lo que se denomina apartado primero, se acude al artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para denunciar la inaplicación 329.2.º o alternatively del artículo 404, ambos del Código penal.

En su opinión se han dictado una serie de resoluciones injustas, (autorizaciones), que reúnen los requisitos jurisprudenciales exigidos para estimar la existencia de un delito de prevaricación.

Considera que la resolución es injusta, por haber adoptado acuerdos y que no se encontraban amparadas por disposición legal alguna y que afectaban al «suelo no urbanizable protegido marjalería B». Estima que se han vulnerado una serie de disposiciones de carácter general y de ámbito autonómico que examina con profusión de detalles y alegaciones técnicas. Destaca que esta situación de injusticia sobresale más, si se tiene en cuenta que, la zona afectada gozaba de protección. Pone especial énfasis en combatir los argumentos de la sentencia absolutoria, que se basa en que el terreno no había sido declarado previamente zona húmeda. Sostiene que esta naturaleza se adquiere por su propia condición y configuración y no por declaración administrativa. En su opinión esto se demuestra con la lectura del artículo 103.1 de la Ley de Aguas, que cita a continuación, así como con una serie de disposiciones, que avalan la tesis de la vulneración de las normas administrativas, que constituyen la base de la injusticia y la arbitrariedad.

Mantiene, en contra de lo afirmado por la sentencia, que el Alcalde actuó a sabiendas y que se ha producido una conculcación flagrante, clamorosa y evidente de la normativa que se debió aplicar. Por último considera evidente que, la decisión de aterrizar un humedal produjo, como pusieron de relieve los medios de comunicación, un perjuicio a terceros y a la causa pública en general.

2. Para llegar a una conclusión sobre la cuestión planteada, es necesario analizar de los argumentos y razonamientos utilizados por la Sala sentenciadora para llegar a una conclusión absolutoria, si bien ciñéndonos, exclusivamente, al contenido del hecho probado.

Como es lógico, no se discute la condición de funcionario del Alcalde, por lo que este tema no es objeto de debate.

La sentencia da por sentado, que el acusado tuvo conocimiento de los vertidos de escombros y otros productos que se venían realizando en una serie de parcelas ubicadas en los polígonos 3 y 7 comprendidos en «el marjal de La Safor» cuyo suelo estaba clasificado «como no urbanizable protegido marjalería B».

Sostiene que, el Alcalde actuó con el fin de poder controlar tales vertidos y concedió autorizaciones a propietarios o cultivadores para el almacenamiento de escombros procedentes de obras, excluyendo determinados residuos que se enumeran en la citada autorización. Estas autorizaciones se extendieron a lo largo de un tiempo que va, desde el año 1995 hasta el 13 de mayo de 1998.

El hecho probado admite que se fueron vertiendo escombros, no sólo sobre la superficie firme de las parcelas, sino también sobre una serie de balsas anejas a algunas parcelas, la mayoría con cultivos de naranjos en producción, formados por la extracción de tierras, que se aprovechaban para elevar el terreno y también, de forma natural, por el agua que manaba de los acuíferos.

Como resumen valorativo de todo lo que ha descrito, la sentencia afirma y reconoce que: «tales vertidos sobre las parcelas autorizadas y el aterramiento producido sobre parte de las balsas, produjo una incidencia medio ambiental de un valor 2-incidencia baja».

3. Las consideraciones previas que se hacen en los fundamentos de derecho son muy interesantes para perfilar la cuestión que se somete a nuestro examen. La descripción del entorno en que se sitúan los terrenos afectados y sus sucesivos usos a lo largo de los años aparecen perfectamente descritos. Los Marjales de La Safor, constituyen, «una superficie de tipo palustre y de carácter pantanoso, formada tanto por aguas de lluvia, como arrastre de la caída de las montañas, así como la emanada de los acuíferos o hullas». Los sucesivos cultivos de diferentes especies han producido una modificación de la geomorfología y del paisaje de las zonas afectadas. Se concluye este prólogo afirmando que la «degradación del Marjal B, de menor valor ecológico que los terrenos ubicados en la zona A, se han producido mayoritariamente»

por las actuaciones efectuadas con anterioridad al año 1990. Reproduce con ello el informe sobre la incidencia medioambiental de los vertidos, de 21 de febrero de 2000, elaborado por la Unidad de Inspección Medio Ambiental de la Consellería de Medio Ambiente, resaltando que todo ello es anterior al año 1995, que es cuando el acusado dio las autorizaciones. Con ello delimita el enjuiciamiento, a lo sucedido, entre la primera autorización de 20 de abril de 1995 y el acuerdo municipal, de 4 de agosto de 1998, por el que se suspendía las autorizaciones concedidas hasta la fecha.

4. La sentencia realiza un minucioso y ordenado examen de la legislación que estima aplicable, ya que el delito de prevaricación exige, como elemento subjetivo, ligado indisolublemente al principio de culpabilidad, la conciencia de la arbitrariedad o injusticia de la resolución que no es otra cosa, que el apartamiento, consciente y deliberado de las ordenaciones legales y normativas que rigen las decisiones o actividades administrativas. Precisamente, tanto la acusación pública como la ejercida por la acusación popular, representada por una Asociación ecologista, censuran e impugnan la existencia de una cobertura legal que ampare las decisiones tomadas.

La sentencia, invoca las Normas Subsidiarias de Planeamiento Municipal, aprobadas por la Comisión Territorial de Urbanismo de la Generalidad Valencia de 31 de octubre de 1989, que enumera las actuaciones prohibidas. El artículo 16, admite indistintamente que se trataba de un terreno especialmente protegido ya que, no sólo prohibía la edificación de tipo residencial, sino también el vertido de pesticidas y plaguicidas en las «acequias» si bien no se hace mención expresa a los escombros. Estimamos que, sin distorsionar el texto, con mucha más razón estarían contraindicados los vertidos o de residuos sólidos que autorizó el acusado.

5. Entrando en el análisis de los elementos subjetivos del tipo de la prevaricación y proyectándolos sobre la modalidad específica de carácter medio ambiental, la resolución recurrida se apunta a un criterio meramente formalista. Sienta como tesis, que no se está obligado a proteger nada de lo que no haya sido especial y anteriormente declarado o catalogado como paraje protegido. Destaca que la propia acusación popular, reconoce que el Catálogo de Zonas Húmedas, fue publicado el 2 de febrero de 1998, si bien admite que las últimas autorizaciones eran posteriores a dicha fecha. Acogiéndose a la Ley de Aguas y al reparto de competencias entre la Administración Central y las Comunidades Autónomas, llega a la conclusión de que el acusado no tenía ninguna facultad sobre la zona húmeda. Refuerza esta conclusión haciendo notar que, la Consellería de Medio Ambiente informó, con fecha 20 de agosto de 1998, que no tiene declarada ninguna zona dentro del término municipal como «espacio natural protegido».

Para reforzar su convicción sobre la ausencia del elemento culpabilístico, añade que la concesión de las autorizaciones se hizo con el asesoramiento del Secretario del Ayuntamiento y del Técnico Agrícola. Descarta el dolo directo afirmando que una vez que se iniciaron las actuaciones judiciales (27 de julio de 1998), la Corporación Municipal tomó dos importantes acuerdos, suspendiendo las autorizaciones para vertidos y solicitando del Juzgado la delimitación y consideración, «como zona húmeda», del término afectado.

6. Como ya se ha venido exponiendo, alguna de las afirmaciones de la sentencia recurrida para justificar que no ha existido vulneración de la normativa medio ambiental deben ser matizadas. En primer lugar, como hemos dicho, el artículo 16 de las Normas Subsidiarias de Planeamiento, establece unas pautas que cualquier lector, sea cual sea su condición profesional o su formación cultural, puede comprender. La exclusión de edificaciones y vertidos químicos en las acequias, supone, con abrumadora lógica, la prohibición añadida de autorizar actuaciones muchísimo más graves y destructivas, como los vertidos de escombros, que no sólo afectan a los cauces sino que eliminan los humedales en la zona en la que se producen. Como señala el Minis-

terio Fiscal, la Ley de la Generalitat Valenciana del Suelo no Urbanizable 4/1992 establece, con carácter general, el deber de «abstenerse de realizar cualesquiera actividades o actos que puedan tener como consecuencia o efectos la contaminación de la tierra, el agua o el aire».

Creemos que es posible enlazar esta disposición de carácter general, con la específica configuración orográfica de ciertas comarcas de la Comunidad Valenciana. La cultura del agua y de los humedales está profundamente arraigada en los habitantes de los terrenos próximos o cercanos a estas masas de agua, cuya reserva principal, mundialmente conocida, es la Albufera. Estos humedales, asociados a la pesca y al cultivo del arroz, son una señal de identidad de la región, especialmente valorada en dicha comunidad y que, de manera especial, debe ser apreciada por una persona que ostenta responsabilidades públicas. El Alcalde de una localidad en la que existen, desde tiempo inmemorial, unas zonas húmedas, no puede alegar, en ese contexto social, que la inexistencia de una norma específica de carácter prohibitivo autoriza, sin límites ni condicionamientos, una actuación tan agresiva como el vertido de residuos sólidos, hasta conseguir un aterramiento, que no sólo destruye el espacio, sino que elimina de raíz sus condiciones medio ambientales, incidiendo sobre el equilibrio de la naturaleza.

7. Relacionando estas consideraciones con la interpretación que se debe dar a la legislación protectora del medio ambiente conviene citar, tal como hace el Ministerio Fiscal, que la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo, en materia administrativa, ha declarado que las zonas húmedas deben ser protegidas, sin necesidad de una declaración específica que las convierta, en virtud de una especie de acto taumáturgico, obrado por el simple impulso del «Boletín Oficial», en zonas protegidas. Cualquier persona que esté simplemente inmersa en su medio, sabe de antemano y con independencia de cualquier declaración formal, que las zonas húmedas constituyen un espacio singular en nuestra geografía y que, sólo por ello, cualquier actuación sobre las mismas, debe preservarlas de cualquier peligro concreto de desaparición, como ha sucedido en el caso presente con una superficie considerable del Marjal de La Safor.

La lenta maquinaria burocrática ha confirmado la condición de Espacio Natural Protegido y ha incluido el paraje que es objeto de este enjuiciamiento en el catálogo correspondiente. Ahora bien, mucho antes, Ley de Aguas en su artículo 103.1, establecía que: «Las zonas pantanosas o encharcadas, incluso las creadas artificialmente, tendrán la consideración de zonas húmedas» sin perjuicio de que su delimitación se realice de «acuerdo con la correspondiente legislación específica».

La misma Ley de Aguas contempla como dominio público los lechos de los lagos y lagunas (art. 2.e). Otras disposiciones de este mismo texto evidenciaban, desde su entrada en vigor la especial protección de estas zonas. Al regular la planificación hidrológica, hace una referencia específica al uso del agua en armonía con el medio ambiente y los demás recursos naturales y considera de protección especial, determinados acuíferos o masas de aguas que, por sus características naturales o intereses ecológicos, lo justificase (arts. 38 y 41).

En relación con el hecho que estamos examinando ya la Ley de Aguas prohibía, con carácter general, la acumulación de residuos sólidos o escombros que constituyan un peligro para la degradación del entorno (art. 89).

Se encomienda a los organismos públicos próximos a las zonas húmedas y a la Administración ambiental, la coordinación de acciones para una eficaz protección de su interés natural o paisajístico.

El Reglamento, que desarrolla aspectos parciales de la Ley de Aguas, impone el informe preceptivo del Consejo Nacional del Agua para cualquier actuación sobre el dominio público hidráulico (RD 29 de julio de 1988, arts. 11 y 20).

Asimismo la Normativa Comunitaria desde los años setenta, al regular los vertidos, advierte de la necesidad de proteger el medio acuático frente a toda clase de actuaciones de esta naturaleza que lo pongan en peligro.

8. Otras disposiciones de carácter general, dictadas por la Generalitat Valenciana, como la Ley 11/1994 de la Generalitat Valenciana de Espacios Naturales Protegidos nos dice claramente en sus artículos 15.1 y 2 que «se entenderán por zonas húmedas, a efectos de la presente Ley, las marismas, marjales, turberas y aguas rasas, ya sean permanentes o temporales, de aguas estancadas o corrientes, dulces, salobres o salinas, naturales o artificiales». Volvemos a insistir, añadiendo argumentos de carácter cultural y científico, que la valoración de la necesidad de mantener el medio ambiente como patrimonio y garantía de las generaciones futuras, se ha integrado en el acervo cultural de la humanidad e incluso, las legislaciones más modernas, como la española, han llegado a incluir la protección al medio ambiente en el texto constitucional. Cualquier actuación, en un medio de tan especiales características como un marjal en tierras valencianas, obliga a desechar, impedir y desterrar cualquier actuación que, como los vertidos autorizados, puedan deteriorarlo incluso de forma irreversible. Estas advertencias y consideraciones no sólo se realizan en las Leyes que desarrollan la Constitución, sino también, como ya se ha dicho, las normas ambientales de carácter supranacional, como las de la Unión Europea, que son obligatorias en nuestro país. En este caso concreto existía, además, para reforzar la exigencia de adoptar posturas conservacionistas, el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales (art. 7 de la Ley 4/1989), que advierte sobre la prohibición de cualquier acto que suponga una transformación sensible de la realidad física o biológica, que pueda llegar a hacer imposible o dificultar, de forma importante, la consecución de los objetivos de la planificación.

9. La actuación es contraria a las previsiones legales, que de forma inequívoca advertían a cualquiera y mucho más a un Alcalde, gestor de los intereses sociales, que no se podía actuar con autorizaciones agresivas como las que se describen en el hecho probado, sobre un medio específico y de singulares características que debía ser especialmente protegido. La conciencia y voluntad de actuar de forma consciente para modificar y recalificar, en un futuro, los terrenos que surgen del aterramiento provocado por los vertidos (a sabiendas de la ilegalidad de su decisión) se pone de manifiesto por la actuación sobre una norma urbanística de gran trascendencia como es en cualquier municipio, el Plan General de Ordenación Urbana. El Alcalde acusado, por Decreto de 12 de mayo de 1997, pone en marcha una maniobra atentatoria al medio ambiente, como es la de cambiar la calificación del marjal a suelo urbanizable común, lo que suponía un grave peligro para la estabilidad ecológica del sistema. Como destaca el Ministerio Fiscal, la Dirección General de Desarrollo Sostenible, no lo consintió y rechazó la propuesta del cambio de calificación.

Este dato nos sitúa ante un conflicto permanente en todos nuestros municipios. La colisión entre los intereses de un desarrollo urbanístico y la protección medioambiental, tiene un cauce de debate en los organismos especializados, que son los que se deben pronunciar sobre la viabilidad o no de los proyectos desarrollistas y urbanísticos y atemperar o eliminar, si es posible, el impacto medio ambiental, que no es, en absoluto, obstáculo para que el ensanche de los centros urbanos, pueda perfectamente encontrar otros cauces sin necesidad de agredir y destruir parcialmente un terreno, tan intrínsecamente protegible, como es un humedal de las características de la que estamos contemplando en este caso.

10. Se termina alegando por la sentencia absolutoria, como dato que evidencia la ausencia de dolo del Alcalde, el hecho de que al conocer la iniciación de las actuaciones judiciales suspendió las autorizaciones que había venido dando. Esta argumentación no podemos compartirla, en cuanto que no elimina, por sí sola, la convic-

ción, por las razones ya expuestas, de que el acusado conocía perfectamente la trascendencia ecológica de la zona que estaba bajo su jurisdicción y no obstante, pasando por encima de las exigencias de la Constitución, de las Leyes y del deber de preservar el medio ambiente, autorizó actuaciones que dañaron y destruyeron un amplio espacio que va a ser costoso recuperar. Es evidente que actuó a sabiendas, es decir, con dolo y a conciencia de la injusticia y la ilegalidad de su decisión. Todos los factores que hemos consignado lo acreditan. Como se ha señalado por la doctrina el conocimiento de la antijuridicidad del acto se mide en función de la especial naturaleza de la realidad sobre la que se actúa. En este caso, era perfectamente factible que el autor conociese la realidad externa sobre la que, deliberadamente estaba actuando. El objeto sobre el que recae la acción formaba parte de un mundo, perfectamente accesible a la observación de sus circunstancias específicas. Con sus autorizaciones, contrarias a la legalidad y a la más elemental racionalidad, que proporciona del conocimiento del valor ecológico del humedal, produjo un daño de incuestionable impacto ecológico como reconoce la propia sentencia recurrida.

La actuación *a posteriori*, cuando ya existía un requerimiento judicial para que suspendiese las autorizaciones, sólo es la expresión de una decisión obligada que, en caso contrario, habría dado lugar a un delito de desobediencia. En todo caso podríamos considerarlo, como un elemento o dato a tomar en consideración, a la hora de individualizar la pena, aunque hay que hacer constar que la reparación o disminución de los daños va a resultar muy costosa.

11. Como consecuencia de lo anteriormente expuesto entramos en el tema de la responsabilidad civil contraída por el acusado a consecuencia del delito medioambiental cometido. Nuestro sistema penal contempla, como aspectos sustanciales de la misma la restitución, reparación o indemnización.

Las acusaciones solicitaron, como responsabilidad civil, el pago del importe, fijado pericialmente, de las tareas de recuperación, en lo posible, del Marjal de Xeresa, para restituirlo o restablecerlo en la situación anterior a los hechos que han sido objeto de enjuiciamiento.

Nos encontramos ante un supuesto en el que la actuación reparadora de los efectos y consecuencias del delito se mueven en las dos opciones posibles, la reparación y la indemnización.

Tratándose de un delito cometido contra un paraje de valor ecológico incuestionable, como reconoce la propia sentencia, el efecto reparador de la actuación del Derecho penal, debe poner especial énfasis en la recuperación, a ser posible total, de la configuración del Marjal antes de que se empezase a actuar por parte del acusado, ya que no es posible establecer responsabilidad civil subsidiaria en este trámite, porque la Corporación Local no ha sido parte en el recurso de casación, ni ha sido oída.

El efecto más adecuado de la actuación del Derecho penal, sería el de conseguir, en primer lugar, la restitución íntegra e indemne del objeto del delito o la reparación del daño o, en último caso, obtener una satisfacción indemnizatoria que no siempre colma las exigencias de las partes. En este caso la solución ajustada es la de realizar, a costa del causante, las actuaciones necesarias para retirar los escombros vertidos, levantando el aterramiento y restituyendo al Marjal de La Safor su estado anterior a los vertidos derivados de las autorizaciones ilícitas concedidas o actuaciones concertadas por el acusado.

En el ámbito del medio ambiente la búsqueda de la regeneración de los espacios afectados, es una aspiración del legislador que impone, según los casos, la reforestación o reposición de los elementos dañados. La reversibilidad del espacio a su situación anterior, la tiene en cuenta el propio Código penal, al considerar como una agravante específica, el mero riesgo de que el daño sea catastrófico o irreversible.

Por lo expuesto esta parte del motivo debe ser estimada.

Segundo.—La segunda parte del recurso de las acusaciones versa sobre la existencia añadida, de un delito contra el medio ambiente al margen del delito de prevaricación que ya ha sido examinado.

1. Los delitos contra el medio ambiente contemplan la posibilidad ilimitada de que cualquier persona pueda ser autora de los mismos, en función de la realización material de las conductas que se describen en el tipo básico del artículo 325 del Código penal. No se trata, por tanto, de un delito especial propio, que exige una determinada cualidad o condición en el autor del hecho punible, por lo que, cualquiera que actúe en el marco punitivo previsto puede ser considerado autor del mismo. Ello no evita que, en algunos casos, que nada tienen que ver con el presente, como cuando se actúa en el seno de las personas jurídicas tengamos que indagar a quiénes se puede y se debe imputar la actividad delictiva.

En el caso presente, el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento, desarrolla una doble actividad; concede autorizaciones de vertidos, que suponen un aterramiento, actuando al margen y con vulneración de las obligaciones específicas de vigilancia y protección del medio ambiente y como consecuencia directa de este comportamiento ilícito, ocasiona un daño medio ambiental específico, del que es responsable directo ya que, sin su autorización, no se habría llevado a cabo. El daño ambiental al margen de la actuación prevaricadora, tenía además, como desvalor añadido, el hecho de querer transformar un paraje de protección natural, por sus especiales características en suelo urbanizable, lo que demuestra que, además de su actuación administrativa irregular, estaba cometiendo, de forma directa y material, una de las conductas típicas previstas en el artículo 325 del Código penal. Las personas que solicitaron la autorización para hacer los vertidos y que la obtuvieron, no aparecen implicados en unos actos, cuya materialización dependía directamente del acusado.

2. La cuestión que debemos solventar es la relativa a punición de ambas conductas, en función de la posible conexión concursal, abriéndonos a todas las variantes posibles, según el texto punitivo, desde la concurrencia de normas, hasta las modalidades concursales de carácter real, ideal o medial. Esta cuestión tiene diversos precedentes en nuestra literatura jurisprudencial, lo que nos obliga a ponderar todas las tesis manejables, desde el punto de vista doctrinal y legal para buscar las que mejor solucionen el conflicto, que se nos presenta.

Para enfrentarnos a este dilema debemos partir, por razones lógicas y sistemáticas, del tipo penal que constituye el inicio de la vulneración de los derechos y bienes jurídicos tutelados. No cabe duda que la agresión al medio ambiente tiene su origen en una conducta, que hemos estimado prevaricadora y que tiene entidad propia e independiente, sin perjuicio de su conexión con la prevaricación genérica del funcionario, que se contempla en el actual artículo 404 del Código penal. A consecuencia de esta decisión prevaricadora, se da vía libre para la realización de las conductas típicas que inciden de manera directa y con carácter autónomo, sobre otro bien jurídico protegido como es el medio ambiente, que tiene, a su vez, un rango constitucional. Desde este punto de vista, podemos aislar dos modalidades delictivas distintas, lo que descartaría los problemas y cuestiones derivadas de los conflictos de normas que confluyen sobre una determinada conducta. En términos más sencillos, podemos afirmar que, se ha prevaricado y además se ha ocasionado un daño al medio ambiente que, de otra manera, no se hubiera producido. Es precisamente la conducta prevaricadora del funcionario, garante de la protección de ambos bienes jurídicos, la que, que con su actuación dolosa, da vía libre a la producción del riesgo o daño.

4. El concurso entre la prevaricación y las consecuencias derivadas o anudadas a la ejecución de la decisión prevaricadora, ha dado lugar a un debate doctrinal que se ha tenido en cuenta en algunas resoluciones jurisprudenciales. En las sentencias

de 7 de noviembre de 1986 y 10 de abril de 1992, se contemplan supuestos en los que la decisión prevaricadora ha ido seguida de un desalojo o demolición de una vivienda. En estos casos, se ha considerado que existía un concurso de normas, que producía la absorción de todo el desvalor del ordenamiento jurídico en el delito de prevaricación, llegando a considerar que, la demolición del edificio, no eran daños adicionales, sino secuelas civiles de la prevaricación.

Sin embargo, en otra Sentencia de 22 de abril de 1996, que aborda una doble condena por cohecho y prevaricación, considera que no ha existido vulneración del *ne bis in idem*. Establece como doctrina que la recepción de dinero por abstenerse de vigilar, es antecedente de la efectiva dejación de funciones que permitió que se llevaran el tabaco almacenado. Considera que ambas conductas son perfectamente separables y cada una de ellas merece su propia sanción.

5. El punto sobre el que gira la construcción de las alternativas concursales, se centra en torno a la naturaleza y conformación del acto delictivo. Es decir, debemos dilucidar si nos encontramos ante un solo hecho, en su sentido natural y jurídico, o ante varias acciones que pueden ser descompuestas, desde la perspectiva de lo que, en la doctrina se conoce como acción natural.

Desde el punto de vista del concurso de acciones, se puede admitir, a efectos puramente doctrinales y jurisprudenciales, que el delito de prevaricación es compatible con el delito contra el medio ambiente, si se cumplen las reglas generales de la autoría y participación. Se puede producir una connivencia entre el funcionario y el particular que lleve a aquel a la comisión de un delito de prevaricación, del que se puede considerar inductor al extraño, y por supuesto una cooperación necesaria en el delito medioambiental.

Ahora bien, para ello es necesario contemplar las vicisitudes reales de cada caso y, en concreto, lo que ha sucedido, en el supuesto que ha sido objeto de recurso. El autor de la autorizaciones de vertidos ilegales fue el propio Alcalde, por lo que se considera autor de un delito de prevaricación específica contra el medio ambiente. No consta que ninguna otra persona haya participado, por inducción o compra de voluntades, en la expedición de las autorizaciones, lo que impide que busquemos responsabilidades más allá de la actuación del funcionario público. Los terrenos sobre los que se producían los vertidos autorizados, eran de dominio público y lo que pretendía el recurrente es que, por este medio se ganase ilícitamente una superficie, que después pretendía reconvertir en suelo urbanizable, lo que le transforma también, en autor del delito contra el medio ambiente.

6. Si tenemos en cuenta que toda la lesión a los bienes jurídicos protegidos tiene su origen y causa directa en las autorizaciones ilegales, estimamos que nos encontramos ante un supuesto de concurso ideal heterogéneo, ya que la acción delictiva se proyecta sobre dos bienes jurídicos protegidos. Serían de aplicación, por tanto, las reglas previstas en el artículo 77 del Código penal, que nos lleva a considerar, *a priori*, la imposición, en la mitad superior, la pena correspondiente al delito que tenga fijada una sanción más elevada. Todo ello, sin perjuicio de buscar la fórmula más adecuada y proporcionada, cuando sea posible llegar a una solución más favorable para el reo, si se procede a penar por separado cada una de las infracciones constatadas.

7. La pena correspondiente al delito de prevaricación del artículo 329 del Código penal es la genérica de la prevaricación (art. 404): inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años, complementada por la pena específica del delito especial, que es la de seis meses a tres años de prisión o alternativamente, la multa de ocho a veinticuatro meses. Por su lado, la pena correspondiente al tipo básico del delito contra el medio ambiente del artículo 325 del Código penal, es la de seis meses a cuatro años de prisión, con multa conjunta de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de

uno a tres años. Como puede verse la combinación de opciones condenatorias, de muy diversa naturaleza e índole, y la necesaria búsqueda de la proporcionalidad e individualización de la pena, plantea problemas a la hora de escoger la pena imponible, según el artículo 77 del Código penal.

En principio parece que la existencia de un delito cometido por un servidor público, que ostenta además la confianza de sus votantes, por ser un cargo electivo, aconsejaría decantarse como pena más grave por la de prevaricación, que permitiría una inhabilitación específica para cargo o empleo público por un tiempo mínimo de siete años y máximo de diez. A ello se acompañaría una pena privativa de libertad, que, situada en la mitad superior, nos llevaría a una duración de un año y nueve meses *mínimo* a tres años *máximo*. Como hemos señalado, cabe la alternativa por una pena de multa que afectase de forma importante al patrimonio del autor. Esta opción, en principio, podría satisfacer la adecuación de la pena a las circunstancias personales del autor y al contexto en el que se produce.

8. Ahora bien el delito contra el medio ambiente, supone una infracción grave, que perjudica no sólo el buen funcionamiento de la Administración Pública, sino que supone un riesgo potencial o en todo caso una agresión, prácticamente irreversible, a un paraje medio ambientalmente protegido a través de una conducta típica, como es el aterramiento. La pena prevista en orden a privación de libertad es más extensa, seis meses a cuatro años lo que nos sitúa en una pena mínima de dos años y un mes a cuatro años de prisión, debiendo acumularse la pena de multa y manteniendo una inhabilitación que no afecta al cargo público y sí solamente a la profesión u oficio. Como diremos más adelante, al motivar la individualización de la pena, los titulares de los poderes públicos y especialmente los alcaldes, tienen un especial deber de cumplir con el mandato constitucional y legal que impone conservar y proteger el hábitat natural, no sólo en función del respeto por la calidad de vida, sino asumiendo que nos encontramos ante un bien permanente, que no es patrimonio de los actuales habitantes, sino que debe transmitirse a las generaciones futuras como muestra de una insoslayable solidaridad colectiva.

9. No obstante, el artículo 77 del Código penal, impone la punición por separado de ambas conductas delictivas cuando la pena que resulte de la aplicación de las reglas anteriores (delito más grave en su mitad superior) es superior a la que resultaría de penar los delitos separadamente.

En el caso presente la prevaricación permite una pena de multa, alternativa a la prisión, que va desde los ocho a los veinticuatro meses. Aplicando las previsiones del Código penal sobre la forma de cuantificar la pena de multa, la cuota diaria, cuando todavía no se había adoptado el euro era de un mínimo de doscientas y un máximo de cincuenta mil pesetas. Teniendo en cuenta la gravedad del hecho, el impacto medioambiental producido y la desatención de los intereses generales, por parte de un servidor público elegido por voluntad ciudadana, estimamos que la cuantía ajustada y proporcionada del día-multa debe ser la de cincuenta mil pesetas. A su vez, por las mismas razones y por haberse sustituido la pena privativa de la libertad por una sanción pecuniaria, la cantidad debe calcularse sobre su duración máxima, es decir, veinticuatro meses. En relación con la pena de inhabilitación especial, su duración se debe fijar en ocho años, que equivalen a dos períodos electorales.

Por su parte el delito contra el medio ambiente nos permite imponer una pena de un año de prisión, una multa de veinticuatro meses en la cuantía de día-multa de cincuenta mil pesetas y una pena de inhabilitación especial para profesión u oficio de dos años.

Por lo expuesto el motivo debe ser estimado.

(Sentencia de 30 de septiembre de 2003)

## ARTÍCULO 368

*Tenencia para el propio consumo: existencia: 50 pastillas de MDMA al 26 por 100 de pureza, equivalentes a 2,39 g de anfetamina pura: supera los 0,48 g de dosis diaria por tres días. Cantidad excesiva, pero que no supera la destinada a cinco días de consumo ordinario. Tenencia preordenada al tráfico: no puede deducirse automáticamente de la cantidad aprehendida. El destino de la droga al consumo propio no es una excepción que sea necesario probar, sino que debe ser acreditado el destino al tráfico*

Cuarto.—El recurso del Ministerio Fiscal otorga un valor casi absoluto a un dato único, que aun cuando es relevante no puede ser decisivo, como es la cantidad de droga ocupada, que en este caso no resulta excesiva y no permite descartar el criterio fundado de la Audiencia en cuanto a su destino al autoconsumo.

En lo que se refiere a la cantidad de droga ocupada esta Sala, por ejemplo en Sentencia de 5 marzo 1993, excluye que el destino al tráfico se pueda apreciar de un modo automático cada vez que se comprueba la tenencia de una cantidad más o menos establecida por la jurisprudencia. Tal entendimiento supondría, en realidad, una modificación del tipo objetivo del delito extendiéndolo a supuestos de tenencia de determinadas cantidades lo que en realidad implicaría una verdadera extensión analógica del tipo penal, ya que lo que la Ley incrimina es la tenencia para el tráfico, no la tenencia de una cantidad determinada, aunque sea para el propio consumo. Siendo el fin de tráfico un elemento del tipo debe quedar tan acreditado como cualquier otro, sin que pueda deducirse mecánicamente de una cantidad que aparentemente excede del propio consumo inmediato.

En consecuencia la Sala sentenciadora puede y debe valorar las explicaciones de los acusados justificativas de la tenencia concreta. Cuando la cantidad no sea excesiva, dichas explicaciones resulten para la Sala razonables y verosímiles e incluso como sucede en este caso estén avaladas por otros datos y testimonios, como son las declaraciones de los técnicos del Centro de Deshabitación sobre el relevante nivel de consumo de los acusados, no podemos sustituir la decisión absolutoria de la Sala sentenciadora por otra condenatoria fundada de modo prácticamente exclusivo en la cantidad de droga ocupada, pues ello equivaldría a valorar el destino al tráfico con un criterio de absoluto automatismo.

Quinto.—Por otra parte la doctrina consolidada que estima procedente la revisión en casación del juicio de inferencia de la Sala sentenciadora sobre el destino al tráfico o al consumo, no debe llevarse al extremo de revisar el criterio de la Sala sentenciadora en cuanto a la valoración de la credibilidad de los testimonios y declaraciones prestadas en su presencia, lo que es contrario a la naturaleza del recurso de casación y al obligado respeto al principio de inmediación.

Cuando la Sala sentenciadora funda en gran parte su convicción (o su ausencia de convicción sobre la concurrencia de un elemento del tipo, como sucede en este caso) en su apreciación de determinados testimonios y en la verosimilitud de la versión de los acusados, ha de cuidarse extremadamente no rebasar los límites de lo que es revisión del juicio de inferencia e invadir lo que es revisión del criterio valorativo de la Sala sentenciadora en la opción entre dos relatos fácticos alternativos, ambos verosímiles.

Esto es, a nuestro entender, lo que sucede en el caso actual, en el que existen dos alternativas fácticas, la de la acusación y la de la defensa, dos relatos diferentes con

elementos circunstanciales que van más allá del mero elemento subjetivo del destino de la droga ocupada, y la Sala sentenciadora opta razonada y razonablemente entre esos dos relatos considerando verosímil la versión fáctica de los acusados, en el sentido de que habían efectuado un acopio de pastillas para cuatro o cinco días, versión que se corresponde con la cantidad de droga ocupada.

De la duda no cabe extraer certeza por lo que no es procedente que este Tribunal casacional, sin haber contemplado el juicio, sustituya la duda del Tribunal sentenciador por una convicción condenatoria.

Sexto.—Por último, ha de tenerse en cuenta que en el análisis de la razonabilidad del discurso del Tribunal sentenciador no pueden aplicarse a la inversa las reglas elaboradas para garantizar el respeto a la presunción constitucional de inocencia.

En efecto, es cierto que cuando el Tribunal funda su condena en un análisis de la prueba indiciaria que no se estima por el Tribunal casacional suficientemente razonable, el principio constitucional de presunción de inocencia impone la casación de la sentencia y la absolución del acusado. Pero no sucede lo mismo en el supuesto contrario, pues aun cuando el razonamiento expuesto por el Tribunal sentenciador para justificar su duda entre dos versiones del relato fáctico no se considere suficientemente razonable que, en el presente caso, si lo es, lo cierto es que el Tribunal de instancia no ha alcanzado la convicción necesaria para fundamentar la condena, y no existe un principio constitucional de presunción de inocencia invertida, que imponga en tales casos la condena del acusado.

En definitiva el destino de la droga ocupada al propio consumo no es una excepción que sea necesario probar, sino que es el destino al tráfico según la redacción actual del tipo descrito en el artículo 368 Código penal lo que debe ser acreditado, y sobre lo que debe obtener una convicción, adecuadamente motivada, el Tribunal sentenciador.

Séptimo.—En el caso actual ni la hora, ni el día, ni el lugar, son especialmente significativos, pues los acusados tanto podían portar las pastillas para su venta como acabar de adquirirlas para su consumo.

En consecuencia el único elemento del que deducir el destino al tráfico, es la cantidad (50 pastillas de «éxtasis» para cada acusado, con un peso en bruto de 9,19 gramos y una pureza del 26 por 100, equivalente a 2,39 gramos de droga pura).

Se trata de una cantidad significativa pero no excesiva. La Sala podría haber deducido de ella, en conjunto con otras circunstancias y valorando la inexistencia o inverosimilitud de las explicaciones de los acusados, que su destino era la venta. Pero si llega a la convicción contraria, como ha hecho en este caso, su criterio debe ser respetado pues, como ya se ha señalado, en realidad la cantidad ocupada no supera la destinada a cinco días de consumo ordinario (2,40 gramos), una cantidad que la doctrina de esta Sala estima asumible para el propio consumo, por lo que se trata de una inferencia que entra en el campo de lo razonable.

Dictar en tales circunstancias segunda sentencia condenatoria por esta Sala en casación, sin haber oído a los acusados, implicaría otorgar a la cantidad de droga ocupada un valor absoluto y prescindir indebidamente del criterio de la Sala sentenciadora, sin haber dispuesto de las ventajas que la inmediación y la contradicción han proporcionado al Tribunal *a quo* en la apreciación directa de la prueba.

El recurso del Ministerio Fiscal debe ser, por tanto, desestimado, confirmando el criterio de la Sala de instancia.

(Sentencia de 18 de marzo de 2003)

*Es atípica la conducta, por no atentar al bien jurídico protegido, de negarse los acusados a vender droga por 2.000 pesetas, diciendo a los compradores que sólo vendían por gramos, no llegándose a realizar transacción alguna*

Primero.—Recurren conjuntamente los cuatro acusados y formalizan un primer motivo por vulneración de derechos fundamentales al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por estimar que se ha vulnerado su derecho a la presunción de inocencia.

1. El motivo se extiende tanto al delito contra la salud pública como a la falta de lesiones por la que se condena a uno de ellos, Lucas ... En el desarrollo de los argumentos que sustentan la impugnación de la sentencia, se entremezclan cuestiones relativas a la presunción de inocencia, con otros aspectos diferentes, como es el de la insuficiencia de datos fácticos necesarios, para incardinar los hechos en el delito contra la salud pública por el que han sido condenados.

Sostienen que no existen pruebas de cargo claras y terminantes, por lo que entra en contradicción con la valoración de la prueba realizada por la Sala sentenciadora. En definitiva, no niega la existencia de prueba válida, sino que la estima sin entidad suficiente para sustentar una sentencia condenatoria. También denuncian que se ha dado más importancia a las pruebas obtenidas en la fase de investigación, que a las practicadas en el momento del juicio oral.

Finalmente y por vía totalmente incorrecta, plantean la posibilidad de corregir el relato de hechos probados, aunque sea de forma parcial.

2. En relación con el delito contra la salud pública, que afecta a los cuatro recurrentes, estimamos que los datos de hecho incorporados a la relación fáctica, son el resultado de la existencia de una prueba válida y debidamente depurada y valorada por la Sala sentenciadora, por lo que, en términos estrictos, se debe rechazar la presunción de inocencia. Ahora bien, de forma poco ortodoxa, se incluye un debate sobre la suficiencia de los elementos fácticos necesarios para configurar el componente objetivo e incluso subjetivo o finalista, que se exige para la concurrencia del delito contra la salud pública que, aunque es un delito de riesgo colectivo o de mera actividad, exige la realización concreta de los actos típicos que se contienen en el artículo 368 del Código penal.

3. La sentencia comienza afirmando que los acusados: «Durante los primeros meses del año 2000, surtían de heroína a diversas personas adictas al consumo de esta sustancia a cambio de dinero». A continuación precisa que, esta actividad, se venía realizando en determinadas calles de la localidad de Plasencia.

Esta imputación genérica, no es suficiente para integrar un delito contra la salud pública. Para configurarlo, es necesaria la atribución de una conducta específica, bien ocasional, bien habitual, que integre, de manera taxativa, un acto de cultivo, elaboración o tráfico o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas, ya que el derecho penal sólo puede aplicarse a un supuesto de hecho estrictamente determinado, con prohibición expresa de extender la tipificación de forma genérica más allá de lo que exige el principio de legalidad. Aun en el supuesto de que admitiésemos esta posibilidad, la concreción que supone limitarse a imputar a una o más personas, un conjunto inespecífico de actividades delictivas, choca con el resultado probatorio. Esta afirmación tan genérica ni siquiera tiene sustento probatorio suficiente, ya que los testimonios de las dos personas que resultaron agredidas, no tienen entidad incriminatoria, por las circunstancias en que se producen.

4. La primera parte del relato fáctico atribuye a los acusados una forma de vida o hábitos de comportamiento de una manera genérica. Esta imputación no puede ser considerada, como la base para la aplicación del tipo del delito contra la salud pública.

Se trata de una expresión tautológica y determinante del fallo, que se mueve en el terreno indeterminado de la imputación de hábitos de conducta delictivos. Esta declaración es tan incorrecta, como afirmar que los acusados se dedicaban al robo, la estafa o a cualquier otra modalidad delictiva, por lo que su posibilidad de ser tipificada debe ser rechazada.

En relación con los acontecimientos concretos, que se sitúan cronológicamente en las 21.30 horas del día 13 de febrero de 2000, su desenvolvimiento se aparta de los cánones tradicionales a los que nos tiene acostumbrado la abrumadora práctica diaria. No nos encontramos ante un supuesto clásico de posesión directa o indirecta de droga, determinada por su tenencia en manos del vendedor o vendedores, u ocupada en manos de un comprador, sorprendido en el momento de la transacción, e interceptado por la policía. Si nos encontrásemos ante alguno de estos casos, no habría ningún problema para calificar los hechos, dentro de las tipologías de los delitos contra la salud pública, en alguna de sus modalidades.

5. Sin embargo, en el caso presente y ateniéndonos al contenido del hecho probado tenemos más dificultades. Se nos dice que los compradores se dirigieron solamente a una de las acusadas que se encontraba en la puerta de la vivienda, a la que solicitaron que les proporcionase heroína a cambio de 2.000 pesetas «a lo que ésta se negó diciéndoles que sólo vende por gramos». Surgió una discusión en la que interviene otro acusado Lucas (marido de Mariana) que les repite que sólo vendía por gramos. El enfrentamiento ocasionó las lesiones que se describen en el relato fáctico, sobre cuyo contenido y calificación jurídica nada tenemos que objetar.

En el caso que nos ocupa, la negativa a vender en las cantidades solicitadas por los compradores, deja sin efecto el acto al tráfico que no se objetiva de manera suficiente, por lo que no podemos situarnos ante un desarrollo típico de la acción.

Las manifestaciones de los testigos, que resultaron además perjudicados por la agresión, no sirven ni siquiera para establecer un principio probatorio, ya que una vez realizadas en la policía, no fueron ratificadas en el juicio oral. Aunque se tomasen en consideración algunas de las manifestaciones que formularon los testigos, lo cierto es que los términos específicos que se relatan no se incorporan al hecho probado, lo que sólo nos permite valorar como probado, la negativa de dos de los acusados a vender droga al menudeo o en cantidades inferiores a un gramo.

6. Es precisamente esta conducta la que tenemos que examinar para decidir si constituye un acto imperfecto de ejecución, que sólo se podría atribuir a Mariana y Lucas..., o por el contrario, la negativa a vender nos sitúa ante la inexistencia objetiva y material de una, aunque fuese pequeña cantidad de droga de la que pudieran disponer para la venta. Esta postura debe considerarse, fuera del marco punitivo y del tipo previsto en el artículo 368 del Código penal.

Lo cierto es que la negativa de los dos únicos acusados que la exteriorizan impide la consumación y la realización material de las conductas típicas ya no sólo el tráfico no se produce sino que tampoco puede hablarse de que la negativa a vender, aunque sea por razones de las condiciones de la transacción sea un modo genérico de favorecimiento del consumo. El reconocimiento propio según los testimonios de las personas que vieron defraudados sus deseos de adquirir droga sólo nos sirve para sentar, de forma genérica, que los acusados es posible que vendiesen, pero no se diseña de forma clara y precisa una actividad de venta que pudiera ser objeto de constatación al margen de los testimonios no corroborados de los frustrados compradores. La condena no puede construirse sobre una manifestación de voluntad, que no va seguida del comienzo de alguna acción típica.

En el caso presente, sólo nos consta una forma de hábito de conducta por parte de los acusados, pero lo cierto es que cualquiera que sea la consideración que dicha circunstancia nos merezca, la lesión al bien jurídico protegido no se produce por la decisión de los acusados de no vender la droga solicitada, aunque se alegue que no se realizó la venta, porque los compradores no llevaban dinero suficiente para adquirir la droga por gramos, no se puede objetivar un daño real ni presente a la salud pública que es el bien protegido. El bien jurídico es el bien ideal que se incorpora al concreto objeto del ataque y sólo es lesionable dañando los respectivos objetos individuales de la acción. Es evidente que, en este caso, por unas especiales y no frecuentes circunstancias, no ha habido daño al bien social y jurídico protegido, ni se ha objetivado ninguna otra conducta contenida el tipo penal que se aplica y que pudiera, de manera autónoma y desligada de la acción enjuiciada, constituir una base para determinar un principio de lesión. El principio de lesividad, es un componente inseparable de la tipificación penal, ya que el legislador decide castigar todas aquellas conductas que, de forma directa o potencial, pueden afectar al bien jurídico protegido, pero el derecho penal debe abstenerse de intervenir cuando, como sucede en el caso presente, la conducta imputada es solamente sospechosa pero no constitutiva, de un daño o simple riesgo para la salud pública.

Por lo expuesto el motivo debe ser estimado.

(Sentencia de 13 de mayo de 2003)

### *Conductas atípicas: autoconsumo compartido: requisitos. No existe en el caso de consumidores no adictos y reunión en fiesta multitudinaria abierta al público*

Cuarto.—El motivo segundo, formalizado por pura infracción de ley, del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la indebida aplicación del artículo 368 del Código penal, con base en la teoría del denominado «consumo compartido».

Dado el cauce casacional elegido por el recurrente, deben respetarse los hechos declarados probados, y en ellos se expone que el acusado Luis Pedro portaba una bolsa conteniendo 15,248 gramos de cocaína, de riqueza base del 28,94 por 100, que había adquirido por encargo de unos amigos para ser consumidos al día siguiente (24-12-2000) por la noche, tras la cena de Navidad, «en una fiesta de música electrónica en Puerto Real, en una carpa del Ayuntamiento, de acceso público. Ninguna de las personas entre quienes iba a distribuirse la cocaína era adicto a esta droga».

Como se dice por la sentencia recurrida, la defensa en realidad no ha cuestionado los hechos en que se fundamenta la acusación; lo que plantea es que tales hechos son impunes por tratarse de un «autoconsumo compartido». En igual sentido, el voto particular hace también una valoración jurídica sobre el mismo.

Los requisitos que ha construido la jurisprudencia de esta Sala para su apreciación son los siguientes, según las Sentencias de 8 de marzo de 2000 y de 27 de noviembre de 2002, entre otras muchas: 1.º Los consumidores que se agrupan han de ser adictos, ya que si así no fuera, el grave riesgo de impulsarles al consumo y habituación no podría soslayar la aplicación del artículo 368 del Código penal ante un acto tan patente de promoción o favorecimiento. A esta exigencia hacen referencia Sentencias tales como las de 25 de junio de 1993, 3 de marzo, 3 de junio y 25 de noviembre de 1994, 27 de enero y 3 de marzo de 1995. 2.º El proyectado consumo compartido ha de realizarse en lugar cerrado, y ello en evitación de que terceros desconocidos puedan inmiscuirse y ser partícipes en la distribución o consumo. Aparte

de evitar que el nada ejemplarizante espectáculo pueda ser contemplado por otras personas con el negativo efecto consiguiente. La referencia a «lugar cerrado» es frecuente en la jurisprudencia, así Sentencias de 26 de noviembre de 1994 y 2 de noviembre de 1995. 3.º La cantidad de droga programada para su consumición ha de ser «insignificante» (ver Sentencias de 25 de junio y 10 de noviembre de 1993, 21 de noviembre de 1994 y 28 de noviembre de 1995). 4.º La coparticipación consumista ha de venir referida a un pequeño núcleo de drogodependientes (ver Sentencia de 3 de marzo de 1995), como acto esporádico e íntimo, sin trascendencia social. 5.º Los consumidores deben ser personas ciertas y determinadas, único medio de poder calibrar su número y sus condiciones personales. 6.º Ha de tratarse de un consumo «inmediato» de las sustancias adquiridas. Al «consumo normal e inmediato» alude la jurisprudencia en las Sentencias de 25 de junio de 1993, 25 de septiembre y 2 de noviembre de 1995.

Esta doctrina debe ser aplicada, como es obvio, restrictivamente, siempre y cuando concurren estrictamente todos los aludidos requisitos.

En el caso, podría cuestionarse si tal consumo es no inmediato, o si es más o menos «insignificante», pero lo que no puede ponerse en duda es que algunos consumidores lo eran, al menos, muy esporádicamente, no siendo propiamente «adictos», y en todo caso, uno de los requisitos, cual es el de que el consumo tenga lugar en lugar cerrado, tampoco concurre indiscutiblemente, en tanto la fiesta donde se iba a compartir el consumo se celebraba en una carpa del Ayuntamiento, abierta al público, fiesta que es calificada por la Sala sentenciadora como de «multitudinaria», lo que produce, como también se expone, que «nada garantizaba, en absoluto, que terceros ajenos a quienes proyectaron el consumo pudieran ser finalmente copartícipes en el mismo». En el voto particular se expone, por el contrario, que el consumo tendría lugar en «casa de alguno de ellos», sin especificar más datos, y este aserto se encuentra contradicho en los hechos probados, a los cuales no se atuvo en consecuencia al redactar tal disenso, pese a lo expuesto en el primer apartado de su voto particular, que solo lo refería a la consideración de adictos a la cocaína, como consumidores regulares de dicha sustancia.

En razón a las anteriores consideraciones jurídicas, y muy particularmente el lugar en donde tendría lugar el consumo compartido, no puede aplicarse la doctrina de esta Sala al respecto, sin perjuicio de que la pena impuesta, no obstante ser la mínima imponible, se encuentra desproporcionada a los elementos fácticos que han sido estudiados, y a la proximidad de nuestra doctrina, lo que permitiría activar por el recurrente el oportuno mecanismo de gracia (indulto parcial por la mitad de la pena impuesta), si se cumplen los demás requisitos exigibles, y de la resolución final del mismo, que obviamente no nos corresponde.

(Sentencia de 24 de julio de 2003)

*Venta de una papelina de cocaína, no especificándose el grado de pureza, por lo que podría tratarse de una cuantía insignificante: la protección del bien jurídico no depende de la cantidad de la droga difundida, sino del riesgo de adicción generalizado*

Primero.—El primero y el segundo motivo del recurso deben ser tratados en forma conjunta, dado que se refieren a la misma cuestión. El recurrente sostiene que no consta la pureza de la droga que le ha sido ocupada en un total de once envoltorios predispuestos para su venta y uno vendido a un tercero. Por lo tanto, estima que no es posible conocer la nocividad de la sustancia y que ello impide establecer si se ha vulnerado realmente el bien jurídico protegido.

Ambos motivos deben ser desestimados.

En realidad el recurrente plantea una sola cuestión, la referente a la posible exclusión de la tipicidad por tener en su poder sólo una cantidad insignificante de droga pura. Respecto de la insignificancia, sin embargo, esta Sala viene sosteniendo que la conducta prohibida por el tipo penal del artículo 368 CP consiste en la difusión de droga (en este caso cocaína y heroína), y que el riesgo para la salud pública no se debe considerar en relación al daño que pudiera ocasionar en la salud individual del eventual comprador, sino que se lo debe referir a la difusión misma de la droga, dado que eso es lo que la Ley Penal quiere evitar. Es preciso subrayar que el bien jurídico salud pública no se forma con la suma de las saludes individuales. Lo que el legislador ha querido impedir no son estos daños individuales, que hubiera podido alcanzar con el tipo penal de las lesiones, sino algo distinto. La finalidad de la norma es la interdicción de la difusión de drogas que tienen un efecto social grave. Desde esta perspectiva, es evidente que el grado de pureza puede tener una cierta relevancia a los efectos de establecer la cantidad como circunstancia de agravación en el artículo 369 CP, pero no respecto de la difusión de cantidades que no alcanzan a constituir dicha circunstancia. La difusión de drogas, que el artículo 368 prevé a través de diversas acciones típicas, en sí mismo no depende de la cantidad de la droga difundida, sino del riesgo de adicción generalizado que se supone implícito en todo acto de distribución o de cooperación en la misma.

(Sentencia de 18 de julio de 2003)

### ARTÍCULO 390.1.1.º

*La falsedad realizada en fotocopia de documento oficial que es posteriormente compulsada o autenticada constituye documento oficial; existencia: alteración del nombre en fotocopia de título de Graduado Escolar que, desconociéndose como, posteriormente, es compulsado por la Guardia Civil*

Primero.—El único motivo del recurso interpuesto, por infracción de ley, alega indebida aplicación del artículo 392 en relación con el 390.1 números 1.º y 2.º del Código penal de 1995.

Alega el recurrente que los hechos acreditados no integran un delito de falsedad en documento oficial cometida por particular, en ninguna de las dos modalidades falsarias que sirven de fundamento a la condena.

Lo que hicieron los condenados fue falsificar las fotocopias de numerosos títulos de Graduado Escolar alterando la identidad de sus titulares, conseguir de alguna forma en cada documento una diligencia de cotejo de la fotocopia con el original suscrita por la Guardia Civil, y utilizar posteriormente las fotocopias así compulsadas para presentarlas en la Delegación del Gobierno, con el fin de acreditar que sus empleados poseían la titulación exigida por la Administración para acceder a las pruebas de habilitación para Vigilantes de Seguridad.

Estima la parte recurrente que dicha actuación no integra la modalidad falsaria prevenida en el párrafo primero del artículo 390.1 por que no se alteró un documento oficial sino una simple fotocopia del mismo. Y tampoco la del párrafo segundo porque los recurrentes no simulaban el título original, sino una fotocopia autenticada, estimando que lo falso es la diligencia de cotejo, por lo que la falsedad la habrían

cometido, como víctimas de un engaño, los guardias civiles que certificaron la autenticidad de las fotocopias.

Segundo.—Constituye doctrina reiterada de esta Sala (por ejemplo Sentencias de 14 de abril de 2000, 14 de febrero de 2001 y 24 de octubre de 2002), que las fotocopias constituyen documentos que pueden ser objeto de delito de falsedad, si bien 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 fotocopias no autenticadas constituyen, en principio, falsedades en documento privado y no en documento oficial.

Esta doctrina es aplicable a los supuestos de falsedades materiales del núm. 1 del artículo 390.1 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, pero como señala la Sentencia de 14 de febrero de 2001, en la modalidad de falsedad prevenida en el núm. dos del artículo 390.1 del mismo texto legal («simular un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad»), lo relevante a efectos de tipificación es la naturaleza del documento que se pretende simular, no la del medio utilizado para ello. Cuando se utiliza una reproducción fotográfica para simular la autenticidad de un documento, se comete falsedad en documento oficial si el documento que se simula es efectivamente un documento oficial.

Tercero.—Las fotocopias de un documento oficial compulsadas, cotejadas o autenticadas, tienen la misma naturaleza oficial que el documento original, pues su valor probatorio les viene otorgado por la intervención fedataria de un funcionario público y producen los mismos efectos que el documento original conforme a la legislación administrativa.

Ha de tenerse en cuenta que en el ámbito de la Administración Pública, y para cualquier tipo de subvenciones, ayudas, becas, títulos, licencias, autorizaciones, etc. ya no se requiere generalmente la acreditación de los requisitos exigidos mediante documentos originales, sino a través de fotocopias compulsadas o cotejadas.

Es más, conforme a los artículos 35 y 38 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre de 1992, reformada por la Ley 4/1999, de 13 de enero), los documentos originales sólo excepcionalmente deberán obrar en los procedimientos administrativos, constituyendo un derecho de los ciudadanos la utilización de copias, previo cotejo de la fotocopia con el original para autenticarla en el registro de cualquier órgano de la Administración General del Estado.

Cuarto.—En el caso actual los documentos falsificados son fotocopias compulsadas o autenticadas de títulos de Graduado Escolar, es decir, documentos oficiales. La acción de los acusados integra un comportamiento complejo, en el que inicialmente se altera materialmente un documento privado, la fotocopia del título, que constituye seguidamente el soporte para simular un documento oficial compuesto, integrado por dicho soporte más la diligencia de autenticación.

La alegación de que la falsedad de la diligencia de autenticación es solamente imputable a los guardias civiles que la extendieron, no puede ser acogida, pues los acusados son los autores mediatos de dicha falsedad. No consta suficientemente como consiguieron la autenticación. La sentencia señala dos posibilidades, bien que se utilizasen para el cotejo otros documentos también falsos con apariencia de originales, bien que los funcionarios fueron engañados de otro modo, porque se fiaban de la persona que les llevaba las fotocopias para el cotejo al ser un antiguo guardia civil.

En cualquier caso consta que los acusados se valieron de ellos como meros instrumentos de la falsedad, pues los agentes no eran conscientes de estar siendo utilizados y eran los recurrentes quienes controlaban íntegramente el desarrollo del proceso causal.

(Sentencia de 9 de mayo de 2003)

## ARTÍCULO 390.1.2.º

*Simular un documento de manera que induzca a error sobre su autenticidad: diferencias entre documento auténtico y genuino: concepto y supuestos de autenticidad; son punibles las conductas de simulación de documento aunque el autor aparente coincida con el real, ya que es relevante la alteración del documento respecto al objeto, contenido y fecha del mismo: aplicación del Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 26-2-1999*

Tercero.—Además, los hechos son también integradores de la modalidad falsaria del artículo 302 9.º (simular un documento de manera que induzca a error sobre su autenticidad), por lo que en cualquier caso debió condenarse en la forma interesada por las acusaciones.

En la fundamentación de la sentencia, en lo atinente al delito de falsedad, se niega la subsunción en el núm. 9.º del artículo 302 (simulando un documento de manera que induzca a error sobre su autenticidad, hoy artículo 390.1.2.º), porque considera el Tribunal de instancia que los mandamientos de pago, aunque se refirieran a cantidades inexistentes, abonadas supuestamente a una persona ficticia que nunca trabajó en el Ayuntamiento, por unas funciones que no fueron en absoluto desempeñadas, son, sin embargo, mandamientos auténticos por el mero hecho de estar firmados, con plena conciencia de su falsedad, por el Alcalde y el Secretario de la Corporación. Y ello, porque el Tribunal sentenciador entiende, siguiendo a un sector doctrinal relevante, que es auténtico todo documento cuyo autor aparente coincide con su autor real, prescindiendo absolutamente del objeto, contenido y fecha del mismo.

Maneja, en consecuencia, un concepto estrictamente subjetivo de autenticidad documental que es insuficiente, de acuerdo con la doctrina mayoritaria de esta Sala, ya que dejaría sin contenido alguno dicha modalidad falsaria. En efecto todos los supuestos de divergencia entre el autor aparente y el autor real son actualmente subsumibles en el artículo 390.1.3.º (suponer en un acto la intervención de una persona que no la ha tenido), por lo que si el artículo 390.1.2.º únicamente se refiriese a dichos supuestos resultaría manifiestamente redundante.

La jurisprudencia de esta Sala ha rechazado reiteradamente este concepto restringido de autenticidad desde el Pleno de 26 de febrero de 1999 (Sentencias, entre otras, de 14 de diciembre de 1999, 25 de septiembre de 2000, 28 de octubre de 2000, 26 de octubre de 2001, 24 de enero de 2002, 22 de abril de 2002, 29 de mayo de 2002, 11 de julio de 2002 y 26 de septiembre de 2002).

En el caso actual no nos encontramos meramente ante una alteración del contenido veraz de algunos aspectos del documento, que también sería típica dado el carácter oficial de los documentos falseados, sino que se han confeccionado y firmado documentos que son íntegramente falsos, en el sentido de que contienen una relación o situación jurídica absolutamente inexistente referida a unos emolumentos ficticios derivados de una relación laboral también ficticia con una persona inexistente. Los firmantes, en consecuencia, han simulado unos mandamientos de pago, induciendo a error sobre su autenticidad precisamente mediante su firma, cuando no respondían a realidad alguna.

Por tanto los hechos deben subsumirse en el núm. 9.º del artículo 302 del Código penal de 1973, hoy artículo 390.1 2.º.

Cuarto.—Recapitulando la doctrina de esta Sala sobre esta materia, por razones de seguridad jurídica y dado que algunas opiniones doctrinales mantienen el criterio

restrictivo de autenticidad como si constituyese doctrina jurisprudencial, conviene reiterar los pronunciamientos más recientes de esta Sala que consolidan la doctrina mayoritaria.

En la sentencia de 22 de abril de 2002, se expresaba, y ahora se reitera, que entre las modalidades falsarias que el legislador, de modo expreso, estima deben subsistir como punibles, se encuentra la definida en el artículo 390.1.2 del Código penal 1995: «simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad».

Es claro que dicha modalidad debe tener un contenido autónomo, como ya ha señalado esta Sala en su Sentencia de 28 de octubre de 2000, por lo que no puede referirse únicamente a supuestos en los que se supone en un acto la intervención de personas que no la han tenido, es decir, que se hace figurar como firmante del documento a otra persona diferente de su autor real, pues en tal caso la conducta típica ya está cubierta por la modalidad falsaria prevenida en el número 3 del artículo 390.1.

En consecuencia, los supuestos específicos en que resulta típica esta modalidad falsaria, son los de simulación de un documento por el propio autor del mismo, aunque no se haga figurar a personas que no han tenido intervención, es decir, aunque el firmante del documento sea el propio autor de la falsedad.

Como señalan las SSTS de 28 de enero de 1999 y 28 de octubre de 2000, entre otras, la diferenciación entre los párrafos 2.º y 4.º del artículo 390.1 debe efectuarse incardinando en el párrafo segundo del artículo 390.1 aquellos supuestos en que la falsedad no se refiera exclusivamente a alteraciones de la verdad en algunos de los extremos consignados en el documento, que constituirían la modalidad despenalizada para los particulares de faltar a la verdad en la narración de los hechos, sino al documento en sí mismo en el sentido de que se confeccione deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico jurídico una relación jurídica absolutamente inexistente, criterio acogido en la STS de 28 de octubre de 1997 y que resultó mayoritario en el Pleno de esta Sala de 26 de febrero de 1999.

Quinto.—La reciente Sentencia de 29 de mayo de 2002, reitera que la incriminación de las conductas falsarias encuentra su razón de ser en la necesidad de proteger la fe y la seguridad en el tráfico jurídico, evitando que tengan acceso a la vida civil o mercantil elementos probatorios falsos que puedan alterar la realidad jurídica de forma perjudicial para las partes afectadas. Las SSTS 18 de noviembre de 1998 y de 28 de enero de 1999 añaden que estos delitos tutelan la propia funcionalidad social del documento, que va más allá de su consideración procesal como medio de prueba. Cuando la mendacidad documentada afecta al documento en su conjunto porque éste ha sido configurado deliberadamente con la finalidad de acreditar en el tráfico una relación jurídica inexistente, nos encontramos en un supuesto de falsedad del vigente artículo 390.1.2 del Código penal.

Sexto.—En las Sentencias de 28 de octubre de 2000, y 29 de mayo de 2002, entre otras, se utiliza la denominación de documento genuino para identificar y distinguir los supuestos en que el autor aparente coincide con el autor real, pero que corresponden a documentos que no son auténticos en sentido objetivo, ya que acreditan relaciones jurídicas totalmente inexistentes, es decir, documentos que no se limitan a faltar a la verdad en la descripción de unos hechos siquiera nuclearmente auténticos y reales, sino que la simulación es radical y absoluta aseverando una relación jurídica absolutamente irreal. Estos supuestos no integran las modalidades falsarias despenalizadas, debiendo subsumirse en el subtipo del artículo 390.9 del Código penal vigente, correspondiente al artículo 302.1.2 anterior.

Séptimo.— En la Sentencia de 14 diciembre de 1999, se utiliza la doble exigencia de autenticidad subjetiva (documentos que hemos denominado genuinos, en los que

el autor aparente coincide con el autor real) y autenticidad objetiva, subsumiendo en el artículo 390.1.2.º ambos supuestos.

Señala esta resolución que se distinguen los supuestos de inautenticidad, subsumibles en el número 2.º del artículo 390, frente a los casos de inveracidad de contenido, propio del número 4.º del artículo 390 del Código penal en donde, siendo el origen subjetivo y objetivo verdadero, es decir auténtico, el documento es simplemente inveraz en su contenido.

En efecto, un documento exige una persona que lo elabora, confecciona o suscribe; generalmente presupone una realidad objetiva en cuyo seno el documento se origina, y por la que se explica su propia existencia; y posee un concreto contenido de afirmaciones o negaciones como verdades relatadas. Puede decirse que la falta de verdad en la narración de los hechos entraña mendacidad en lo que el contenido del documento relata, mientras que la inautenticidad atañe al origen creador ya sea en su dimensión subjetiva, es decir, la de la identidad de la persona que aparece como autora del mismo, o sea en su dimensión objetiva que afecta a aquella supuesta realidad antecedente que condujo o determinó la elaboración misma del documento y que éste, por el solo hecho de existir con independencia de la fidelidad mayor o menor de su contenido presupone como realidad objetiva verdadera.

Si el documento no obedece en verdad al origen objetivo en cuyo seno aparentemente se creó, trayendo causa de él su existencia como tal documento, será éste inauténtico porque su elaboración es en tal caso simulada al igual que si aparece originado subjetivamente por persona distinta de la que en la realidad fue su autora.

Ambos serán, por su origen falso, supuestos de inautenticidad, subsumibles en el número 2.º del artículo 390, frente a los casos de inveracidad de contenido, propio del número 4.º del artículo 390 del Código penal en donde, siendo el origen subjetivo y objetivo verdadero, es decir auténtico, el documento es simplemente inveraz en su contenido.

Octavo.—En la Sentencia de 11 de julio de 2002, se reitera que tras la celebración del Pleno citado (Pleno no Jurisdiccional de Unificación de Criterios de 26 de febrero de 1999), la confección completa de un documento mendaz que induzca a error sobre su autenticidad e incorpore toda una secuencia simulada e inveraz de afirmaciones con trascendencia jurídica, a modo de completa simulación del documento, que no tiene ni puede tener sustrato alguno en la realidad, elaborado con dolo falsario, debe ser considerado la falsedad que se disciplina en el artículo 390.1.2.º del Código penal de 1995, en correspondencia con lo dispuesto en el artículo 302.9.º del Código penal de 1973.

Noveno.—En la sentencia de 5 de octubre de 1999, se analiza un caso de falta de autenticidad por simulación de la fecha en que se emite el documento, cuando ésta es esencialmente relevante. Se trata de un supuesto de separación matrimonial, con asignación de la vivienda a la esposa, en el que los arrendadores pactan con el otro cónyuge, arrendatario original, la suscripción actual de un documento, con fecha atrasada, que simulaba ser el auténtico contrato arrendaticio, y en el que se acordaba una duración de tres años, sometiéndose expresamente a lo establecido en el artículo 9 del Real Decreto-Ley 6/1985, de 30 de abril. Con este documento simulado se procedió al desahucio del arrendatario y su cónyuge al finalizar el plazo, plazo que en realidad nunca se había pactado, privando a la esposa del uso de la vivienda.

Se trata de un documento subjetivamente auténtico, pues sus autores aparentes coinciden con sus autores reales. Sin embargo es claro que se ha simulado un documento (el que acredita el contrato arrendaticio) induciendo a error sobre su autenticidad, pues el contrato fraudulentamente confeccionado y presentado no es el contrato auténtico, es decir no es el auténtico documento donde figuraba el contrato original.

La sentencia de instancia califica el hecho como delito de falsedad en documento privado del artículo 306 del Código penal de 1973, en la modalidad prevenida en el núm. 9.º del artículo 302, simular un documento de manera que induzca a error sobre su autenticidad. Esta Sala, en la Sentencia de casación citada, de 5 de octubre de 1999, desestima los motivos por infracción de ley, al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que alegan indebida aplicación de los artículos 306 y 302.9.º, estimando que dada la vía procesal elegida, el relato fáctico ha de permanecer inalterable, y conforme al mismo, es indudable que, respecto a los acusados se describe una simulación de documento privado, el contrato de arrendamiento, realizada en perjuicio de tercero, sin plantearse duda alguna sobre la falta de autenticidad del documento simulado.

Décimo.—Por todo ello es claro que la doctrina mayoritaria de esta Sala estima que el artículo 390.1.2.º no acoge el restrictivo concepto de autenticidad en sentido estrictamente subjetivo defendido ampliamente por la doctrina, y que identifica el documento auténtico exclusivamente con el documento genuino.

En términos generales un documento es verdadero cuando su contenido concuerda con la realidad que materializa. Y es genuino cuando procede íntegramente de la persona que figura como su autor. Pero no debe confundirse el documento «genuino» con el documento «auténtico», pues el término autenticidad tiene en nuestro lenguaje un significado más amplio y profundo que el mero dato de la procedencia o autoría material. Un documento simulado no es considerado en el lenguaje ordinario ni en el ámbito jurídico como «auténtico» por el mero hecho de que la persona que aparece suscribiéndolo coincida con su autor material.

Auténtico, según el *Diccionario de la Lengua Española* en su primera acepción, significa «acreditado de cierto y positivo por los caracteres, requisitos o circunstancias que en ello concurren», por lo que constituye un término que se vincula también con la veracidad (cierto), mientras que «genuino» significa «puro, propio, natural, legítimo», sin especial vinculación con la veracidad y sí con la procedencia («propio» de quien lo emite). En este sentido constituye el entendimiento natural del término estimar que es inauténtico lo que carece absolutamente de verdad.

Undécimo.—En definitiva, la doctrina mayoritaria de esta Sala acoge un criterio lato de autenticidad, similar al de un sector de la doctrina italiana, por estimar que es el que refleja más claramente el sentido y finalidad de la norma así como el entendimiento usual del término en nuestro idioma. También se toma en consideración el bien jurídico protegido, ya que estos delitos tutelan la propia funcionalidad social del documento, que va más allá de su consideración procesal como medio de prueba, resultando relevante para el cumplimiento de esta función la fiabilidad de su objeto y no solamente la de su autoría.

Por otra parte es la interpretación que permite dotar de contenido incriminatorio propio a esta modalidad falsaria del número segundo del artículo 390.1, pues de otro modo habría que calificarla como un mero error del legislador, ya que la tesis restrictiva únicamente incluye en esta modalidad las falsedades ya penadas en el número tercero.

Los Tribunales de Justicia, vinculados por el principio de legalidad, deben evitar una interpretación que conduzca directamente al absurdo, e interpretar las normas de acuerdo con su finalidad esencial, que es la de producir efectos jurídicos propios.

Por ello en la opción entre una interpretación reductora, basada en otorgar a un término legal un significado que no se corresponde con el lenguaje usual, y que produce como consecuencia la privación a la norma de cualquier funcionalidad y utilidad, y otra interpretación más lata, que es la conforme a la interpretación usual de los términos empleados por el legislador, y que además es la que le otorga sentido y efectividad al precepto, hemos de inclinarnos por esta última. Y ello porque ha de esti-

marse que el legislador, que únicamente ha dejado vigentes tres modalidades de falsedad para los delitos cometidos por particulares, no iba a tipificar una modalidad desprovista de todo contenido.

Por ello todo ello la doctrina mayoritaria ha optado por una interpretación lata del concepto de autenticidad, incluyendo tres supuestos, para la aplicación del artículo 390.1.2.º, entre aquellos que afectan a la autenticidad del documento: *a)* la formación de un documento que parezca provenir de un autor diferente del efectivo (autenticidad subjetiva o genuinidad); *b)* la formación de un documento con falsa expresión de la fecha, cuando ésta sea esencialmente relevante, como sucede en el caso enjuiciado en la Sentencia citada de 5 de octubre de 1999) la formación de un documento enteramente falso, que recoja un acto o relación jurídica inexistente, es decir de un documento que no obedece en verdad al origen objetivo en cuyo seno aparentemente se creó (falta de autenticidad objetiva).

Duodécimo.—El Tribunal Constitucional, en sus sentencias sobre el caso Filesa, admite expresamente la constitucionalidad de esta interpretación lata del concepto de autenticidad en la aplicación de la modalidad falsaria de la simulación documental, al señalar que debe admitirse que también puede emplearse el término autenticidad en un sentido lato, en el que puede decirse (y se ha dicho muchas veces en la praxis penal y, en concreto, en aplicación de los tipos de falsedad, como ponen de manifiesto tanto la sentencia como las alegaciones del Ministerio Fiscal y del Abogado del Estado) que es inauténtico lo que carece absolutamente de verdad (STC 123/2001, de 4 de junio).

Decimotercero.—Procede, por todo ello, la estimación de los dos primeros motivos del Ministerio Fiscal, dado que los mandamientos de pago simulados, que pretendían acreditar en la contabilidad municipal determinadas salidas dinerarias, no respondían en absoluto a su objeto, pues ni la persona a la que supuestamente se efectuaban los pagos, Antonia B. M. había trabajado en momento alguno para el Ayuntamiento, ni existía tal persona, ni las cantidades se le habían lógicamente abonado a dicho receptor inexistente, ni los trabajos a que se referían se habían efectuado.

En cualquier caso es manifiesto que también se faltó a la verdad en la narración de los hechos.

Decimocuarto.—En el tercer motivo de recurso se denuncia por el Ministerio Fiscal la inaplicación del delito de estafa a los tres acusados. Se refiere a la percepción fraudulenta por la acusada, con la necesaria cooperación del Alcalde y el Secretario municipal, de la prestación de desempleo, cuando continuaba trabajando y percibiendo emolumentos en el Ayuntamiento.

El motivo debe ser desestimado, pues como razona el Tribunal sentenciador vigente la conducta enjuiciada no puede ser subsumida en el delito de estafa, ya que la aplicación del principio de especialidad del artículo 8 del Código penal obliga a la subsunción de los hechos en el tipo del delito de fraude de subvenciones, en el que la cantidad defraudada no alcanza el umbral mínimo delictivo.

Como señala la Sentencia de 29 de mayo de 2002, la jurisprudencia de esta Sala, (SSTS 4 de julio de 1997, 29 de septiembre de 1997, 25 de noviembre de 1998, 19 de marzo de 2001 y 19 de abril de 2001), ha declarado que «el pago de subsidios de desempleo es una actividad de finalidad social y promueve la consecución del fin público de paliar los efectos negativos del paro laboral» (STS 25 de noviembre de 1998) y «las ayudas previstas en el RD 2298/1984, de 26 de diciembre, constituyen una disposición gratuita de fondos públicos para promover la consecución de un fin público en los términos del artículo 81.2 a) de la Ley General Presupuestaria» (STS de 19 de abril de 1997). «De esta manera se evita la injusta situación en la que se encontraban los trabajadores en paro, sometidos a un régimen más riguroso que los empresarios con dificultades económicas que recurrieran a la obtención fraudulenta de una subvención».

La conducta declarada probada, la obtención fraudulenta de subsidios de desempleo, en principio, es típica del delito previsto en el artículo 308 del Código penal vigente, artículo 350 del Código penal de 1973, debiendo ser incluido el subsidio de desempleo en el concepto típico de subvención y de ayuda. Los fondos dispuestos son fondos públicos destinados a intereses generales, de carácter social.

Este tipo penal es de aplicación preferente, por el principio de especialidad, al tipo penal de la estafa, con independencia de la concurrencia, o no, de la condición objetiva de punibilidad referida a la cuantía mínima de 10 millones de pesetas para su punición.

El Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de fecha 15 de febrero de 2002 acordó incluir en la tipicidad del artículo 308 los supuestos de fraude en la percepción de prestaciones por desempleo. Al no rellenarse la condición objetiva de la penalidad que el artículo contempla, procede desestimar en este aspecto el recurso de la acusación pública.

Procede, en consecuencia, la estimación parcial del recurso del Ministerio Fiscal, acogéndolo en lo que se refiere a la comisión del delito de falsedad, pero no en lo referente al delito de estafa.

(Sentencia de 29 de enero de 2003)

## ARTÍCULO 403

*Desarrollar una actividad profesional que exija de un título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio y no estar en posesión de dicho título: inexistencia: médico que trabaja en el área de la oncología sin ser especialista: existe una regulación oficial de la profesión pero carente de rango legal y sin constitución de una profesión específica que atribuya a los especialistas la exclusividad de determinados actos médicos*

Vigésimo.— Por último cuestiona la parte recurrente la condena por delito de intrusismo. Esta condena se fundamenta en la realización por el condenado de actos propios de la especialidad de oncólogo, de la que carecía. El recurso plantea, en consecuencia la debatida cuestión del delito de intrusismo en el ámbito de las especialidades médicas.

Para el análisis de esta cuestión ha de prescindirse del hecho de que en el caso actual el condenado ha cometido un grave delito contra la salud pública así como un delito de estafa, utilizando en este último, como un elemento más del engaño, la atribución de la cualidad de especialista en oncología, de la que carecía. Dichas conductas ya han sido sancionadas a través de los tipos delictivos expresados.

De lo que se trata ahora es de determinar únicamente si la realización de actos que se consideran propios de una especialidad médica, como en este caso la prevención y el tratamiento del cáncer, por parte del titular de otra especialidad o de quien dispone únicamente del título de Licenciado en Medicina que le habilita para el ejercicio de la profesión de médico con carácter general, debe subsumirse en el tipo delictivo de intrusismo.

Aun cuando la condena impuesta se fundamente en el Código penal anterior, el análisis lo efectuaremos desde la perspectiva del actualmente vigente, pues la doctrina que va a establecerse considera atípica estas conductas en el Código penal actual, y esta atipicidad ha de aplicarse retroactivamente a los hechos cometidos durante la

vigencia del Código penal de 1973, con independencia de la interpretación que pueda hacerse de la anterior regulación.

Vigesimoprimer.-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 estuviere 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.

Si bien es cierto que quien ejerce la medicina o cualquiera de sus especialidades sin ostentar el título de médico comete un delito de intrusismo, en la acepción más grave del inciso primero, no podemos llegar a la misma conclusión respecto del titulado en medicina que ejerce una especialidad sin titulación especial.

En efecto, el inciso primero del precepto resulta inaplicable, pues legalmente el título de especialista no es un título académico, ya que esta denominación ha de reservarse para los de doctor, Licenciado, Diplomado y análogos, que son los reconocidos por la normativa universitaria.

Un sector doctrinal ha estimado procedente aplicar a estos supuestos el inciso segundo, por estimar, acertadamente, que el título de especialista constituye un título oficial.

Pero el tipo requiere en todo caso dos requisitos: *a)* el ejercicio de actos propios de una profesión, (o el ejercicio de una actividad profesional, que consideramos equivalente); y *b)* la carencia de título oficial.

Por ello, para determinar la comisión de este delito no basta con apreciar la carencia del título, oficial o académico, sino que es necesario constatar que se realizan actos propios de una profesión (o, si se quiere, que se ejerce una actividad profesional), distinta a aquella para la que el agente se encuentra habilitado.

Y este requisito no concurre en los supuestos enjuiciados, pues no existe en nuestro sistema jurídico una profesión de especialista médico legalmente establecida y regulada, con definición de actos propios y específicos, diferenciada de la actividad profesional del médico. Existe, eso sí, una regulación oficial de las especialidades médicas, a los efectos del Servicio Nacional de Salud fundamentalmente, pero carente de rango legal y sin constitución de una profesión específica que atribuya a los especialistas la exclusividad de determinados actos médicos, y la prohibición de realización de los mismos a los médicos no especialistas o titulados en otra especialidad, más o menos próxima.

En definitiva, legalmente la única profesión colegiada es la de médico, y no la de especialista, salvando el caso de la odontología que constituye un supuesto específico con regulación legal propia (Ley 10/1986 de 17 de marzo y STS 29 de septiembre de 1999).

En consecuencia, no cabe aplicar el inciso segundo del artículo 403 a los médicos no especialistas.

Vigesimosegundo.-En la sentencia de esta Sala de 12 de noviembre de 2001, ya se había avanzado esta posición al señalar que «se ha propuesto una tesis, doctrinalmente minoritaria, que pretende solventar el problema interpretativo destinando este inciso segundo del artículo 403 del Código penal de 1995 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: a) desconoce la génesis legislativa del precepto; b) va más allá del sentido literal de la norma, y c) 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...».

Vigesimotercero.—Profundizando en esta cuestión ha de señalarse que la atipicidad de esta conducta no sólo se fundamenta en la interpretación literal, lógica y sistemática de la norma o en los debates legislativos sobre el artículo 403 del Código penal de 1995, sino también en razones de respeto a los principios de legalidad y de seguridad jurídica.

En primer lugar, desde la perspectiva de la legalidad, la norma reguladora de las especialidades médicas no es hábil para complementar el tipo penal de intrusismo por su carencia de rango legal.

Cabe plantearse, en el plano de *lege ferenda* si materialmente existe un interés constitucionalmente relevante que pueda justificar el que se reserve por Ley el ejercicio exclusivo de los actos médicos propios de cada especialidad a quienes hayan obtenido el correspondiente título acreditativo, si dicha reserva debe abarcar todos los actos que entran en el ámbito de cada especialidad o sólo los más relevantes y si realmente es factible establecer una distinción precisa, sin solapamientos, entre la actividad médica de cada una de las especialidades y la de la medicina general, con la seguridad y precisión exigible para la aplicación de una norma penal.

Pero, con independencia de este debate, lo cierto es que dicha restricción de acceso al ejercicio de la profesión en el ámbito de los actos médicos propios de cada especialidad a los demás Licenciados en Medicina y Cirugía, exige una norma con rango formal de Ley, pues el artículo 36 de la Constitución española dispone expresamente que será la Ley la que regulará el ejercicio de las profesiones tituladas.

Norma con rango de Ley que en el momento actual no existe, pues la regulación del título de especialista está establecida por el Real Decreto 127/1984, de 11 de enero, en el que se dispone el procedimiento de obtención del referido título. Este Real Decreto es una norma postconstitucional que sin embargo no tiene el rango normativo exigido por la Constitución para reconocerle el alcance de norma reguladora de un amplio elenco de profesiones tituladas. En consecuencia, la validez de este Real Decreto se limita específicamente a lo que enuncia en su epígrafe (regular la Formación Médica Especializada y la obtención del título de Médico Especialista), pero no constituye una norma hábil para complementar la norma penal reglamentando específicamente nuevas profesiones tituladas.

Vigesimocuarto.—Es cierto que el artículo 1.º del Real Decreto 127/1984, de 11 de enero, dispone que «el título de Médico Especialista expedido por el Ministerio de Educación y Ciencia, sin perjuicio de las facultades que asisten a los Licenciados en Medicina y Cirugía, será obligatorio para utilizar, de modo expreso, la denominación de Médico Especialista, para ejercer la profesión con este carácter y para ocupar un puesto de trabajo en establecimientos o instituciones públicas o privadas con tal denominación». Pero esta obligatoriedad no tiene sanción penal, pues la norma carece del rango de Ley necesario para complementar en esta materia la norma penal en blanco.

Por otra parte, es fácil observar que este precepto hace expresa reserva de las facultades que asisten a los Licenciados en Medicina y Cirugía, y que no prohíbe en realidad a dichos licenciados el comportamiento específico sancionado en el Código

penal como delito de intrusismo (la realización de actos propios de una profesión careciendo de título), sino únicamente utilizar, de modo expreso, la denominación de Médico Especialista, y ejercer la profesión con este carácter, que son comportamientos diferentes del tipo básico de intrusismo definido penalmente.

Vigesimoquinto.—En dicha Ley reguladora de la profesión de especialista sería necesario, además, que se estableciese la exclusividad o exclusión de otros médicos del ámbito profesional de la especialidad, y que en la misma o en sus normas de desarrollo, se definiesen con precisión el elenco de actos propios de cada profesión especializada.

El citado Real Decreto 127/1984, de 11 de enero, se limita en su contenido a regular la Formación Médica Especializada y la obtención del título de Médico Especialista, relacionando las especialidades médicas y clasificándolas por grupos según requieran o no formación hospitalaria, pero sin definir en absoluto el elenco de actos médicos propio de cada una de ellas. En consecuencia, tampoco desde el punto de vista material este Real Decreto puede constituir una norma hábil para regular una profesión diferenciada, y por tanto para complementar la norma penal en blanco.

La resolución de la Secretaría de Estado de Universidades e Investigación, de 25 de abril de 1996, que desarrolla el citado Real Decreto e incorpora los programas para la formación médica especializada, propuestos por las Comisiones Nacionales de las correspondientes especialidades, ratificados por el Consejo Nacional de Especialidades, informados por el Ministerio de Sanidad y Consumo y aprobados finalmente por el Ministerio de Educación y Ciencia, carece también, obviamente, del rango legal necesario para regular el ejercicio en exclusiva de profesiones tituladas.

Esta resolución, en consecuencia, se limita a aprobar los programas de formación propuestos, que incluyen una definición genérica de la especialidad y de su campo de acción, pero no incluyen una relación de actos propios prohibidos a los demás licenciados en medicina. Concretamente en relación con la oncología médica, especialidad que se reconoció oficialmente en 1978, se establece que «el oncólogo médico debe trabajar como un miembro importante del equipo dedicado al cuidado de los enfermos de cáncer, aportando su experiencia en el manejo médico de la enfermedad», lo que refleja claramente que no se atribuye a estos especialistas, pese a su notoria relevancia y formación, el tratamiento en exclusiva de los pacientes de cáncer.

Vigesimosexto.—Desde la perspectiva de la seguridad jurídica ha de recordarse que la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad de los tipos penales en blanco (SSTC 127/1990, 118/1992, 111/1993, 62/1994, 24/1996, 120/1998 y STS de 8 de febrero de 2000, entre otras) ha condicionado su validez al cumplimiento de ciertos requisitos entre los que destaca la exigencia de certeza.

Es necesario, en consecuencia, «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, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada» (SSTC 122/1987, 127/1990 y 120/1998).

Pues bien el Real Decreto 127/1984, de 11 de enero, no puede cubrir dicha exigencia de certeza, pues no define el ámbito de los actos propios de cada especialidad. En el caso ahora enjuiciado no puede deducirse de dicho Real Decreto qué tipo de actos médicos relacionados con la prevención y tratamiento de las enfermedades cancerosas son propios o exclusivos de los especialistas en oncología médica u oncología radioterápica, o en su caso cuáles podrían realizarse por otros profesionales médicos, como los especialistas en medicina interna o neurocirugía, por ejemplo, o bien por los especialistas en neurología como el acusado o por los médicos en general.

Es claro que la aplicación de una norma penal en un campo tan específico y complejo, en el que los ámbitos de actividad tienden a solaparse, y en el que son

abundantes las zonas de competencias compartidas o competidas, exigiría, aun en el dudoso supuesto de que se estimase procedente la intervención penal, una norma legal suficientemente precisa y definitiva para evitar la absoluta inseguridad jurídica y la indefensión del conjunto de los profesionales de la medicina en este ámbito. Norma que no existe e impide, en consecuencia, extender la intervención penal a esta materia.

Vigesimoséptimo.—No quiere ello decir que los casos de abuso manifiesto no deban ser sancionados penalmente, pues pueden dar lugar a la aplicación de otros tipos delictivos, como el delito de estafa que aquí se ha aplicado si se simula la condición de especialista como parte de un montaje engañoso, o la imprudencia profesional, en el supuesto de intervenciones con manifiesta carencia de pericia, de formación o de capacidad.

Pero no procede aplicar el delito de intrusismo a los profesionales de la medicina por actos propios del ejercicio de su profesión, sin perjuicio de la actuación administrativa o colegial que resulte procedente si se vulneran las prohibiciones anteriormente referenciadas en materia de especialidades.

Procede, en consecuencia, estimar el recurso de casación en este ámbito, dejando sin efecto la condena impuesta por delito de intrusismo.

Esta condena tampoco podría fundamentarse en la venta directa de medicamentos afeados que se realizaron actos propios de la profesión de farmacéutico, pues como ya se ha expresado dichos medicamentos eran simulados, y el desvalor de dicha conducta queda ya abarcado por la sanción del delito contra la salud pública del artículo 344 ter. 3.º, y 4.º del Código penal de 1973) (hoy 362 del Código penal de 1995).

(Sentencia de 1 de abril de 2003)

## ARTÍCULO 417

*Violación de secretos: bien jurídico protegido: daño a la causa pública constituido por la quiebra de la credibilidad que el colectivo social debe de tener en las instituciones y los funcionarios que las encarnan; existencia: jefe de Brigada de Seguridad Ciudadana de Policía que quebranta por tres veces el deber de sigilo que tiene respecto de informaciones que conoce por razón de su cargo. Posibilidad de coexistencia de la sanción penal y la disciplinaria en vía administrativa*

Primero.—La Sentencia de 24 de junio de 2002 de la Audiencia Provincial de Logroño, absolvió al acusado Emilio del delito de revelación de secretos.

Se ha formalizado recurso de casación por el Ministerio Fiscal a través de un motivo único encauzado por la vía del *error iuris* por indebida inaplicación del artículo 417-1.º del Código penal.

El Ministerio Fiscal partiendo del respeto a los hechos probados, discrepa de la argumentación de la sentencia que, en síntesis, estima que en el caso de autos, la incidencia de la infidelidad denunciada fue mínima sin haberse concretado la consecuencia de la deliberada violación del deber de sigilo por parte del imputado, con la conclusión de estimar que se está en presencia de una ilicitud administrativa a sancionar en ese orden de acuerdo con el artículo 27 de la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

El argumento no es aceptable en esta sede casacional. Reafirmando la validez de los principios vertebradores de un sistema de justicia penal de una sociedad democrática, en concreto los de mínima intervención y *ultima ratio*, es lo cierto que: a) la acción enjuiciada lo fue por un jefe policial: concretamente del Inspector Jefe de la Brigada de Seguridad Ciudadana de la Comisaría de Policía de Logroño; y b) que su conducta tuvo una reiteración hasta tres veces se quebrantó el deber de sigilo; por otra parte la referencia a la gravedad o trascendencia de tal revelación, que viene a ser el argumento utilizado en la sentencia sometida al presente control casacional para justificar la absolución, debe ser puesta en relación no tanto con la idea de un daño tangible, sino por referencia al bien jurídico protegido por este delito y en general por todos los integrados en el Capítulo IV del Título XIX, capítulo de nuevo cuño que viene a estar integrado por un catálogo de conductas cuyo denominador común está representado en la correcta preservación y utilización de los medios o instrumentos esenciales para el cumplimiento de los fines de la Administración en el concreto aspecto de la estricta confidencialidad de las informaciones de que dispone la Administración, las que no pueden ser aprovechadas por los funcionarios, que son los primeros custodios de la legalidad, para ser utilizadas en fines extramuros de la función pública, y desde esta perspectiva, el daño a la causa pública está constituido por la quiebra de la credibilidad que en el colectivo social deben tener todas las instituciones y, los funcionarios que las encarnan. Nada más desmoralizador que el custodio de la legalidad en el concreto aspecto del sigilo profesional se convierte en el infractor de la norma, y desde esta perspectiva hay que concluir que ha habido un daño para la causa pública relevante penalmente dada la reiteración del quebrantamiento de secreto y la cualificación profesional del sujeto activo. Es evidente que la acción analizada integra el tipo básico del artículo 417.1.º del Código penal, se trata de una cesión de información a un tercero en tema referente a inmigración ilegal, y a trabajo clandestino en clubes de alterne de mujeres en situación ilegal en España, cuestiones ambas muy sensibles por el marco de explotación que suele acompañar tales actividades.

Los hechos encajan exactamente en las previsiones del artículo 417.1.º del Código penal, dada su relevancia, quedando todavía campo de ilicitud ya en vía administrativa, de acuerdo con el artículo 7.1j del RD 33/86 de 10 de enero de Régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado que califica como falta grave «... no guardar el debido sigilo respecto a los asuntos que se conozcan por razón del cargo, cuando causan perjuicio a la Administración o se utilice en beneficio propio...», así como de acuerdo con el artículo 207 del RD 1346/84 de 11 de julio sobre Régimen disciplinario del Cuerpo Superior de Policía que sería el aplicable dada la condición de miembro de tal cuerpo del recurrente que califica como faltas muy graves «...5) la violación del secreto profesional...», para otras situaciones donde no existan las notas que se observan en el caso enjuiciado tanto por la condición cualificada del sujeto activo, como por la reiteración del quebranto de sigilo como, finalmente, por la materia sobre la que incidió la cesión de información; en todo caso, debe recordarse la preferencia que tiene el ordenamiento penal sobre el administrativo como consecuencia del principio de prevalencia del Derecho penal, con independencia como recuerda la sentencia de esta Sala de 13 de julio de 1999, de que con la sanción penal pudiera coexistir respuesta de la Administración en vía disciplinaria sin riesgo de vulneración del principio *non bis in idem*, y en tal sentido debemos citar también la reciente STC 2/2003, de 16 de enero.

Finalmente, citamos el precedente jurisprudencial que representa la Sentencia de esta Sala de 3 de junio de 2002, que en un caso del todo semejante al actual funcionario de policía del Grupo de extranjeros de la Comisaría de Distrito de S. José de Zaragoza, también advertía por teléfono a encargados de establecimientos de alterne

advirtiéndoles de un control policial. En dicha resolución, se estimó cometido el delito que aquí se sanciona.

En conclusión, procede la estimación del recurso formalizado por el Ministerio Fiscal.

(Sentencia de 19 de junio de 2003)

*Revelar los secretos que conoce por razón de su cargo: existencia: director general de Carreteras de Comunidad Autónoma que revela a su hermano la empresa constructora que va a ser adjudicataria de obra pública importante, utilizando la información el hermano para obtener un beneficio de la citada empresa*

Decimoséptimo.—Establecido el elemento fáctico, que es la primera premisa del silogismo judicial que toda sentencia constituye, es ahora el momento de resolver la censura que, formulada al amparo del artículo 849.1 LECrim. denuncia *error iuris* por indebida aplicación del artículo 367 CP anterior en el que el Tribunal de instancia incardina la actividad del ahora recurrente que se describe en la declaración de hechos probados. No sin antes y como factor esencial de cuanto a continuación exponemos recordar que el objeto del recurso bajo la invocación del precepto procesal que cobija el motivo, se reduce exclusivamente a comprobar si, dados los hechos que se declaran probados en la sentencia que se recurre, que han de ser respetados en toda su integridad, orden y significación, se aplicaron correctamente a los mismos, por los juzgadores de instancia, los preceptos penales sustantivos en que los subsumieron (por todas, STS de 29 de mayo de 1992).

Pues bien, la sentencia impugnada declara probado que «el día 5 de mayo, el Director General don Manuel O. M., se reunió con el Consejero don Juan José L. M., informando a éste del resultado de los estudios de las ofertas técnicas y económicas, y sometiendo a su consideración el nombre de cuatro empresas que, a su juicio, podrían ser las idóneas, a saber, FOCSA (11 puntos, 5 en la técnica y 6 en la económica), OCISA (11 puntos: 5 + 6), G. N. (10 puntos: 4 + 6) y AZVI-RUS (7 puntos: 3 + 4), sin someter a la consideración del señor L. M. la variante 5.ª de AGROMÁN (12 puntos: 6 + 6) ni las de otras diez ofertas de empresas que fueron calificadas con 11 puntos. En dicha reunión el citado Consejero se decantó a favor de la empresa OCISA, atendiendo a criterios de profesionalidad, experiencia, seriedad y ejecutoria de la misma en otras obras dentro del territorio, indicando al Director General la conveniencia de que los técnicos valoraran las ofertas o variantes financieras presentadas y que fueron admitidas por la Mesa de Contratación, junto con las ofertas técnicas y económicas, y de que se reuniera con el Delegado Regional de OCISA, don Maximiliano N. R. para negociar sobre la base del adelantamiento de la obra, es decir, manteniendo los plazos de ejecución (deshaciendo el pago de los 2.094.810.106 ptas. del año 1994, por mitad entre dicho año y el 1995), lo que materialmente suponía diferir el pago un año más y dividirlo prácticamente en 3 partes (1993: 750.000.000 de ptas.; 1994: 1.047.000.000 de ptas. y 1995: 1.047.000.000)».

También se declara probado que «en fechas no concretadas, anteriores a febrero de 1992, sobre el mes de septiembre de 1991, el acusado don Jorge O. M., mayor de edad y sin antecedentes penales, venía concertado con otra persona imputada en esta causa, cuya conducta no se enjuicia al haber fallecido durante su tramitación, el día 9 de noviembre de 1998, a fin de obtener beneficios económicos cobrando comisiones a las empresas que resultaran adjudicatarias para ejecutar determinadas obras que

promovía la Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía, donde ejercía el cargo de Director General de Carreteras desde el año 1991, su hermano don Manuel O. M., para lo cual simulaban ejercer una decisiva influencia en las decisiones de dicho Organismo, a través de sus máximos responsables, determinante de las adjudicaciones que dependerían de la aceptación o no del pago de la comisión para lo que alegaban estar facultados para conseguirlas o impedir las. Para ello, don Jorge O., instigado por esa otra persona concedora de su precaria situación económica en su condición de acreedor suyo por varios millones de pesetas, en sus frecuentes reuniones con su hermano don Manuel O., intentaba obtener informaciones precisas sobre el trámite de los diferentes expedientes seguidos en la referida Dirección General, y sobre todo, de las mejores opciones de las empresas que pudieran ser las adjudicatarias, todo ello al margen de buscar cualquier otro medio que les facilitase los datos tendientes a conocer cuantas vicisitudes se iban produciendo a lo largo del proceso de adjudicación, especialmente las relacionadas con los informes técnicos que se iban emitiendo una vez abiertas las plicas de los concursos, y que iban concretando el cupo de las empresas con mayores posibilidades para aprovechar esas primicias informativas en sus actividades de presión. Así, en relación con el expediente a que se ha hecho mención en el ordinal precedente, sobre obras de desdoblamiento de la CN-321 desde el puerto de Las Pedrizas a Salinas, y tras negociaciones con responsables de la entidad FOCSA que en el curso del expediente aparecía con mayores expectativas y fue una de las 4 empresas que el Director General presentó al Consejero en su reunión de 5 de mayo de 1992 (martes), modifican su estrategia, al recibir don Jorge información puntual de su hermano en el sentido de que el Consejero había optado por la empresa OCISA y le había indicado a don Manuel la conveniencia de entrevistarse con el Director Regional de la misma, don Maximiliano N. R., para obtener mejoras en las condiciones de pago, y de que se valorasen las ofertas financieras no tenidas en cuenta por la Comisión Técnica, sabedor de que con esa puntuación la citada empresa Obras y Construcciones Industriales, S. A. conseguiría una posición de privilegio para la adjudicación de las obras. Dicha información, recibida de primera mano, por don Jorge O., es transmitida por éste a su socio, quien de forma inmediata contacta con don Jesús R. B., Presidente del Consejo de Administración de OCISA, a quien ofrece su mediación, para con su influencia en la Consejería de Obras Públicas, obtener la adjudicación de las referidas obras, logrando con éste un convenio, en el que, de resultar adjudicataria, pagaría una comisión resultante de aplicar al precio de la oferta base propuesta (2.568.189,64) el 4 por 100, incrementado en el 10 por 100 de esta última cantidad, y a su vez con el Impuesto de Valor Añadido de la suma total (127.690.400 ptas.), comisión de la que se abonaría el 50 por 100 a Jorge O. y su socio, por mitad, no habiéndose podido esclarecer en este procedimiento el destino, a favor de persona física o jurídica, del otro 50 por 100 de la comisión convenida, ni si el mismo llegó a ser abonado. A cuenta de la citada comisión, ha resultado acreditado que la entidad OCISA, por órdenes de don Jesús R. B. abonó al señor Ll. R., la cantidad de 25.315.000 pesetas, mediante el libramiento de 55 cheques por importes variables inferiores a 500.000 pesetas, que reintegró los días 11, 12 y 16 de junio, de la cuenta corriente núm. ..., que la empresa tenía abierta en la Sucursal del Banco Urquijo, del Paseo de la Castellana, 46 en Madrid».

Decimoctavo.—No cabe duda alguna de que en el recurrente, en su calidad de Director General de Carreteras de la Consejería de Obras Públicas de la Junta de Andalucía, ostentaba la condición de «autoridad pública» que exige el artículo 367 CP/1973 al sujeto activo del delito. Y, en lo que atañe a la acción típica, entiende esta Sala que también concurre en la actuación que el *factum* de la sentencia atribuye al acusado. En efecto, los datos acerca de las preferencias del Consejero de la empresa adjudicataria de unas obras públicas presupuestadas estimativamente en más de tres mil seis-

cientos millones de pesetas, o la opción al respecto de la Autoridad competente para resolver el concurso, es una información que no cabe calificar sino de relevante y sensible que, por su propia naturaleza hubiera debido quedar reservada al ámbito estricto de quienes, cómo el Consejero y el Director General, ejercían funciones y tenían responsabilidades administrativas directas en la materia, pero en modo alguno dicha información debía haber llegado a quien, como el hermano del recurrente, ni siquiera ostentaba la condición de funcionario.

Y no podemos aceptar la tesis de que la referida información estaba destinada a hacerse pública como consecuencia de la encomienda que el Consejero, señor L. M., hizo al Director General de que se entrevistara con el Delegado Regional de OCISA; argumento según el cual aquella información dejaba de ser reservada y, por consiguiente, sin relevancia penal. En primer lugar, porque la entrevista según el hecho probado tenía por finalidad «negociar» y «obtener mejoras en las condiciones de pago», que no es lo mismo que informar que el Consejero había optado por la adjudicación de la obra a OCISA, que fue la información que transmitió el recurrente a su hermano. En segundo lugar, porque, como sostiene y admite el propio motivo casacional, se trataría de una «selección provisional» de la empresa OCISA y, por consiguiente, susceptible de ser modificada la pre-decisión en virtud de su misma provisionalidad, por lo que no puede aceptarse que se tratara de divulgar una resolución administrativa destinada al próximo conocimiento público, lo que no empece que la transmisión a Jorge O. de la inicial opción del Consejero y de que se valorasen por la Comisión Técnica las ofertas financieras presentadas por los licitadores, proporcionaba a éste una privilegiada información que utilizó siempre según la declaración de hechos probados en su propio beneficio.

Y es este factor el que cierra el círculo del análisis. Porque en último extremo, y aunque admitiéramos a los meros efectos dialécticos que la información transmitida por el recurrente a su hermano no era secreta, confidencial o reservada porque tuviera como finalidad propia la divulgación, lo cierto es que en el momento en que se transmitió al coacusado no era una información accesible, lo cual propició que esta persona, ajena a la función pública, conociera antes que nadie la decisión que se proponía adoptar la autoridad administrativa, lo cual se subraya como dato probado permitió a los señores Ll. y Jorge O. utilizarla ante el coacusado Jesús R. (Presidente del Consejo de Administración de OCISA) cuando éste «no tenía aún conocimiento de las preferencias del Consejero» de Obras Públicas y «presionar» a éste para obtener el cobro de una comisión ilegal a cambio de mover sus influencias en pro de que le fuera adjudicado el contrato a dicha empresa.

Concurren, pues, los elementos subjetivos y materiales del tipo aplicado, y en esta conclusión no interfiere en absoluto el hecho de que no haya quedado probada la participación del ahora recurrente en las actividades de su hermano Jorge tras acceder a la información que se le proporcionó, al resultar ajeno al tipo básico aplicado el resultado de la acción típica.

El motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 19 de julio de 2003)

## ARTÍCULO 423

*Dádivas o promesas para corromper a las autoridades o funcionarios públicos: delito de simple actividad que se consuma cuando se intenta corromper al funcionario público, sin que la conducta de éste sea relevante, estando vinculado a todas las formas de cohecho acti-*

*vo y pasivo; existencia: responsable de empresa constructora que da orden de abonar cantidad de dinero a funcionarios con la finalidad de que le fuese adjudicada la realización de carretera. Encubridor: existencia: una vez hechos los pagos destinados a funcionarios el acusado confecciona facturas y recibos para darle a aquéllos una cobertura formal, ayudando al autor a impedir el descubrimiento del delito*

Vigesimoprimer.–El tercer motivo se articula por el cauce del artículo 5.4 de la mencionada LOPJ, por vulneración del principio de legalidad, consagrado en el artículo 25 CE, que se habría producido, según se expone, «porque en el caso presente se condena por unos actos que son absolutamente impunes de acuerdo con los propios artículos del Código, sea el de 1973 como el vigente...».

El primer paso para resolver esta cuestión es examinar el relato de hechos probados que describen la conducta de los coacusados y, sólo desde el más riguroso respeto a esta premisa fáctica, comprobar si el Tribunal *a quo* ha incurrido en error de Derecho al calificar aquéllos como constitutivos del tipo penal aplicado, cual es el artículo 391 CP/1973.

Además del fragmento de la declaración de hechos probados que ha quedado transcrito con anterioridad, la Sala de instancia establece como datos probados que «don Jesús R. B. ordenó directamente que, con cargo a OCISA, se abonará al señor Ll., para que éste, a su vez, lo trasladase en todo o en parte a las personas o entidades con incidencia directa en la adjudicación de la obra a la que se ha hecho mención en el ordinal 1, la cantidad de 53.315.000 pesetas, en la convicción de que tal adjudicación de la obra estaba condicionada a dicho pago y no se obtendría sin él, al margen de las ofertas que pudieran hacer otras empresas, incluso si éstas fueran más ventajosas para la Administración, y que tal pago sería, por tanto, determinante para la adjudicación definitiva. El pago se llevó efectivamente a cabo y para darle una cobertura formal en la contabilidad de OCISA, don Luis N. M., también acusado, mayor de edad y sin antecedentes penales, conocedor de la realidad a la que respondía y con la finalidad de ocultarla, se puso de acuerdo con el asesor del señor Ll., no acusado en esta causa, pese al conocimiento de los hechos, para confeccionar facturas y recibos que aparentasen los negocios jurídicos a los que se ha hecho referencia (opción de compra y contrato laboral), lo que efectivamente se llevó a cabo de modo que, conforme a sus instrucciones, Ll. proporcionó los documentos que le solicitaban para justificar el pago, en la forma antes relatada, que, además, parte de ellos, se incorporaron a este proceso por iniciativa de los propios acusados. No se ha acreditado la existencia de la relación laboral-mercantil del señor Ll. R. con OCISA, ni la realidad del contrato de opción de compra invocado, que justificase el cobro de la cantidad referida, ni el destino de la cantidad resultante de restar a los 127.801.530 pesetas, los 53.315.000 pesetas abonados».

Como se ha dicho, el motivo aduce la atipicidad de estos hechos y la indebida aplicación del artículo 391 del anterior Código penal que sancionaba a «los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieren o intentaren corromper a los funcionarios públicos».

La tesis del recurrente se cimenta en dos argumentos: *a*) por el lugar que ocupa en el Código vigente el artículo 423 (que describe el tipo sancionado en el artículo 391 CP anterior) se sostiene que al figurar después de los tipos que sancionan las conductas más graves artículos 419, 420 y 421 dicha figura penal y, por lo tanto, su análoga del artículo 391 del CP/1973 no debe ser aplicada respecto de las conductas menos graves de cohecho que se tipifican en los artículos posteriores a los citados, entre las que se encuentra la contemplada en el actual artículo 423 (antiguo 391); *b*) porque, se dice, cuando el artículo 391 (o el 423 actual) castiga al particular con las mis-

mas penas que al funcionario a excepción de la inhabilitación, se demuestra que el artículo 391 únicamente cabe aplicarlo en relación con las conductas de los artículos 385, 386 y 387 CP/1973, por ser las modalidades a que afecta la inhabilitación especial, pero no con la acción típica menos grave que se define en el artículo 390 (funcionario que admite dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente) a la que no alcanza la inhabilitación.

Es patente que, por más que elaborada, laboriosa y hasta cierto punto sugerente, esta argumentación no deja de ser un artificio dialéctico carente de un mínimo fundamento que permita su prosperabilidad porque lo que en definitiva se pretende es vincular la aplicación del tipo del artículo 391 (o 423 actual) a que la acción del funcionario a quien se intenta corromper sea una de las descritas en los artículos 419 a 421, pero no cuando la conducta de aquél sea la menos grave del 425 o 426. Esta pretensión debe ser decididamente rechazada. En primer lugar, porque todas las figuras delictivas de cohecho se configuran como delitos de mera actividad, sin que el resultado de la posterior conducta del funcionario sea relevante, toda vez que los tipos penales se consuman con la ejecución de la acción típica descrita en la Ley que, en el caso que nos ocupa, consiste en el intento de corromper al funcionario público, sea cual fuere la actividad concreta que se demandara de éste como contraprestación, y de la mayor o menor gravedad de ésta.

Por consiguiente, carece de interés el lugar que ocupe el precepto penal en el catálogo de tipos delictivos establecidos en el Código siempre que la conducta del acusado se ajuste a la acción típica. De ahí que el artículo 391 CP/1973 aplicado por el Tribunal sentenciador acoge tanto a los supuestos en que la acción de corromper tenga por finalidad la ejecución por el funcionario de un acto delictivo o indebido, como la realización de actos no prohibidos en el ejercicio de su actividad funcional. Es decir, que el artículo 391 (hoy 423) se predica y relaciona con todos los supuestos de cohecho activo y pasivo establecidos en los artículos 419 a 421 y también al 426 (antiguo 390), que es esto último lo que niega el recurrente. Y, en este ámbito de aplicación del principio de legalidad, resulta del todo irrelevante que este último precepto no prevea la pena de inhabilitación.

Para finalizar, cabe señalar que las consideraciones que hasta aquí se han expuesto, vienen ratificadas por la doctrina de esta Sala, de la que podemos citar como exponente la sentencia de 16 de diciembre de 1998, en la que de manera explícita, diáfana y taxativa se afirmaba que «la conducta del que corrompe o intenta corromper a funcionarios públicos con dádivas o presentes, es evidente que no sólo afecta a los delitos de cohecho pasivo contemplados en los artículos 385 a 387, sino también al cohecho pasivo del artículo 390 que se refiere al funcionario corrupto que recibiere o admitiere dádiva o regalo en atención a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente». Y añade que «el hecho de que el legislador se haya olvidado de la pena de inhabilitación no quiere decir que la referencia del artículo 391 a la exclusión de la inhabilitación especial impide remitirse al artículo 390 con el pretexto de que allí no se incluye la inhabilitación especial».

El motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 19 de julio de 2003)

## ARTÍCULO 430

*Delito de tráfico de influencias: solicitar de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptar ofrecimiento o promesa: delito de simple actividad: bien jurídico protegido; existencia:*

*hermano de director general de Carreteras de Comunidad Autónoma para obtener cantidades de dinero simulaba ante responsable de empresa constructora ejercer decisiva influencia en las decisiones del organismo que adjudicaba las obras*

Vigesimoséptimo.—Precisamente es ésta la vía utilizada, correctamente, para denunciar la indebida aplicación del artículo 404 bis c) CP (1973, correspondiente artículo 430 CP 1995), a los hechos que la narración fáctica atribuye al acusado ahora recurrente. Habrá que repetir una vez más que una censura casacional articulada al amparo del artículo 849.1 LECrim. impide terminantemente salirse del hecho probado y someterse plena y estrictamente a los hechos que constituyen la premisa fáctica del silogismo judicial. Pues bien, en la declaración probatoria que hemos transcrito anteriormente, se establece con meridiana claridad que «Jorge O. y su socio fallecido, debidamente concertados, se propusieron lucrarse económicamente cobrando comisiones a las empresas adjudicatarias de las obras que promovía la Consejería de Obras Públicas y Transportes, donde ejercía el cargo de Director General el hermano de Jorge O., y en ejecución del plan elaborado, simulaban ejercer una decisiva influencia en las decisiones de dicho Organismo, a través de sus máximos responsables, determinante de las adjudicaciones...». En el seno de estas actividades, y en lo que afecta concretamente al concurso para la adjudicación de la carretera en cuestión, establece también el *factum* de la sentencia cómo tras recibir la información de su hermano sobre la situación, «...por don Jorge O. es transmitida por éste a su socio, quien de forma inmediata contacta con don Jesús R. B., Presidente del Consejo de Administración de OCISA a quien ofrece su mediación, para con su influencia en la Consejería de Obras Públicas, obtener la adjudicación de las referidas obras, logrando con éste un convenio, en el que, de resultar adjudicataria, pagaría una comisión resultante de aplicar al precio de la oferta base propuesta (2.568.189,64) el 4 por 100, incrementado en el 10 por 100 de esta última cantidad, y a su vez con el Impuesto de Valor Añadido de la suma total (127.690.400 ptas.), comisión de la que se abonaría el 50 por 100 a Jorge O. y su socio, por mitad, no habiéndose podido esclarecer en este procedimiento el destino, a favor de persona física o jurídica, del otro 50 por 100 de la comisión convenida, ni si el mismo llegó a ser abonado».

El tipo penal aplicado sanciona a «los que, ofreciendo hacer uso de influencias acerca de las autoridades o funcionarios públicos, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración...».

Se trata también de un delito de mera actividad, que se consuma con la ejecución de la acción típica que describe el precepto, sin necesidad de que se produzca resultado alguno, ni siquiera que la solicitud del oferente sea aceptada por aquel a quien se dirige la oferta y, desde luego, sin que sea preciso que la influencia que puede ser real o ficticia sea ejercida efectivamente. Porque el fin perseguido por el legislador al introducir esta figura en el Código penal por la LO 9/1991, de 22 de marzo es, al igual que en el delito de cohecho, evitar la interferencia de intereses ajenos o contrarios a los públicos, tutelando y protegiendo un bien jurídico tan esencial como es la imparcialidad y objetividad de las decisiones de las autoridades y funcionarios públicos, que velan por el bien común y el interés general de la sociedad (véase STS de 10 de marzo de 1998), o, como ya se dijo por esta misma Sala en ocasión precedente al examinar las coincidencias y diferencias de esta figura con el delito de prevaricación, en uno y otro tipo se trata de mantener dentro del Derecho, de la Ley y de la Ética, en cuanto valor social indiscutible, a la función pública (STS de 24 de junio de 1994).

Es patente que sobre estas bases fácticas, legales y jurisprudenciales, el motivo debe decaer. El recurrente no puede soslayar que los hechos declarados probados se

incardinan con toda exactitud en el tipo aplicado por el Tribunal sentenciador, que ha calificado con plena corrección aquéllos como un delito de tráfico de influencias en su modalidad del artículo 404 bis c) CP/1973, pues del relato histórico se desprende palmariamente la concurrencia de los elementos material y subjetivo requeridos por el tipo, y sin que las alegaciones del recurrente sean mínimamente eficaces contra este pronunciamiento, toda vez que aquél, obviando tan contundente declaración probatoria, dedica su esfuerzo a interpretar determinados fragmentos de la motivación jurídica de la sentencia de manera subjetiva y parcial, y a efectuar una revisión de la valoración de la prueba realizada por los jueces *a quibus* que, como es bien sabido, no cabe admitir en casación.

Ningún *error iuris* se ha cometido, y el motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 19 de julio de 2003)

## ARTÍCULO 449

*Retardo malicioso en la Administración de Justicia: Juez de Vigilancia Penitenciaria que, ante las malas relaciones con los directivos de establecimiento penitenciario, decide incluir en el procedimiento para la autorización de permisos de salida una serie de trámites desconocidos causando un colapso en el funcionamiento de la prisión*

Decimotercero.-Los motivos Tercero y Cuarto del recurso se formulan al amparo del citado artículo 849.1.º, denunciando la indebida aplicación del artículo 449 CP por no figurar en los hechos probados los elementos objetivos y subjetivos que configuran el delito en que se subsumieron los hechos, y, así, se invoca la «palmaria ausencia del elemento objetivo del relato y del elemento subjetivo del injusto consistente en la conciencia de obrar con malicia».

Como señala la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el artículo 449 CP sanciona un tipo de prevaricación que ha sido calificado por la doctrina como «de recogida» respecto a las figuras prevaricadoras de los artículos 446 a 448 del Código. El tipo añade viene a completar la protección del derecho a la tutela judicial efectiva a través del correcto ejercicio de la potestad jurisdiccional, bien jurídico protegido en la prevaricación judicial.

El elemento material al ilícito penal es el retardo en proveer lo que el desempeño del deber y el acatamiento de la Ley exigen, y ese retardo bien puede ser consecuencia de una conducta meramente omisiva de dejar de resolver aquello a lo que el juez está obligado, o de una acción positiva, supeditando la obligada resolución al cumplimiento de trámites inútiles, o injustificados que provocan una dilación en la resolución que, sin aquellas trabas, no habría tenido lugar.

En el caso presente, el retardo en la resolución por el acusado de las resoluciones y de autorización o denegación de los permisos penitenciarios concedidos por la Dirección de la prisión, preside, como realidad fáctica, todo el relato histórico que describe la conducta del acusado, aunque no se consigne el término gramatical o semántico. El retraso fue obligado, necesario y causal resultado de la adopción por el acusado de un masivo bloque de providencias «desconocidas en el ámbito penitenciario», inopinadamente decididas por el Juez de Vigilancia que, por la dificultad de su cumplimentación a tenor de la complejidad de su contenido, irremisiblemente provocaron que la resolución a adoptar se dilatara notablemente en el tiempo al estar

condicionada expresamente dicha resolución al cumplimiento por el Centro Penitenciario de las llamadas «providencias de PGT».

Y, del mismo modo, el retardo fue fatal consecuencia de otra serie de providencias, también masivas, de «pase al interno para alegaciones» que ocasionaron los mismos efectos dilatorios, cuando en ningún momento anterior durante los siete años de ejercicio de sus funciones el Juez de Vigilancia había adoptado estas providencias como las que sorpresivamente de modo generalizado y no individualizado decidió al cabo de tal tiempo.

Que el retraso así provocado afectó a un gran número de internos en la resolución definitiva de los permisos que ya les habían sido concedidos por el Equipo de Tratamiento del Centro, es una realidad indubitada según el *factum* de la sentencia, que reseña 154 casos de internos cuyos permisos se vieron demorados cuando no suspendidos por causa de la primera de las providencias citadas; así como otra serie de internos que sufrieron igual negativa consecuencia por causa de la segunda clase de providencias. Esta conducta del acusado, generadora de los retardos que las atípicas providencias inexorablemente ocasionaban «impidió que muchos de los internos de Quatre Camins recibieran respuesta en relación a permisos concedidos por el Centro Penitenciario para disfrutar las Navidades de 1998 [lo que] originó una crítica situación de la prisión, al borde del motín, que condujo a la Dirección del Centro en aras de evitar un incremento en el malestar de los internos que pusiera en peligro la convivencia pacífica en el Centro a otorgar a un gran número de presos, permisos de 48 horas, de carácter extraordinario, que en circunstancias de esta índole permite conceder la legislación penitenciaria», que fueron hasta 90 los así concedidos y que se reseñan de seguido (pp. 38 a 41 del *factum*).

La concurrencia del elemento material del injusto es, pues, patente, y este pronunciamiento no lo empece ni lo enturbia la alegación del recurrente de que no se especifica en la declaración probatoria los concretos permisos que sufrieron retraso, los internos afectados, cuánto retraso sufrieron y si éstos estaban causalmente ligados a la conducta del acusado de compleja creación de trámites adjetivos que la sentencia imputa a aquél como modalidad comisiva productora reprochada, pues basta examinar la relación de internos que sufrieron las consecuencias dilatorias de la «providencia de PGT» (folios 10 a 16 del *factum*) y, singularmente, la lista de presos afectados por las 35 providencias de «pásese para alegaciones» donde constan pormenorizados los datos de concesión del permiso por el Centro, la fecha de la providencia de «alegaciones» y la fecha resolviendo sobre el permiso, con un promedio de tres a cuatro meses entre el primer dato y el último, para comprobar lo infundado del alegato.

Carece también de eficacia la alegación que complementariamente se formula en el motivo cuarto en el que aduce que el elemento objetivo del tipo viene integrado de un componente hermenéutico consistente en el transcurso de 15 días de inactividad tras la petición expresa de resolución, invocando el artículo 759 LECrim., en la redacción anterior a su desaparición por la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.

Con independencia de que los hechos objeto de enjuiciamiento no constituyen la modalidad de retraso por mera conducta omisiva de dejar correr el tiempo sin resolver lo obligado, lo cierto es que como sostiene el Fiscal al impugnar la alegación la expresa derogación del precepto procesal invocado por el recurrente exime de cualquier consideración al respecto, y en ningún caso existe base legal o jurisprudencial que avale la tesis de que para la comisión del delito del artículo 499 CP sea preciso dejar transcurrir el plazo que el derogado artículo 759 LECrim. señalaba.

Decimocuarto.—Claro es que la figura delictiva de la prevaricación tipificada en el artículo 449 CP necesita de la concurrencia del elemento subjetivo integrado por el delito del autor de obrar con malicia. «Retardo malicioso», describe la figura típica,

si bien, y a diferencia del artículo 357 del Código de 1973, el vigente 449 nos ofrece una interpretación auténtica de lo que el legislador entiende por tal expresión, pues de seguido, el precepto define el «retardo malicioso» como el provocado para conseguir cualquier finalidad ilegítima.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia declara la concurrencia de este elemento subjetivo del injusto, afirmando que la actuación del acusado perseguía provocar una situación de colapso en la prisión, encaminando su actividad jurisdiccional a producir una situación de crisis en el Centro Penitenciario para poner en evidencia la política penitenciaria emprendida por el nuevo equipo directivo. Por su parte, el recurrente rechaza que la actividad desarrollada por el acusado persiguiera ésa u otra finalidad ajena a la propia de su quehacer estrictamente profesional, si bien se limita a exponer su discrepancia, adoleciendo el motivo de una notoria penuria argumental que justifique el reproche.

Ya hemos dicho anteriormente que la determinación del componente subjetivo del delito y, en concreto, los propósitos o designios del agente, solamente pueden ser establecidos mediante un juicio de inferencia cimentado en la valoración de los datos, circunstancias y elementos fácticos que rodean al hecho objeto de enjuiciamiento. Y que la impugnación casacional del pronunciamiento que, al respecto, haya realizado el Tribunal *a quo*, ha de seguir el cauce del artículo 849.1.º LECrim., pues lo que se cuestiona es la indebida aplicación del precepto penal por ausencia del elemento doloso imprescindible. En tal supuesto como aquí acontece, intangible la declaración de hechos probados al haber sido rechazados los motivos por *error facti* y vulneración de la presunción de inocencia que hubieran podido eventualmente modificar la narración histórica, el reproche casacional únicamente podrá prosperar si se demuestra que el raciocinio del juzgador es arbitrario o contrario a las reglas elementales de la lógica y del discurrir racional al formar el juicio de inferencia, correspondiendo a esta Sala, en el ejercicio del control casacional que desempeña, verificar exclusivamente la racionalidad o la arbitrariedad de la inferencia desde la perspectiva de los hechos probados que figuran en el relato.

Pues bien, de los que figuran en la sentencia, destacan:

1. Que desde 1991 en que el acusado prestaba sus servicios como titular del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, y hasta finales de julio de 1998, el trámite seguido por éste para la concesión de permisos penitenciarios «era el que de forma general se sigue en todos los juzgados de tal carácter» remisión por parte del Centro Penitenciario al Juzgado de Vigilancia de los informes relativos al interno (criminológico, psicológico, socio-familiar), dichos informes se acompañan con el acuerdo adoptado por la Junta de Tratamiento. b) El Juzgado da vista al Fiscal para que se manifieste en relación al permiso, y c) el Juez de Vigilancia responde autorizando o denegando el permiso.

2. Que el cambio de proceder del acusado tiene lugar a partir de finales de julio de 1998, precisamente a raíz de haberse deteriorado las relaciones de aquél con el nuevo equipo directivo de la prisión y de haberse producido diversos enfrentamientos entre el acusado y algunos miembros del citado equipo. A esas malas relaciones personales se añade que el acusado se sentía «molesto por la apertura de dos expedientes disciplinarios contra él, al pensar que habían sido abiertos por denuncias emanadas del mencionado equipo...».

3. A partir de dichas fechas, el acusado «decidió crear una serie de trámites jurisdiccionales novedosos que eran desconocidos en el ámbito penitenciario hasta el momento». Los nuevos trámites consistían en el cumplimiento por el Centro Penitenciario de unas singulares providencias (denominadas en la sentencia «PGT o Plan General de Tratamiento») en las que se requería la remisión de la compleja documen-

tación que figura en ellas, a cuya cumplimentación supeditó la resolución de los expedientes, habiendo dictado unas 700 de dichas providencias, todas de idéntico contenido al que ha quedado transcrito precedentemente, y que afectaron a un gran número de internos, de los que se relacionan en la sentencia a 154, a todos los cuales se les había concedido el permiso por el Centro Penitenciario previo informe favorable de la Junta de Tratamiento (unánime en 144 casos y mayoritario en 10) y elevados al Juez para que resolviese la autorización o denegación junto con la remisión de la «documentación pormenorizada, profunda, razonada emitida por el equipo técnico, que era más que suficiente para decidir en relación a la autorización o denegación del permiso». El dictado masivo de dichas providencias provocó una situación de colapso en el funcionamiento de la Junta de Tratamiento, que se vio desbordada, no pudiendo cumplimentar con la celeridad debida los requerimientos de aquéllas.

4. El hecho de que el acusado atribuyera trascendente relevancia a la cumplimentación de las «providencias PGT» hasta el punto de condicionar la resolución sobre autorización de los permisos a dicho cumplimiento. Sin embargo esa supuesta necesidad se revela infundada cuando la sentencia reseña hasta 45 casos en los que el acusado resolvió el expediente de permiso sin esperar a la remisión por el Centro de la documentación requerida en la providencia y a cuyo cumplimiento se supeditaba la resolución final. Del mismo modo que en otras 33 ocasiones, el Magistrado dictó la providencia al mismo tiempo que resolvía sobre el permiso solicitado. Dicho modo de actuar revela palmariamente que la providencia PGT no era determinante para la decisión judicial a adoptar y que la documentación remitida por el Equipo de Tratamiento era suficiente para resolver, de suerte que la exigencia de cumplimiento de las repetidas providencias y la dilación que generaba su dictado masivo habrían de obedecer a otra finalidad de la que aparentaban.

5. Además, y en otro estadio del proceder del acusado, próximas las fiestas navideñas de 1998, el Magistrado procedió al dictado de una serie numerosa de providencias que otorgaba a los internos la posibilidad de que formularan alegaciones frente a los datos desfavorables contenidos en los informes elaborados por el Equipo de Tratamiento, previa comunicación de éstos al interno, suspendiéndose de este modo la resolución de los permisos que le habían sido elevados al acusado con informe favorable de la Junta de Tratamiento, a pesar de que contaba con elementos más que suficientes para decidir. Dicho trámite, que tampoco había sido nunca dispuesto por el acusado, y del que no se tenía conocimiento en la órbita de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria «produjo negativas consecuencias, tanto en las relaciones entre los miembros del equipo técnico y la población reclusa, como en la evolución del tratamiento de cada interno».

6. Encontrando contrarias a derecho estas «providencias de alegaciones» el Fiscal interpuso recurso de apelación contra una de ellas, pero el acusado, en lugar de resolver sobre la admisión del recurso, suspendió el pronunciamiento, dictando nueva providencia por la que disponía esperar a la notificación al interno la «providencia de alegaciones» así como el recurso de apelación del Fiscal, para tramitar esta apelación. El Fiscal recurrió en queja ante la Audiencia Provincial contra esta providencia que suspendía la resolución de admitir o inadmitir el recurso de apelación, y la Audiencia por Auto de 1 de febrero de 1999 no sólo estimó el recurso de queja, sino que entró en el fondo del asunto y acordó la nulidad de las «providencias de alegaciones», disponiendo, asimismo, la deducción de testimonios por si procedía actuar disciplinariamente contra el Juez de Vigilancia Penitenciaria.

7. A pesar de esta resolución por la que decidió la Audiencia Provincial la improcedencia del trámite de suspensión del recurso de apelación, el acusado aún en ocho ocasiones insistió en dicho trámite; acordada en el mismo Auto de 1 de febrero la improcedencia de las «providencias de alegaciones» (todos los recursos de apela-

ción contra éstas fueron estimados), el acusado persistió en su dictado en catorce ocasiones que se relacionan en el *factum*.

8. Consecuencia y resultado de todo este proceder fue que se impidió que muchos de los internos recibieran respuesta a los permisos concedidos por el Centro Penitenciario para disfrutar durante esas Navidades de 1998 lo que originó una situación crítica, al borde del motín, en la prisión que obligó a la Dirección del Centro Penitenciario a «otorgar a un gran número de presos permisos de 48 horas, de carácter extraordinario», en aras de evitar situaciones de graves conflictos.

9. Los trámites instaurados por el Magistrado Juez de Vigilancia Penitenciaria Ilmo. señor don José Ramón M. C., que condujeron a la crítica situación en el Centro Penitenciario de Quatre Camins, arriba descrita, motivaron múltiples y variadas quejas emitidas por parte de diversas autoridades vinculadas con el mundo jurisdiccional o penitenciario, a saber: a) el 27 de octubre de 1998 tiene entrada en el Consejo General del Poder Judicial queja planteada por el Director General de Servicios Penitenciarios de la Generalitat en el que se pone de manifiesto un retraso en la tramitación, resolución y ejecución de expedientes relativos a permisos; b) el 10 de noviembre de 1998 la queja se eleva ante el mismo órgano de gobierno de los Jueces, por parte de la Comisión de Justicia Penal del Iltre. Colegio de Abogados de Barcelona; c) el Excmo. señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya transmite al Consejo General del Poder Judicial en escrito que tiene entrada en la sede del Consejo el 11 de noviembre de 1998, las quejas que le plantean el Director de Instituciones Penitenciarias de la Generalitat, la Junta del Colegio de Abogados de Barcelona y el Presidente de la Sección Novena de la Audiencia Provincial, en dicho escrito se pone de manifiesto, a su vez, que la tensión existente había generado gestiones en la Comisión de Justicia del Parlament de Catalunya; d) la Consellera de Justicia de la Generalitat de Catalunya, en oficio que tiene entrada en el Consejo General del Poder Judicial el 30 de noviembre de 1998, hace sabedor al Excmo. señor Presidente de dicho órgano, el aumento constante de trámites, con nula significación jurídica, creados por el Magistrado-Juez.

Tal estado de cosas dio lugar a que el CGPJ incoara diligencias informativas contra el Magistrado que derivaron en el expediente disciplinario 7/1999 en el cual recayó Acuerdo de 12-1-1999, por la «posible comisión de una falta muy grave del artículo 417.9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por retraso en la iniciación, tramitación y resolución de expedientes penitenciarios». A raíz de dicho expediente la Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial acordó la suspensión provisional del acusado (como Magistrado-Juez de Vigilancia Penitenciaria), situación que se prolongó hasta el 13-4-1999, cuando el Ilmo. señor don José Ramón M. C. fue destinado al Juzgado de Primera Instancia número 37 de Barcelona.

La suspensión del Magistrado Ilmo. señor don José Ramón M. C. de sus funciones en el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 1 de Barcelona, dio lugar a que el nuevo Magistrado que se hizo cargo del mismo, dejara sin efecto la totalidad de las providencias dictadas en las que se solicitaba el PGT, se concedía el trámite de alegaciones o se suspendía la tramitación de la apelación, y procediera a resolver, sin más los permisos acordados por el Centro Penitenciario.

Decimoquinto.—De acuerdo con la doctrina jurisprudencial anteriormente consignada, la tarea de esta Sala en trance de revisión casacional en relación con la concurrencia del elemento subjetivo del delito declarada por el Tribunal de instancia, consiste en verificar que el juicio de inferencia que así lo establece, deducido de la valoración de los datos indiciarios probados, no quebranta las máximas de la lógica, del discurrir racional y de la común experiencia, excluyéndose de la conclusión inferida cualquier sospecha de que ésta sea fruto de la arbitrariedad, del absurdo o de la sinrazón. Y, a partir de la relevancia, pluralidad y entidad de los elementos fácticos

indiciarios sobre los que se edifica el juicio de valor inferido por los jueces *a quibus*, esta Sala no puede más que ratificar el pronunciamiento de la concurrencia del dolo específico requerido por el tipo en el proceder del acusado, ya que de la ponderación conjunta de aquéllos fluye de manera tan nítida como racional un modo de proceder torcido y arbitrario por parte del acusado, instrumentalizando las potestades jurisdiccionales de las que era titular en consecución de objetivos torticeros y espurios, ajenos y contrarios a los legales que por su función judicial venía obligado a preservar y que le demandaban las funciones jurisdiccionales que la Ley le encomendaba, produciendo con ese reprochable hacer una intencionada y maliciosa dilación en la Administración de Justicia en el ámbito de su actividad judicial como medio de provocar una situación de crisis en la prisión que pusiera de manifiesto la supuestamente errónea política penitenciaria de los nuevos dirigentes del Centro Penitenciario, todo lo cual configura una actuación que, cuando menos, integra la modalidad prevaricadora del artículo 449 CP apreciada por el Tribunal de instancia. No siendo ocioso subrayar, que ninguna diferencia nuclear se advierte entre la prevaricación consistente en dictar a sabiendas una resolución injusta del artículo 446 y la modalidad prevaricadora del retraso malicioso prevista en el artículo 449, pues en ambos casos la esencia que tñe de antijuridicidad la actuación del Juez es la misma: la aplicación perversa y abusiva del derecho que produce una retorsión del ordenamiento jurídico y un abuso de la función judicial.

El motivo debe, en consecuencia, ser rechazado.

Decimosexto.—Por el mismo cauce de infracción de Ley del artículo 849.1.º LECrim. se denuncia la indebida aplicación del artículo 74 CP, alegando que no cabe calificar los hechos como delito continuado porque no se han producido una pluralidad de violaciones de la Ley Penal según el concepto de unidad natural de la acción «que lleva a predicar la realización de una única conducta típica aunque sean varios los actos realizados por el sujeto», unidad típica de acción que surge cuando varios actos son unificados como objeto único de valoración jurídica.

En estrecha relación con este argumento, el Ministerio Fiscal apoya el reproche aduciendo que los hechos probados reflejan un supuesto de unidad natural de acción no susceptible de descomposición en varios actos delictivos, pues el condenado perseguido, y así se considera probado, desestabilizar el gobierno del Centro Penitenciario con el conjunto de su actuación y es esa conjunta actividad la que constituye la acción típica sancionada, que obedece a un único designio delictivo y se desarrolla en acciones diferentes, lo que excluiría la calificación de continuidad delictiva.

La Sala no comparte la censura de consuno formulada.

Los hechos que se describen en el *factum*, «en ejecución de un único plan, que se hizo realidad» (apartado 3 de los Fundamentos Jurídicos de la sentencia), han sido correctamente incardinados en el artículo 74 CP que regula la continuidad delictiva, pues cada uno de aquéllos promovieron la demora en la resolución judicial de los expedientes de autorización de permisos penitenciarios, constituyendo en sí mismos un ilícito penal. Ni siquiera respetando el discurso argumental del Tribunal sentenciador a que aluden el motivo y el Fiscal, según el cual la conducta típica sancionada está formada por el conjunto de resoluciones adoptadas por el acusado, cabe acoger el reproche. Porque es el propio Tribunal de instancia el que separa y diferencia los distintos conjuntos de resoluciones, cada uno de los cuales conjuntos se refiere a las providencias según el contenido de éstas, de suerte que cada bloque de las providencias denominadas PGT son independientes de las «providencias de alegaciones», y ambas, distintas de las que demoraban la tramitación de los recursos de apelación interpuestos por el Fiscal. Cada uno de esos bloques de resoluciones constituirían el conjunto de cada uno de ellos una acción típica *per se* como también la constituirían cada acción individual dentro de ese conjunto, de manera que, obedeciendo los diferentes

actos y conjuntos de actos a un mismo designio en virtud del cual se ejecutaban, esta actuación global se enmarca penológicamente en la continuidad delictiva legalmente prevista en el precepto aplicado por el Tribunal *a quo*.

(Sentencia de 20 de enero de 2003)

## ARTÍCULO 464

*Intentar influir, con violencia o intimidación, directa o indirectamente en quien sea parte en un procedimiento para que modifique su actuación procesal: existencia: hermano de acusado de asesinato que conmina a la perjudicada a que retirase la denuncia «bajo la seria advertencia de que si no lo hacía iba a tener problemas»*

Primero.—Se reduce el reproche casacional formalizado por Fermín a la condena como autor criminalmente responsable de un delito de obstrucción a la justicia, del artículo 464.1 del Código penal, en dos motivos de contenido casacional, por la vía autorizada por el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como vulneración de derechos fundamentales, denunciando como infringida la garantía constitucional de inocencia, proclamada en el artículo 24.2 de nuestra Carta Magna. También se articula un motivo por *error facti* (art. 849.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), pero éste es completamente inadmisibile al invocarse como documentos a efectos casacionales, pruebas de contenido personal, según reiterada jurisprudencia de esta Sala.

Las reglas básicas, y consolidadas jurisprudencialmente por su reiteración, para analizar el ámbito y operabilidad del derecho a la presunción de inocencia pueden resumirse de acuerdo con múltiples pronunciamientos de esta Sala, como las Sentencias de 4 de octubre de 1996 y 26 de junio de 1998 entre otras, en el sentido de que para poder apreciar en el proceso penal una vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia se requiere que en la causa exista un vacío probatorio sobre los hechos que sean objeto del proceso o sobre alguno de los elementos esenciales de los delitos enjuiciados, pese a lo cual se dicta una sentencia condenatoria. Si, por el contrario, se ha practicado en relación con tales hechos o elementos, actividad probatoria revestida de los requisitos propios de la prueba de cargo, con sometimiento a los principios procesales de oralidad, contradicción e inmediación, no puede estimarse la violación constitucional basada en la presunción de inocencia, pues las pruebas así obtenidas son aptas para destruir dicha presunción, quedando sometidas a la libre y razonada valoración del Tribunal de instancia, a quien por ministerio de la Ley corresponde con exclusividad dicha función (art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 117.3 de la Constitución española).

En términos de la Sentencia de 2 de abril de 1996, su verdadero espacio abarca dos extremos fácticos: la existencia real del ilícito penal y la culpabilidad del acusado, entendido el término «culpabilidad» (y la precisión se hace obligada dada la polisemia del vocablo en lengua española, a diferencia de la inglesa), como sinónimo de intervención o participación en el hecho y no en el sentido normativo de reprochabilidad jurídico-penal (entre otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1989, 30 de septiembre de 1993 y 30 de septiembre de 1994). Por ello mismo son ajenos a esta presunción los temas de tipificación (entre varias, Sentencia del Tribunal Constitucional 195/1993, y las en ella citadas). En este sentido recuerda la Sen-

tencia de 20 de mayo de 1997 que el ámbito de la presunción de inocencia queda circunscrito a los hechos externos y objetivos subsumibles en el precepto penal, pero nunca al elemento subjetivo de la concreta tipicidad.

Bajo estos parámetros interpretativos, el motivo tiene que ser desestimado.

En efecto, la Sala sentenciadora contó con el testimonio de la denunciante Fátima, que fue correctamente valorado por el Tribunal de instancia, y que se encontraba reforzado en lo referente a la identificación del sujeto activo del delito, con la diligencia de reconocimiento en rueda, practicada en la fase sumarial, a la que ningún reproche se ha formulado, y con las declaraciones de la víctima, tanto en dicha fase, como en el plenario, relatando los pormenores del suceso habido con el acusado, el cual, ya con su hermano en prisión, le conminó a dicha testigo (perjudicada) a que retirase la denuncia frente a su hermano «bajo la seria advertencia de que si no lo hacía iba a tener problemas». De igual forma, le distinguió perfectamente de otro hermano del principal acusado en esta causa, y manifestó, tras la oportuna rueda de reconocimiento, que este último no tenía nada que ver en los hechos denunciados, sin que las dudas expresadas por el recurrente acerca de la calvicie o no del mismo, tengan virtualidad para dejar sin credibilidad el testimonio de Fátima, toda vez que el reconocimiento en rueda fue rotundo, y las precisiones que realizó en el plenario, despejaron las dudas del Tribunal, llegando a una convicción claramente condenatoria, por haber efectuado esas amenazas a la testigo citada. En consecuencia, no hay vacío probatorio alguno, sino prueba de cargo, racionalmente valorada, más allá no se extiende nuestro control casacional cuando de la presunción de inocencia se trata.

Adentrándonos en la tipicidad de los hechos, aunque ésta directamente no haya sido cuestionada, hemos de recordar que el precepto por el que se ha sido condenado el recurrente, el artículo 464, tiene su precedente en el artículo 325 bis del Código penal derogado, introducido en la reforma parcial y urgente de 25 de junio de 1983, y tiene carácter de régimen general, los de protección penal de todos los intervinientes en procesos judiciales, y es completado con algunas normas especiales, como la Ley Orgánica 19/1994, de 23 diciembre, de Protección de Peritos o Testigos en Causas Criminales.

Como delito de tendencia o simple de actividad, se consuma aunque el sujeto pasivo no llegue a efectuar el acto exigido (Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1991, 10 de febrero y 13 de junio de 1992, 16 de julio de 1993), lo que conlleva la imposibilidad de formas imperfectas, Sentencia de 22 de febrero de 1991, ya que el mismo apartado del mencionado artículo, añade que «si el autor del hecho alcanzare su objetivo se impondrá la pena en su mitad superior».

Sujeto pasivo son las personas enumeradas exhaustivamente, o sea en sistema de *numerus clausus* (Sentencia de 23 de julio de 1988), de modo que no pueden entenderse comprendidos quienes no hubiesen adquirido tal condición aunque potencialmente puedan llegar a serlo con posterioridad (Sentencia de 4 de octubre de 1989), como es el caso del que aún no ha denunciado, que podrá ser sujeto pasivo de un delito de amenazas o coacciones.

En cuanto a concursos se apreciará el de normas, con aplicación del artículo 464.1 por aplicación del principio de especialidad con las amenazas condicionales sentencia 2 febrero 1990.

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 (SSTS de 21 de noviembre de 1988, 5 de noviembre de 1990 y 11 de abril de 1996), habiéndose apreciado por la Sala cuando las expresiones expuestas en tono moderado, son suficientemente significativas para atemorizar al denunciante (SSTS de 12 de febrero y 8 de octubre de 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 de mayo de 1986, 16 de marzo de 1990, 11 de febrero de 1991 y 11 de abril de 1996, que se resume en la de 6 de noviembre de 2001, y últimamente, Sentencias de 3 y 13 de enero de 2003).

El comportamiento incriminado en el núm. segundo del artículo 464, cabe considerarlo vinculado al primero, por el peligro abstracto que supone para el correcto funcionamiento del proceso las conductas de represalia. En todo caso, el comportamiento ha de realizarse con esa finalidad de represaliar constituyendo un elemento subjetivo del injusto (Sentencia de 21 de febrero de 1992). Por otra parte, el Texto del Código se refiere a «cualquier acto», de modo que no es necesario que se trate de una conducta tipificada como delito, según expresa la misma sentencia citada. El delito se consume con la conducta atentatoria, sin que sea preciso un resultado lesivo. Respecto a este segundo tipo penal, (véase la Sentencia de 4 de noviembre de 2002).

Aplicando estas consideraciones jurídicas al caso sometido a nuestra revisión casacional, es evidente que fue correctamente aplicado el tipo penal descrito en el artículo 464.1 del Código penal, ya que la intimidación está constituida por la «seria advertencia» de que si no modificaba su comportamiento procesal «iba a tener problemas», lo que produjo el lógico temor en el sujeto pasivo del delito, por parte del hermano del procesado que resultaría condenado, entre otros delitos, por el de asesinato, en el cual fue decisivo el testimonio de la denunciante, debiendo enjuiciarse el temor que la intimidación provoca no solamente con frases de irrefutable contenido atentatorio contra bienes personales del sujeto pasivo (o de su entorno más próximo), sino aquellas otras más o menos veladas que inequívocamente conducen al mismo objeto.

En consecuencia, el recurso tiene que ser desestimado.

(Sentencia de 6 de junio de 2003)

## ARTÍCULO 541

*Expropiación ilegal: elementos. Existe en el caso de obra pública en terreno privado, obligando al propietario a reclamar en la vía contenciosa, que condena al Ayuntamiento a realizar la previa vía expropiatoria*

Cuarto.—El motivo IV se ampara en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infracción, por aplicación indebida, del artículo 196 del Código penal derogado.

1. Invoca en su ayuda la doctrina jurisprudencial que exige, para la existencia de dicho delito, la ausencia de todo procedimiento expropiatorio o de irregularidades sustanciales en su tramitación, así como la producción del efectivo despojo o expropiación de los bienes, por considerar que se trata de un delito de resultado y no de mera actividad.

Vuelve a insistir en que ha existido un procedimiento expropiatorio, en el que el Ayuntamiento debería tener alguna base jurídica, porque no se le impusieron las costas, lo que descarta todo planteamiento temerario e infundado. También falta el resultado, ya que el titular de las fincas, al ver desestimadas inicialmente sus pretensiones, acudió a la jurisdicción competente, donde obtuvo la debida reparación.

2. Una vez más, se introducen elementos de hecho que no están recogidos, en los términos que pretende el recurrente, en los antecedentes de la sentencia. La resolución impugnada afirma que las parcelas pertenecen, en su totalidad, y en una sexta parte respectivamente, al denunciante, que las había comprado a su anterior propietario y había inscrito una de ellas en el Registro de la Propiedad el 15 de julio de 1976, pero no la segunda. También es cierto e irrefutable, que el propietario había construido, sobre una de las parcelas, dos edificios y un jardín y había permitido que la antigua escuela tuviera salida a una porción sobrante de dicha parcela.

También era conocido por el acusado, que la otra parcela era utilizada para descargar todo tipo de materiales, como recreo de la escuela y para bailar en las fiestas del pueblo.

La inexistencia de un procedimiento expropiatorio, se desprende de la propia sentencia contencioso-administrativa, que ha resuelto el 29 de marzo de 2001, reconocer al denunciante, el derecho a ser compensado e indemnizado por la privación de sus bienes y derechos, a través del oportuno expediente expropiatorio, en la forma legal marcada, retrotrayendo a tal fin el expediente de pavimentación de la Plaza de las Eras, condenando a la Administración demandada a efectuarlo.

3. Los elementos constitutivos del delito de expropiación ilegal, recogidos en el artículo 196 del Código penal derogado y reproducido, de manera sustancialmente igual, en el artículo 541 del Código vigente, exige los siguientes requisitos:

a) La condición de autoridad o funcionario público de la persona que acuerda la expropiación.

b) La actividad expropiatoria, abarca toda clase de bienes pertenecientes a titulares distintos de las entidades, públicas o privadas, que pretenden poner en marcha el procedimiento expropiatorio.

c) Que la expropiación no solamente incumpla los requisitos legales, sino que carezca de causa alguna justificada de utilidad pública o interés social, de conformidad con el artículo 33 de la Constitución.

d) Ausencia de formalidades legales.

e) Que la autoridad o funcionario conozca la ilegalidad de la actuación que pretende iniciar, por constarle que no concurren los requisitos que él pretendía acreditar en la certificación tantas veces mencionada.

4. La relación de hechos probados nos demuestra que el Alcalde era consciente de la ilegalidad de su decisión expropiatoria y que pretendía encubrirlo, haciendo ver a la Diputación que subvencionaba las obras que disponía de los terrenos necesarios para ello, bien porque fueran titularidad del Ayuntamiento o bien porque se hubiese iniciado el expediente de expropiación.

Nada de esto sucede en el caso concreto, ya que el acusado, por las vías de hecho, trató de actuar sin ningún trámite previo, de carácter expropiatorio y tuvo que ser el titular de las parcelas el que iniciase el procedimiento contencioso-administrativo para restablecer su derecho.

El resultado material de la expropiación ilegal se ha producido ya que las obras se llevaron a efecto y han incidido sobre los bienes de un particular. La posible reparación o indemnización y la tramitación en forma, de un expediente expropiatorio, pone de relieve, por un lado, que la anterior decisión era ilegal y, por otro, que los perjuicios económicos del delito, se han producido sin perjuicio de que si se accede a la expropiación se le puedan reparar.

Por lo expuesto el motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 12 de julio de 2003)

## ARTÍCULOS 572 y 576

*Es cooperador el que suministra información a comando, alquila locales para el desarrollo de sus actividades y apoya para el transporte: son actos típicos de colaboración con banda armada: concurso de leyes en el que la cooperación en el atentado concreto, por ser tipo más amplio, absorbe al delito de colaboración con banda armada*

Primero.—La sentencia recurrida, entre otros pronunciamientos, condenó a José M.<sup>a</sup> D. M. como cooperador necesario respecto de un delito de atentado del artículo 233.2 con resultado de lesiones menos graves del artículo 422 CP/1973, por unos hechos ocurridos el 11-6-1987. Al paso de un convoy de la Policía Nacional compuesto por dos furgones la banda terrorista ETA hizo explotar un coche bomba cargado con 16 kilogramos de amonal y 30 de tornillos. Se produjeron graves daños en los dos furgones y en otros muchos vehículos y edificios del barrio de Loyola de San Sebastián donde el hecho se produjo, así como lesiones en cuatro personas. Los nueve policías que ocupaban tales dos furgones resultaron ilesos por el blindaje de los vehículos.

El Ministerio Fiscal no pudo acusar por los nueve delitos correspondientes al intento de homicidio respecto de tales nueve policías, porque no lo permitía el contenido de la extradición que concedió el Gobierno francés al respecto (principio de especialidad). D. sólo pudo ser acusado de este delito de atentado con resultado de lesiones menos graves.

Fue condenado a las penas de 26 años de reclusión mayor y ahora recurre en casación por dos motivos que hemos de rechazar, comenzando por el 2.º relativo a la presunción de inocencia y dejando para el final el 1.º que se refiere a la calificación del hecho, porque lo fáctico es lógicamente previo a lo jurídico.

(...)

Tercero.—Aclaradas así las cuestiones de hecho suscitadas en el presente recurso, ya estamos en condiciones de abordar el motivo 1.º, en el que, por el cauce del artículo 849.1.º LECrim., se alega infracción de Ley por vulneración del artículo 14.3 en relación con el 233.2 CP/1973.

Se plantean aquí dos cuestiones que hemos de contestar separadamente:

A) En primer lugar se dice que los hechos por los que se condena a D. encajan en el artículo 174 bis a) por lo que debió condenarse a éste, a lo sumo, por el delito de colaboración con banda armada que en esta norma penal se define.

No le falta razón al recurrente en cuanto que es cierto que la conducta que, respecto de José M.<sup>a</sup> D., nos describe el relato de hechos probados encaja efectivamente en tal artículo 174 bis a). Ciertamente la información que éste prestaba al comando Donosti, así como los locales alquilados para el desarrollo de las actividades de este comando o el apoyo para el transporte que D. proporcionaba, son actos propios de esa colaboración definida como delito en tal artículo 174 bis a).

Pero también es cierto que estos hechos, cuando se refieren a un delito concreto cometido por el comando, constituyen, si no cabe hablar de coautoría, actos de cooperación (necesaria del artículo 14.3.º o no necesaria complicidad del artículo 16, a esta cuestión nos referiremos luego), es decir, actos de participación en un delito cometido por otros, los autores propiamente dichos. En estos términos condenó a D. la sentencia recurrida (hechos probados, al principio del apartado segundo, pp. 6 y 7). Y ello es posible conforme a reiterada doctrina de esta sala: entre otras, las Sentencias de 26 de enero de 1993 y 11 de febrero de 2000, citadas por el Ministerio Fiscal al impugnar el presente recurso.

Pues bien, en estos casos, cuando los hechos delictivos encajan en dos disposiciones penales y no es necesario aplicar las dos para abarcar la total antijuridicidad del suceso, nos hallamos ante un concurso de normas a resolver por lo regulado en el artículo 8 CP, concretamente en este caso por su regla 3.<sup>a</sup> que recoge el criterio de la absorción, a aplicar cuando el precepto penal más amplio consume a otro más simple. Aquí la cooperación necesaria en el delito de resultado (atentado con resultado de lesiones) absorbe a la autoría del delito de colaboración con banda armada, delito de mera actividad. El peligro abstracto que constituye la razón de ser de tal delito del artículo 174 bis a) se concreta, en una progresión criminal, en la lesión que se produce en el mencionado atentado.

La Ley Penal tipifica, en un adelanto de las barreras para la prevención del delito, como infracción específicamente tipificada, lo que, luego, al quedar consumado el delito de lesión, queda reducido a un mero acto preparatorio respecto de este último.

B) 1. La segunda cuestión planteada en este motivo se refiere a la pretensión del recurrente relativa a que la narración de hechos probados de la sentencia recurrida no contempla una conducta que encaje en la cooperación necesaria del artículo 14.3.º CP 73. Parece que quiere que nosotros digamos aquí en casación que tales hechos constituyen la complicidad (cooperación no necesaria) del artículo 16.

Veamos lo que en este sentido nos dicen los hechos probados:

«Los integrantes del comando Donosti se valieron de las informaciones que el acusado José María don M., mayor de edad y sin antecedentes penales, les proporcionaba acerca de los objetivos sobre los que iban a atacar, y de la cobertura que también este acusado les proporcionaba, bien mediante el traslado de los miembros del comando en su vehículo, bien alquilando una bajera, como la de Inchaurrena, y un garaje en Amara a fin de tener un lugar seguro donde depositar el material explosivo y preparar los vehículos para los atentados».

El problema se plantea de forma simple, pero de solución difícil.

Lo que hemos de resolver aquí es si estos actos de colaboración concretos que tal párrafo de los hechos probados nos describe, unido a lo que precisa el párrafo siguiente, cuando nos concreta que fueron esas informaciones las que sirvieron al comando para conocer el itinerario de los coches patrulla cuanto iban de la cárcel de Martutene a San Sebastián, origen del atentado aquí examinado, han de considerarse actos necesarios para la ejecución del delito (art. 14.3.º) o no necesarios (complicidad del artículo 16).

2. La solución a este problema no es fácil, porque, si la necesidad se mide en abstracto, prácticamente no se aplicaría la figura del 14.3.º, pues en abstracto prácticamente siempre sería posible pensar en alguna posibilidad de comisión del delito sin esa participación específica, y si se valoran en concreto, todas o casi todas las aportaciones de estos cooperadores en delito ajeno habrían de considerarse necesarias.

No debe ser la teoría de dominio del hecho la que resuelva este problema, pues ésta sirve para otra cosa: para diferenciar al autor (o mejor el coautor) de los partícipes (inductores, cooperadores necesarios y no necesarios).

Mucho éxito viene teniendo en los tribunales, por tratarse de una regla bastante práctica y de fácil comprensión, la llamada teoría de los bienes escasos: quien aporta al autor o autores un comportamiento de colaboración no fácil de conseguir, sería cooperador necesario, y cómplice en caso contrario.

Otra posición se aproxima más al texto literal del precepto legal: sería cooperación necesaria aquella que el autor o autores hubieran tenido en cuenta para tomar su resolución de delinquir, de modo que, de no haber contado con esa colaboración concreta, no se habrían decidido a cometer el delito. El «acto sin el cual no se habría efectuado» el delito, lo refieren, a este criterio subjetivo.

Otros, objetivando más el tema, plantean el problema desde la relación de causalidad entre ese acto concreto y el resultado delictivo.

En realidad, ninguno de estos criterios puede, por sí solo, servir para resolver el problema. Sólo son pistas que nos tienen que ayudar para, ante el caso concreto, determinar la importancia de la colaboración: un criterio quizá sólo cuantitativo, a medir por tales varios criterios y cualesquiera otros que pudieran presentarse como útiles en el supuesto concreto.

3. Aplicando lo antes expuesto al caso presente, esta sala no tiene la menor duda acerca de que fue acertada la condena por cooperación necesaria que para José M.<sup>a</sup> D., al amparo del artículo 14.3.º CP/1973, hizo la sentencia recurrida:

a) Nos encontramos ante varias aportaciones concretas del recurrente a la autoría de los dos ya condenados en otra resolución, conforme al relato de hechos probados antes reproducido:

1.<sup>a</sup> José M.<sup>a</sup> D. proporcionaba informaciones de las que se valieron los autores para preparar y cometer el delito, concretamente la ruta que la policía seguía desde Martutene al cuartel de San Sebastián.

2.<sup>a</sup> Traslataba a los miembros del comando con su vehículo de un lugar a otro.

3.<sup>a</sup> Alquiló una bajera en Inchaurreondo y un garaje en Amara a fin de tener un lugar seguro donde guardar los coches y los explosivos y donde poder preparar los vehículos para los atentados.

b) De tales aportaciones, las dos primeras podrían plantear dudas en cuanto a su carácter necesario o no necesario para la ejecución del atentado tal y como se produjo. Los vehículos abundan hoy en día en todas partes y es fácil disponer de uno para un determinado traslado. Y las informaciones, como bien dice el recurrente, cualquiera puede obtenerlas, incluso los propios autores sin auxilio de nadie, habida cuenta de que esos viajes de los furgones policiales se hacían por las vías públicas y cualquiera podía verlos.

Sin embargo, la prestación de unos locales donde guardar y reparar los coches y los explosivos, es claro que tiene especial relevancia en esta clase de hechos. Han de ser lugares especiales donde nadie pueda entrar salvo los implicados en los hechos y, por otro lado, sin tenerlos a disposición del comando esta clase de actividades delictivas no pueden prepararse.

Esta bajera y garaje son «bienes escasos», según la doctrina a la que acabamos de referirnos, y, además, los autores no habrían resuelto cometer el delito, al menos en la misma forma en que lo hicieron, si no hubieran dispuesto de tales locales clandestinos.

c) Ciertamente, si tenemos en cuenta esta plural aportación de don a los hechos que estamos examinando, tenemos que afirmar, repetimos, que nos encontramos ante una contribución importante sin la cual el hecho no se habría ejecutado en la forma concreta en que se produjo.

Nos hallamos, sin duda, más cerca de una coautoría que de una complicidad.

(Sentencia de 31 de marzo de 2003)

## ARTÍCULO 576

*Actos de colaboración: características. Existe en el caso de ocultar herramientas u otros objetos entregados por miembro de ETA a sabiendas de la pertenencia a la organización de la persona que los*

*entregaba, no siendo aquéllos ni armas ni explosivos. Distinción con el delito de pertenencia a banda armada*

Tercero.—Recurso de Marcelina...

Aparece formalizado a través de tres motivos.

El motivo primero, por la vía de la vulneración de derechos constitucionales denuncia la violación del derecho a la presunción de inocencia en relación a los tres delitos por lo que ha sido condenado y que coinciden con los del anterior recurrente.

Dando por reproducida la doctrina sobre el ámbito del control casacional en relación al derecho a la presunción de inocencia, y reiterando, asimismo, la censura que merece la sentencia de instancia núm. 29/2001, de 3 de diciembre de la Sección Tercera de la Audiencia Nacional en cuanto a la falta de motivación jurídica y la insuficiente motivación fáctica, procederemos de idéntico modo que en el anterior recurso.

La sentencia sometida al presente control casacional, en el Fundamento Jurídico primero argumenta la existencia de los tres delitos de que se condena a la recurrente, del siguiente modo en cita textual:

«En lo referente a Marcelina..., la inculpa Luis..., tanto ante la policía autónoma y se ratifica en el Juzgado. La declaración de Almaraz no tiene ningún motivo espurio como odio o venganza, además las armas y explosivos aparecen en perfecto estado de funcionamiento. No es aceptable la explicación del desconocimiento del contenido ilícito de la bolsa, cuyo peso tenía que ser considerable y que se oculta en una lonja y no en el propio domicilio familiar».

Luis prestó declaración en tres ocasiones:

- a) En el atestado ante la Ertzaintza.
- b) En sede judicial durante la tramitación de la causa.
- c) En el Plenario.

En la declaración en sede policial, obrante a los folios 446 se encuentra la referencia inculpativa para la recurrente. Se afirma en la misma por parte de Luis..., que «... por su cuenta contacta con una chica llamada Marcelina... que reside en Basauri a la que le propone si podía guardar en algún sitio material que el comando no podía pasar a Ipanalde, tal como herramientas, el subfusil UZI, etc., así como si podía encargarse de pagar el finiquito del alquiler del piso de Federico..., a su dueña, todo lo cual acepta...».

En la declaración en sede judicial, tras ratificar su anterior declaración en relación a Marcelina manifiesta que «... el armamento se lo dejan a una colaboradora...».

En la declaración en el Plenario folios 1137 y 1138 reitera que le dejó una bolsa, que no recuerda lo que llevaba pero no tenía ni armas ni explosivos.

En esta situación se está en presencia de declaración de un coimputado coincidente en que Iratxe aceptó colaborar con ETA y que asimismo aceptó guardar una bolsa, lo que Iratxe hizo en la lonja que tienen los padres en la planta baja del edificio donde tienen su vivienda. Declaración que tiene el valor de prueba de cargo en la medida que fue efectuada en sede judicial e introducida en el Plenario.

Existe una discrepancia importante entre las diversas declaraciones analizadas relativa al extremo del contenido de la bolsa que le entrega a Iratxe. En el atestado hace referencia a herramientas y a un fusil Uzi, en el sumario se refiere a armamento, lo que expresamente excluye reiteradamente en su declaración en el Plenario. En esta situación, tratándose de declaración de coimputado, está precisada de corroboraciones externas sin las cuales no puede estimarse la existencia de una mínima prueba de cargo desde las exigencias constitucionales que se derivan del derecho a la presunción de inocencia, dada la peculiaridad y desconfianza con que deben valorarse la

declaración de un coimputado. Por todas SSTC de 9 de diciembre de 2002 y 28 de abril de 2003. En el presente caso, tal corroboración está constituida por el acto reconocido y no negado por la propia Iratxe de haber ocultado en la lonja diversos efectos los que fueron ocupados en el registro domiciliario que fue llevado a cabo y cuyo resultado obra en el *factum* folios 15 y 16 de la sentencia. Dicha relación contiene entre otros objetos tales como botes de clorato sódico, taladros, cajas de brocas, pilas de petaca, balanzas, recipientes varios de plástico tipo «tupper ware», guantes, imanes, relés, lamparillas incandescentes, un soldador eléctrico, estaño y cinta aislante.

Nada se argumenta en la sentencia relativa a la existencia de explosivos o armas, y es evidente que de la relación de efectos ocupados en el registro se verifica en este control casacional que no existen ni armas ni explosivos, por lo que ya podemos adelantar la inexistencia de prueba en relación a los delitos de depósito de armas y tenencia de explosivos, porque aunque en alguna de las declaraciones de Luis se cita armamento como objeto de la custodia, en su declaración en el Plenario, lo excluyó y la corroboración que constituye la ocupación de los efectos citados no permite afirmar la existencia de tales delitos, máxime si se tiene en cuenta que la sentencia nada razona sobre una hipotética tenencia o mínima disponibilidad de tales armas y explosivos.

Más aún, el examen efectuado acredita justamente lo contrario, es decir, que Marcelina no tuvo ni la más elemental y grosera posesión de tales armas y explosivos, y el hecho de que otros coimputados fueran condenados por ello, no permite *sic et simpliciter* extender tal condena a Marcelina..., sobre todo si se tiene en cuenta que tampoco su ayuda a la organización terrorista ETA tuvo la intensidad exigible como para estimar cometido un delito de integración en banda armada como se razonará seguidamente.

Por ello, dicho registro tiene el valor de corroboración que apoya la declaración de Luis sobre la realidad de la ayuda prestada por Marcelina a la organización terrorista.

En efecto, la jurisprudencia de esta Sala ha efectuado el deslinde entre los delitos de integración en banda armada de los artículos 515 y 516 y de colaboración con banda armada del artículo 576, ambos del Código penal, en relación a la intensidad y persistencia de la persona en la estrategia y métodos de la organización terrorista, de tal modo que el integrante en banda armada aparece en comunión más fuerte y nuclear con la patógena ideología que vertebra la actividad terrorista en una permanente renovación de la voluntad de formar parte de la empresa criminal que es la actividad terrorista participando de sus discursos y de su actividad, sin perjuicio de que si, se acreditara la intervención del integrante en concretos actos de terrorismo, sin riesgo de vulneración del principio *non bis in idem*, procedería, además de la sanción por el delito de integración, el que pudiera corresponder por el acto de terrorismo enjuiciado SSTS de 28 de junio de 2001 y de 1 de octubre de 2002.

Por contra, el delito de colaboración con banda armada supone un grado claramente inferior en la medida que partiendo de una cierta adhesión ideológica, lo relevante es la puesta a disposición de la banda, informaciones, medios económicos, transporte, en definitiva ayuda externa voluntariamente prestada por quien sin estar integrado en la banda realiza una colaboración de actividad que, en sí misma considerada, no aparece conectada con concreta actividad delictiva. Por ello, son notas distintivas del delito de colaboración (STS de 29 de noviembre de 1997) *a*) su carácter residual respecto del de integración; *b*) es un delito autónomo que supone un adelantamiento de las barreras de protección por razones de política criminal de suerte que si los actos de colaboración estuvieran relacionados, causalmente, con un hecho delictivo concreto se estaría en el área de la participación en tal delito nuclear o periférico pero no el de la colaboración; *c*) por ello es un delito de mera actividad y de riesgo abstracto que se suele integrar por una pluralidad de acciones por lo que tiene la naturaleza de tracto sucesivo, el propio tipo penal se refiere a la colaboración en

plural «...son actos de colaboración...»; y *d*) se trata de un delito doloso, es decir, intencional en el sentido de que el dolo del autor debe conocer y querer la colaboración que presta a la banda armada.

Evidentemente, en cada caso concreto todo enjuiciamiento es un concepto esencialmente individualizado habrán de ser analizados los perfiles y actuaciones de las personas implicadas a los efectos de determinar si se está en presencia de un supuesto de integración o de colaboración (SSTC de 28 de junio de 2000, de 20 marzo de 2002 y de 17 de junio de 2002, entre otras).

Desde esta doctrina, y en su aplicación al caso de autos debemos declarar que la colaboración prestada por la recurrente Marcelina..., calificada en la instancia de integración en banda armada, no puede ser compartida en esta sede casacional.

De entrada, recordemos que el coimputado que la implica Luis en su primera declaración reconoce que «...por su cuenta...» contacta con Iratxe. Junto con esta decisión autónoma del coimputado, desde el primer momento queda fijado el ámbito de la colaboración en la custodia de herramientas u otros objetos, como único acto aislado que materializa y agota tal colaboración y que se patentiza en la ocupación de la larga relación de efectos ninguno de los cuales por sí mismo, constituye ilícito penal, y por lo demás no existe el menor rastro de que Iratxe haya tenido otra u otras intervenciones y el propio *factum* es expresivo al respecto, por el contrario la ayuda externa voluntariamente prestada se ha limitado a ocultar tales efectos, no existe dato ni corroboración que permita extender tal ocultación a armas o explosivos lo que pudiera tener lógicas consecuencias que hubiera podido acreditar una integración en banda con independencia de la responsabilidad por tal tenencia delictiva en sí misma.

Que la recurrente conocía que se le estaba solicitando una colaboración para ETA es algo que aparece en las declaraciones de Luis..., y que incluso se encuentra en la propia declaración de Marcelina que inicialmente niega que aquél le hiciera entrega de la bolsa para reconocerlo ante la evidencia en el Plenario, pero sin dar explicación plausible del primer cambio pero negando el conocimiento de lo que contenía la bolsa. Al respecto debemos recordar la doctrina de la ignorancia deliberada que no exime de su responsabilidad a quien pudiendo y debiendo conocer el sentido de su acción se niega a conocerlo, y trata de obtener ventaja de tal situación (SSTS de 22 de mayo de 2002, de 17 de febrero de 2003 y de 20 de marzo de 2003). Lo que ocurre es que en este caso, tal doctrina tiene un alcance muy limitado porque ninguno de los efectos que guardaba la recurrente tenían la condición de armas o de explosivos.

En esta situación, es claro que la acción enjuiciada merece la calificación de colaboración con banda armada del artículo 576 del Código penal y no de integración, modificación jurídica que no supone ninguna quiebra ni tan siquiera cuestionamiento del principio acusatorio, porque en definitiva, los hechos analizados son idénticos siendo esto lo importante y no tanto la calificación jurídica, máxime cuando ésta es más beneficiosa. La referencia a la teoría de la pena justificada y la reflexión de que en definitiva el principio acusatorio se conecta con los hechos y no con su calificación jurídica, porque en definitiva el objeto del proceso es un *factum*, y no un «crimen», son razones suficientes para salir al paso de posibles alegaciones de vulneración del principio acusatorio (STS de 13 de mayo de 2003, entre otras).

En definitiva el motivo debe ser estimado parcialmente. Existió vacío probatorio de cargo y vulneración del derecho a la presunción de inocencia en relación a los delitos de depósito de armas y tenencia de explosivos, delitos por los que debe ser absuelta Marcelina... No existió vacío probatorio y por tanto no hubo vulneración del derecho a la presunción de inocencia, sino que existió prueba de cargo constituida por la declaración en sede judicial del coimputado Luis con la corroboración que supuso el hallazgo de los efectos que guardaba Marcelina en la lonja de su familia. (Sentencia de 29 de mayo de 2003)

## ARTÍCULO 617.1

*Rotura de incisivo superior y fractura nasal que necesitaron treinta días de curación, sin haber sido preciso para ello tratamiento médico ni quirúrgico y sin mayores concreciones respecto a una posible alteración fisonómica*

Único.— En el único motivo de casación formalizado en el recurso, que se ampara en el artículo 849 LECrim. sin especificar cuál de sus números, se denuncia, simultáneamente, error de hecho en la apreciación de la prueba e infracción del artículo 150 CP por indebida aplicación del mismo a los hechos declarados probados. Haciendo abstracción de la deficiente técnica casacional seguida por la parte recurrente y entrando a resolver primeramente, por razones que enseguida se comprenderán, la denuncia por corriente infracción de ley que, en principio, una buena metodología obligaría a examinar después de la que implica una impugnación del *factum* de la sentencia recurrida, hemos de decir que el motivo debe ser estimado en lo que tiene de reproche a la aplicación del artículo 150 CP. En el tipo descrito en este precepto debe ser subsumida la agresión corporal que causa, entre otros posibles resultados, el de la deformidad. Y una constante y pacífica doctrina de esta Sala ha incluido dentro del concepto de deformidad la pérdida de un diente incisivo porque se ha entendido que la ausencia sobrevenida de una de tales piezas dentarias altera notablemente, por su anomalía y visibilidad, la estética del rostro. Esta Sala, sin embargo, no ha equiparado en todo caso la rotura de un incisivo a su pérdida porque la rotura, a diferencia de la pérdida, admite grados y es posible que algunos de ellos no generen un defecto estético que merezca la calificación jurídica de deformidad. Como en la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia solamente se hace constar que, a consecuencia de los golpes del acusado, el perjudicado sufrió «ruptura de incisivo superior» sin mayores concreciones y no se deduce, por otra parte, del acta del juicio oral que el Tribunal apreciase en el lesionado una sensible alteración fisonómica, hemos de concluir que la aplicación del artículo 150 CP a la acción realizada por el acusado no tiene en los hechos probados base que la sustente suficientemente por lo que debemos declarar indebida dicha aplicación. La estimación del único motivo del recurso debe llevar a esta Sala a calificar correctamente el hecho, sin duda antijurídico, cometido por el acusado y la procedente calificación no es la de un delito de lesiones previsto y penado en el artículo 147.1 CP como subsidiariamente se acepta por la parte recurrente toda vez que del informe de sanidad que obra al folio 38 de las actuaciones instructorias no se deducen los datos necesarios para la integración del mencionado delito. Se dice, en el citado informe, que el tiempo de curación de las lesiones ha sido de treinta días, de los que siete estuvo el lesionado imposibilitado para su trabajo habitual, pero se añade que el mismo no necesitó tratamiento médico ni quirúrgico después de la primera asistencia, lo que significa que las lesiones, una vez eliminada la secuela que se definió indebidamente como deformidad, deben ser incardinadas, no en el artículo 147.1 como delito, sino en el 617.1 como falta, ambos preceptos del CP. En este sentido, procede estimar el único motivo de casación articulado en el recurso, casar la Sentencia impugnada y dictar a continuación otra sentencia más ajustada a Derecho.

(Sentencia de 2 de enero de 2003)

## ARTÍCULO 620.2

*Marido que se niega a devolver a hijos a la madre: Falta de coacciones y no delito de amenazas ni falta de desobediencia*

Primero.—La Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia condenando al acusado Manuel como autor responsable de una falta de desobediencia, otra de coacciones y otra de amenazas a las penas de multa de dos meses con una cuota diaria de 50.000 ptas. por la desobediencia, y por las faltas de amenazas y coacciones, multa de 20 días por cada una de ellas con una cuota diaria de 50.000 pesetas. Asimismo le impuso el abono de una indemnización a Estefanía en cantidad de 500.000 pesetas por los daños morales sufridos.

Como quiera que todos los motivos de casación formulados por las dos partes recurrentes (acusado y acusación particular) se acogen al artículo 849.1.º LECrim., parece conveniente transcribir la declaración de hechos probados de la sentencia impugnada al ser dicho relato histórico la premisa determinante para dilucidar las censuras de los recurrentes por la eventual incorrección de los preceptos penales aplicados por el Tribunal *a quo* a los hechos probados. Como tales se especifican que «en fecha 3 de enero de 1986 el acusado Manuel, con nacionalidad libanesa y española contrajo matrimonio con Estefanía, también con dicha nacionalidad y originariamente española, habiendo tenido una hija de nombre Julia en 1987. Tras convivir la pareja durante diversos periodos de tiempo tanto en España como en El Líbano, para cuya entrada Estefanía obtuvo visados el 2-1-1989, 16-6-1989, 7-11-1989 y 13-1-1990, la esposa (Estefanía) formuló en fecha 7 de junio de 1990 demanda de divorcio designando como domicilio de Manuel, que se encontraba residiendo en El Líbano, el domicilio conyugal, sito en la Avenida 001 de esta capital, y con posterioridad el de una tía del acusado, llamada Alina que cuando se intentó el emplazamiento manifestó que su sobrino se encontraba fuera de nuestro país y concretamente, en El Líbano, desconociendo cuándo volvería a España. Por tales motivos, el emplazamiento y sentencia de divorcio, de 20-12-1991, fueron notificadas al esposo mediante publicación en el BOCAM, quedando la hija bajo la guarda y custodia de la madre, y sin que exista constancia documental de que el esposo fuera notificado personalmente de la misma. Tras diversas vicisitudes entre ambos reanudaron la convivencia, y Estefanía obtuvo visado de entrada en El Líbano el 19-9-1991, 1-4-1993 y 4-11-1993, así como autorización de residencia en el país el 20-2-1992 hasta el 19-2-1993, en que le fue concedida la nacionalidad libanesa. Fruto de esa convivencia fue el nacimiento de su hija Constanza el 8-12-1993 en El Líbano. Desde el verano de 1995, Estefanía se traslada a Madrid con sus hijas, recibiendo periódicas visitas de Manuel, que se aloja en su domicilio, abona mensualmente una cantidad de dinero a Estefanía y en el verano de 1997 se traslada con sus dos hijas a Líbano, con consentimiento de Estefanía, a quien pretende convencer de que se vaya de nuevo a vivir allí. Telefónicamente comunicó a Estefanía que no regresaría con las dos menores y que era ella la que debería irse a vivir al Líbano, por lo que Estefanía denunció el hecho y telefónicamente le dice que legalmente están divorciados, por lo que Manuel denuncia en Beirut a Estefanía por abandono del domicilio conyugal, obteniendo la custodia de sus hijas, con derecho de la madre a visitarles y prohibición expresa de que se las lleve del país, sin que conste que Estefanía fuera citada o notificada del procedimiento. Con fecha 29-10-1997, Estefanía insta la modificación de las medidas acordadas en la sentencia de divorcio y recae sentencia también del Juzgado de Primera Instancia núm. 22 de Madrid, que modifica la recaída en los autos 560/90 de divorcio y que atribuye la patria potestad sobre las dos hijas menores exclusivamente a la madre, así como la guarda y

custodia. Esta segunda sentencia fue notificada el 22-1-1998 en Beirut a Manuel por la Embajada de España, como el 8-1-1998 le habían dado traslado de la cédula de emplazamiento de esta demanda, sin que conste que se le requiriera expresamente para el reintegro de las menores. Durante el tiempo en que se mantuvo esta situación, Estefanía viajó en diversas ocasiones al Líbano, permaneciendo la última de ellas en dicho país desde el 8-11-98 al 23-12-98, asistiendo a la Primera Comunión de su hija Julia. También en este lapso de tiempo se produjeron una serie de llamadas telefónicas de Estefanía al acusado, en el transcurso de las cuales éste manifestó a la madre de las menores que no podía verlas hasta que dejara denunciarle o volviera con él, fuera una persona "normal", retirara las denuncias o dejara de hacer la folklórica. Asimismo profirió la frase "atrévete, atrévete a pisar suelo libanés". En fecha 21 de octubre de 1999 se cursó por el Juzgado de Instrucción núm. 13 de Madrid orden de detención internacional contra el acusado procediéndose a la misma en Estados Unidos, lo que culminó en que tras una serie de avatares las niñas fueran reintegradas a su madre».

Segundo.—Tanto el acusado como la acusación particular combaten la calificación de los hechos como falta de desobediencia que la Sala de instancia subsume en el artículo 622 CP, abogando el primero por la atipicidad y sosteniendo el segundo su calificación como delito tipificado en el artículo 556 CP.

El fragmento del relato histórico que se constituye en el presupuesto fáctico de la infracción penal es aquél que dice:

«Con fecha 29 de octubre de 1997, Estefanía insta la modificación de las medidas acordadas en la sentencia de divorcio y recae sentencia también del Juzgado de Primera Instancia núm. 22 de Madrid, que modifica la recaída en los autos 560/90 de divorcio y que atribuye la patria potestad sobre las dos hijas menores exclusivamente a la madre, así como la guarda y custodia. Esta segunda sentencia fue notificada el 22-1-1998 en Beirut a Manuel por la Embajada de España, como el 8-1-1998 le habían dado traslado de la cédula de emplazamiento de esta demanda, sin que conste que se le requiriera expresamente para el reintegro de las menores».

Sobre esta base fáctica, la sentencia recurrida aplica el artículo 622 CP, argumentando que el acusado ha desobedecido única y exclusivamente la sentencia de modificación de las medidas adoptadas en la sentencia de divorcio de 1991, pero no esta última «porque no existe prueba suficiente de que el acusado tuviera conocimiento de la sentencia de divorcio de fecha 20 de diciembre de 1991...» ya que «es totalmente posible, pues, que el acusado... ignorara la resolución judicial reseñada...». Por otra parte, la mencionada calificación como falta de desobediencia la cimenta el Tribunal sentenciador en el argumento según el cual «sólo puede entenderse, pues, que ha desobedecido una sentencia, respecto de la cual no consta, sin embargo, que fuera requerido expresamente para su cumplimiento, esto es, para el reintegro de las menores».

Así las cosas, cabe significar que el delito de desobediencia requiere: a) un mandato expreso, concreto y terminante de hacer o no hacer una específica conducta, emanado de la autoridad o sus agentes y que debe hallarse dentro de sus legales competencias; b) que la orden, revestida de todas las formalidades legales, haya sido claramente notificada al obligado a cumplirla, de manera que éste haya podido tomar pleno conocimiento de su contenido; c) la resistencia del requerido a cumplimentar aquello que se le ordena, lo que equivale a la exigible concurrencia del dolo de desobedecer, que implica que frente al mandato persistente y reiterado se alice el obligado a acatarlo y cumplirlo en una oposición tenaz, contumaz y rebelde, obstinada y recalcitrante.

Es patente que en el caso examinado no se dan estas exigencias, a la vista de los hechos probados transcritos que constituyen el presupuesto material de la infracción

como figura delictiva que postula la acusación particular, lo que sería suficiente para rechazar tal pretensión. Acaso consciente de ello, dicho recurrente pretende fundamentar su reclamación casacional en base a dos elementos: que el acusado también desobedeció la sentencia de divorcio de 1991, de la que afirma había sido notificado, y que sí se le requirió para que cumplimentara la de 28 de julio de 1998 modificativa de las medidas adoptadas en aquélla después de haber sido notificado de tal resolución. Vano intento, puesto que dichas alegaciones no se compadecen en absoluto con la resultancia de hechos probados ya que como se ha dicho la sentencia declara como no probados uno y otro dato.

Tercero.—Si la conducta del acusado no constituye el delito de desobediencia, entiende esta Sala de casación que tampoco cabe considerarla integrada en la falta del artículo 622 CP, toda vez que no cabe incardinar en el ilícito de desobediencia como delito o como falta cuando la resolución judicial no contiene un mandato concreto, expreso y terminante de reintegrar a las niñas a la madre, no indicando siquiera al notificado que esa resolución fuera firme (el mismo acusador particular expone que podía ser objeto de recurso), y cuando, como subraya el Tribunal *a quo*, no consta que el acusado fuera requerido para el inmediato cumplimiento de reintegrar a las menores, siendo así que dicho reintegro no figuraba en la sentencia notificada al acusado. Por lo demás, resulta sumamente importante el hecho probado de que con anterioridad a la notificación al acusado de la resolución judicial que venimos analizando, aquél había denunciado en los Tribunales del Líbano en Beirut a Estefanía por abandono del domicilio conyugal «obteniendo la custodia de sus hijas...» de las autoridades judiciales libanesas, cuya nacionalidad tenían ambos cónyuges junto a la española, por lo que no cabe excluir que aquél se considerara amparado por una resolución judicial que contradecía la que, sobre la misma materia, había dictado el Juzgado de Primera Instancia núm. 22 de Madrid.

En definitiva, si no existe mandato expreso de una concreta acción u omisión; si no existe un requerimiento o conminación estricta a observar una específica conducta; si la resolución judicial no especifica la ejecutividad y ejecutoriedad de la misma; y si el interesado se encuentra protegido por otra resolución judicial válida y legítima de contenido opuesto, es claro que no se dan tampoco los requisitos que configuran el ilícito de desobediencia como infracción punible menor al no apreciarse la actitud de rebeldía y franca oposición del agente.

Consecuencia de cuanto ha quedado expuesto es la estimación del motivo formulado por el acusado y la declaración de que los hechos probados no constituyen la falta de desobediencia del artículo 622 CP por la que aquél fue condenado.

Cuarto.—La misma reacción impugnativa se repite en relación a la calificación de la conducta del acusado descrito en el *factum* de la sentencia que describe cómo aquél, en el transcurso de una conversación telefónica con su esposa, pronuncia la frase «atrévete, atrévete a pisar suelo libanés», que la Audiencia califica constitutiva de una falta de amenazas del artículo 620.2.º CP y que los recurrentes siempre al amparo del artículo 849.1.º LECrim. consideran incorrectamente calificada, sosteniendo la acusación particular que tal conducta debe integrar el delito de amenazas del artículo 169 en tanto que el acusado reclama la completa atipicidad del hecho.

Desde luego, la pretensión de la acusación particular debe ser desestimada partiendo de la base, elemental y primaria, de que el tipo delictivo en el que se pretende subsumir la acción exige, como requisito fundamental inexcusable que la amenaza consista en causar un mal que constituya uno de los delitos que se especifican en el precepto, y es patente que la frase en cuestión no reúne las exigencias de la acción delictiva típica, porque con la transcrita expresión no se está anunciando la comisión de ninguno de los delitos enumerados en la norma, y así lo entienden también tanto el Ministerio Fiscal como el propio Tribunal sentenciador.

Ocurre, por otra parte que las infracciones criminales tipificadas en el artículo 169 (delito) y 620 (falta), tienen idéntica denominación y participan de la misma estructura jurídica, diferenciándose tan solo por la gravedad de la amenaza, y esta gravedad ha de valorarse en función de la ocasión en que se profiere, de las personas intervinientes y actos anteriores, posteriores y simultáneos, dado que se trata de una figura eminentemente circunstancial.

Pues bien, si la falta de amenazas conserva la misma estructura que el delito del artículo 169, deben señalarse las notas características que configuran esta figura típica, a saber: 1.º el bien jurídico protegido es la libertad de la persona y el derecho que todos tienen al sosiego y a la tranquilidad personal en el desarrollo normal y ordenado de su vida; 2.º es un delito de simple actividad, de expresión o de peligro, y no de verdadera lesión, de tal suerte que si ésta se produce actuará como complemento del tipo; 3.º el contenido o núcleo esencial del tipo es el anuncio en hechos o expresiones, de causar a otro un mal que constituya delito de los enumerados; anuncio de mal que de ser serio, real y perseverante, de tal forma que ocasione una repulsa social indudable; 4.º el mal anunciado ha de ser futuro, injusto, determinado y posible que depende exclusivamente de la voluntad del sujeto activo y produce la natural intimidación en el amenazado; 5.º este delito es eminentemente circunstancial, debiendo valorarse la ocasión en que se profiera, personas intervinientes, actos anteriores, simultáneos y sobre todo posteriores al hecho material de la amenaza; 6.º el dolo específico consiste en ejercer presión sobre la víctima, atemorizándola y privándola de su tranquilidad y sosiego, dolo indubitado, en cuanto encierra un plan premeditado de actuar con tal fin; 7.º la penalidad varía según se exija cantidad o se impongan condiciones al amenazado y según se consigan tanto la cantidad o la condición de ahí su verdadera naturaleza de chantaje o no se hubieran conseguido.

En el caso presente, la expresión objeto de la polémica procesal es una frase concreta que se extrae de toda una conversación telefónica mantenida por dos cónyuges que disputan sobre la situación matrimonial y las consecuencias y efectos de la ruptura, no siendo baladí el hecho de que dicha conversación fue grabada por la esposa del acusado y utilizada posteriormente contra el mismo. En este escenario, la expresión proferida debería ser analizada desde la perspectiva del Derecho penal en el contexto en que fue pronunciada, esto es, en el ámbito de una conversación cuyo contenido y forma de producirse se ignora, pero cabe destacar que, en todo caso, la tan repetida expresión se manifiesta tan etérea y cargada de ambigüedad que no sólo no exterioriza la amenaza de un mal determinado, sino que, en las circunstancias en que se producen los hechos, se hace verdaderamente difícil aceptar que estamos ante la conminación de un supuesto y difuso mal con sólida apariencia de seriedad y firmeza. Pero, si además, tanto en el delito como en la falta, el mal que se anuncia debe en todo caso ser injusto, no puede excluirse en perjuicio del reo que la frase cuestionada se refiriera a las consecuencias legales que para la esposa pudieran derivarse de la denuncia de que ésta había sido objeto en Beirut por el acusado por abandono del domicilio conyugal que consigna el hecho probado, lo que privaría de tal característica a la acción.

En definitiva, considera esta Sala que se ha criminalizado indebidamente una concreta expresión que, por las circunstancias en que se produjo y por la ausencia de las notas que caracterizan el ilícito, carece de relevancia en el ámbito de las infracciones tipificadas en el Código penal y, por ello, el motivo del acusado debe ser estimado.

Quinto.—En relación al hecho probado de que durante el tiempo en que las hijas del acusado y Estefanía permanecieron en El Líbano con su padre se produjeron una serie de llamadas telefónicas de la madre al acusado «en el curso de las cuales éste manifestó a la madre de las menores que no podía verles hasta que dejara de denun-

ciarle o volviera con él, fuera una persona “normal”, retirara las denuncias o dejara de hacer la folklórica», que la sentencia califica como falta de coacciones del artículo 620.2.º CP, el acusado acepta este pronunciamiento, y la única impugnación procede de la acusación particular que denuncia también al amparo del artículo 849.1.º LECrim. infracción de ley por indebida aplicación del artículo 172 CP que tipifica las coacciones como delito.

Tiene declarado esta Sala que la falta de coacciones es una infracción contra la libertad, que supone un constreñimiento antijurídico, y que requiere la concurrencia de los siguientes elementos: 1) una actuación o conducta violenta de contenido material, *vis física*, o intimidatoria, *vis compulsiva*, ejercida contra el sujeto pasivo, bien directamente o bien indirectamente a través de terceras personas, 2) un resultado al que se orienta dicho *modus operandi*, que es el de impedir a alguien a hacer lo que la ley no prohíbe u obligarle a efectuar lo que no quiera; 3) un *animus* tendencial consistente en la voluntad de restringir de algún modo la libertad ajena para someterla a los deseos o criterios propios; 4) la ilicitud de la acción, contemplada desde la perspectiva de la falta de cobertura legal para poder imponer dicha conducta; 5) una menor intensidad, que no permite encuadrar las coacciones en el ámbito delictivo (STS de 3 de octubre de 1997, entre otras).

En relación con este último punto, la STS de 17 de noviembre de 1997 precisa que la conducta violenta, física o psíquica del autor en el ámbito del delito, ha de revestir una gravedad de intensidad importante para distinguirla de las coacciones leves del artículo 622 CP que configura la infracción como falta.

En el supuesto examinado, el Tribunal de instancia razona la calificación como falta «fundamentalmente» (es decir, no sólo por lo que seguidamente expresa, lo que permite percibir que implícitamente se alude a falta de una grave intensidad en la intimidación) por lo que viene denominando la jurisprudencia «características del resultado» en esta clase de infracciones, consignando que «lo cierto es que la denunciante, como ya se ha dicho, pudo viajar a Líbano y estar en reiteradas ocasiones con sus hijas sin que ello supusiera la paralización del proceso penal como es evidente o volviera con el acusado».

En este sentido resulta particularmente acertada la invocación que, para oponerse al motivo hace el Ministerio Fiscal a la Sentencia de esta Sala de 18 de julio de 2002, en la que aborda la cuestión sobre la diferencia entre el delito y la falta de coacciones y establece que la diferencia se afirma desde la valoración de la gravedad de la acción coactiva y la idoneidad de los medios empleados para la imposición violenta teniendo en cuenta la personalidad de los sujetos activo y pasivo de la casación, sus capacidades intelectivas y todos los factores concurrentes, ambientales, educacionales y circunstanciales en los que se desenvuelve la acción. En términos de nuestra reciente jurisprudencia, debemos valorar la entidad cuantitativa de la fuerza empleada o de la violencia ejercida y atender a la realidad circunstancial concurrente (STS de 18 de mayo de 1999).

En nuestro caso, las especiales y significativas circunstancias precedentes y coetáneas a los hechos que singularizan notoriamente los sucesos y, en particular, la inocuidad del resultado, permiten considerar que, existiendo realmente una objetiva acción intimidatoria, o «*vis compulsiva*» ejercida contra el sujeto pasivo, la entidad de la violencia no alcanza la intensidad y gravedad de la requerida para el tipo delictivo, pero sí para la falta.

El motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 5 de junio de 2003)

# CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

## Circulares

### CIRCULAR 1/2003, SOBRE PROCEDIMIENTO PARA EL ENJUICIAMIENTO RÁPIDO E INMEDIATO DE DETERMINADOS DELITOS Y FALTAS Y DE MODIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

#### 1. INTRODUCCIÓN

Resulta indudable que en todas aquellas ocasiones en que la respuesta jurisdiccional al objeto del proceso se produce de forma tardía, el derecho a la tutela judicial efectiva se debilita y pierde buena parte de su significado constitucional. Los valores y derechos fundamentales que convergen en el proceso penal hacen especialmente visibles los daños que una excesiva dilación del procedimiento puede ocasionar a las partes interesadas. La incidencia que algunas medidas cautelares llegan a desplegar en la libertad personal del imputado y la importancia de que la víctima vea prontamente reparados los daños asociados al delito sufrido, obligan a los poderes públicos a empeñar todos sus esfuerzos con el fin de hacer realidad la aspiración generalizada de mayor celeridad y eficacia. A ello se añade la negativa repercusión que –en la percepción colectiva de seguridad– puede ocasionar la lentitud en el tratamiento jurisdiccional de ciertas infracciones penales que, por su naturaleza, la forma de su comisión o por la pena a ellas asociada son susceptibles de un enjuiciamiento inmediato.

La preocupación por una Administración de Justicia que haga de la celeridad uno de sus principios informadores representa una constante histórica. La propia Ley de Enjuiciamiento Criminal en su redacción originaria (hace más de 120 años) ya incorporaba preceptos que acogían mecanismos jurídicos de aceleración, encaminados a impedir la injustificada lentitud de los procedimientos. La realidad –sin embargo– parece empeñada en transmitir la falsa idea de que la falta de celeridad es nota definitoria e inseparable del ejercicio de la actividad jurisdiccional, habiendo llegado a convertir en inaplicables algunos de aquellos enunciados legales (cfr. art. 324).

La reforma introducida por la Ley 38/2002 y la LO 8/2002, ambas de 24 de octubre, hace suyo el objetivo que ya anunciara el *Pacto de Estado de la Justicia* de culminar el proceso de modernización de nuestras grandes leyes procesales, situando entre sus fines la agilización de los procedimientos y el enjuiciamiento inmediato de los delitos menos graves y flagrantes. Es cierto que no han faltado intentos precedentes adscritos a ese mismo objetivo. La creación de las modalidades del sumario de urgencia –Ley de 8 abril 1967–, el enjuiciamiento inmediato de delitos dolosos flagrantes y me-

nos graves –LO 10/1980, de 11 de noviembre–, la regulación del procedimiento abreviado –LO 7/1988, de 28 de diciembre– y, en fin, las medidas urgentes de reforma procesal –Ley 10/1992, de 30 de abril y 2/1998, de 15 de junio–, representan iniciativas legislativas que se han movido en la misma dirección, esto es, definir un cuadro jurídico que permita un enjuiciamiento penal más ágil de infracciones menores.

La experiencia global surgida al amparo de cada una de esas novedades legislativas –pese a que todas ellas aportaron aspectos positivos– no puede considerarse precisamente satisfactoria. En no pocas ocasiones, la rutina en los procesos aplicativos de las normas procesales y la falta de medios necesarios para consolidar algunas de las más importantes novedades, contribuyeron a un extendido escepticismo acerca de la posible solución real al problema del enjuiciamiento inmediato de infracciones penales menos graves.

La Ley 38/2002, lleva a cabo una redefinición de dos modalidades de procedimiento –abreviado y rápido–, aplicables en función de la gravedad objetiva del delito, su naturaleza, su flagrancia y la complejidad de su instrucción (arts. 757 y 795). Junto a ellas, se añade una renovada concepción en el enjuiciamiento de las faltas que, en función de la naturaleza de la infracción cometida, autoriza a un desenlace inmediato de la fase de juicio oral (arts. 962 y ss.). Con carácter general se confiere un significado inédito en nuestro proceso penal a los principios de concentración y oralidad, definiendo un encadenamiento de las distintas fases del procedimiento que permite una significativa reducción de los plazos de espera para el inicio de las sesiones del juicio oral. Al propio tiempo, se da cabida a un régimen jurídico de la conformidad que puede proporcionar un instrumento decisivo para la agilidad de los procedimientos (art. 801). La adecuada protección de la víctima representa otro de los objetivos de la nueva Ley. Así, en línea con los principios definidos por algunos de los textos internacionales suscritos por España y –singularmente– conforme a las previsiones de la *Decisión Marco del Consejo de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal*, se confiere a aquélla un singular *status* en el proceso penal, reconociéndosele el derecho –aun cuando no haya deseado mostrarse parte– a ser notificada de todas las resoluciones jurisdiccionales de mayor relieve.

Ni ésas ni ninguna otra de las importantes novedades que acoge la Ley pueden considerarse ajenas a lo que del Fiscal se espera en el proceso penal. Su consideración como órgano de protección de las garantías procesales del imputado y de salvaguarda de los derechos de la víctima y perjudicados por el delito (art. 773), le convierten en pieza clave para contribuir a la efectiva vigencia de los principios que informan la nueva Ley.

La preocupación institucional por hacer valer la plenitud de los derechos comprometidos en el proceso penal justificó, en su día, la aprobación de distintos instrumentos estatutarios orientados a recordar a los señores Fiscales la importancia de su papel para el logro del objetivo propuesto. La *Circular de 87 de marzo de 1989* sobre el procedimiento abreviado, la *Instrucción de 22 de septiembre de 1992*, sobre algunos aspectos del proceso penal a partir de la reforma operada por la Ley 10/1992 y la *Instrucción de 16 de marzo de 1993*, acerca del Ministerio Fiscal y los derechos de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva y a un proceso público sin dilaciones indebidas, son algunos de los ejemplos más recientes adscritos a ese objetivo.

La propia *Exposición de Motivos* de la Ley 38/2002 ya se encarga de recordar la trascendente aportación del Fiscal al nuevo procedimiento: «... la participación activa del Ministerio Fiscal (...) cobra un destacado protagonismo y, por tanto, asumirá, junto con los Juzgados de Instrucción, una particular responsabilidad en la eficacia de la reforma».

Mediante la presente Circular, pues, se pretende facilitar la búsqueda de soluciones jurídicas a ese desafío institucional. Y está fuera de dudas que las dificultades no

son pocas. En efecto, la Ley ha incorporado un inédito sistema de fiscalización jurisdiccional al cumplimiento de los plazos por el Ministerio Fiscal. Es posible que la efectiva vigencia del principio de celeridad sea ilusoria si no se prevén mecanismos jurídicos de control sobre la observancia de los términos fijados a cada uno de los sujetos y partes del proceso penal. También es cierto que las consecuencias procesales asociadas al quebranto de los plazos fijados por la ley podían haber sido objeto de otro enfoque alternativo.

Sin embargo, la voluntad legislativa se ha expresado con la suficiente claridad y ante ello no cabe otra actitud que contribuir de forma constructiva a eludir los problemas que puedan llegar a presentarse. De ahí la importancia de que –como se razona *infra*– se fijen fórmulas de organización y control por parte de las distintas jefaturas para evitar las disfunciones que podrían presentarse si se consolidara en el seno del Ministerio Fiscal el criterio de que la fijación de un término legal no es sino una referencia orientativa, nunca vinculante, para el órgano constitucional llamado a ejercer el *ius puniendi*.

La exigencia impuesta por la nueva ley de una *participación activa* del Fiscal en las diligencias de investigación a practicar ante el Juez de Instrucción (art. 797.1) va a suponer también un importante cambio en el entendimiento tradicional de su presencia en la fase instructora del procedimiento penal. El previsible incremento en el número de Fiscales de guardia para atender a tal requerimiento legal, la posibilidad de un empleo más frecuente de las nuevas tecnologías –avalada por la modificación del EOMF actualmente en trámite parlamentario– y, en fin, las posibilidades que ofrece la obligada coordinación con el Consejo General del Poder Judicial en materia de señalamientos, pueden facilitar las soluciones a un cambio tan novedoso como obligado, si se quieren eludir algunos de los escollos y disfunciones que han hecho malograrse iniciativas precedentes.

Finalmente, desde un punto de vista metódico, conviene poner de manifiesto que los contenidos de la presente Circular –así como su ordenación sistemática– no han tenido otro objetivo que facilitar el trabajo cotidiano de los señores Fiscales, ofreciendo soluciones a los problemas interpretativos que pueda abrigar la nueva regulación. Se ha eludido de forma consciente profundizar en debates de corte académico acerca de las ventajas o inconvenientes de una u otra opción. Se ha tomado como obligado punto de partida lo que es la voluntad legislativa y –a partir de ahí– se ha buscado proponer fórmulas interpretativas que hagan realidad el principio de unidad de actuación que ha de informar el ejercicio de las funciones del Ministerio Fiscal.

Es evidente que el momento en el que esta Circular ve la luz, anterior a la entrada en vigor de la Ley que constituye su objeto, ajeno a toda jurisprudencia interpretativa y con una bibliografía muy escasa, imponen importantes condicionamientos a su desarrollo. Sea como fuere, los señores Fiscales acomodarán su actuación en el proceso penal a las directrices que en la misma se contienen, sin perjuicio de que el tiempo y la propia experiencia puedan aconsejar la promulgación de nuevos instrumentos estatutarios que complementen el que hoy es objeto de aprobación.

## II. LA REFORMA DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

### II.1. Consideraciones generales

La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrIm.) operada por la Ley 38/2002 y la LO 8/2002 –objeto de estudio en esta Circular–, además de crear un nuevo procedimiento especial ha introducido también ciertas modificaciones en el

procedimiento abreviado, más profundas que la simple alteración de su ubicación sistemática y su articulado. Sin embargo, las reformas de mayor calado –dejando al margen otras que son simple consecuencia de la adecuación del procedimiento a las circunstancias actuales (por ejemplo, la introducción de las requisitorias en ficheros policiales automatizados)– se pueden agrupar básicamente en tres grandes ámbitos: el fortalecimiento de las garantías del imputado, la protección a las víctimas del delito y un nuevo régimen de recursos contra las resoluciones interlocutorias.

## 1. FORTALECIMIENTO DE LAS GARANTÍAS DEL IMPUTADO

### A) *El derecho de todo imputado a la asistencia letrada*

Una de las principales novedades de la reforma es la exigencia de que el imputado, al prestar declaración, esté en todo caso asistido de Abogado. No era ésta la situación anterior, en la que el ejercicio del derecho a la asistencia letrada era obligatorio únicamente cuando el imputado estaba detenido o preso, y meramente facultativo en los restantes casos.

Concretamente, el artículo 118 LECrim. dispone que, para ejercer el derecho de defensa, la designación de Letrado de oficio tendrá lugar cuando el imputado no lo hubiese nombrado por sí mismo y lo solicitare y, en todo caso, cuando la causa llegue a un estado en que sea necesaria su intervención. Este momento era –en el procedimiento abreviado– el de la redacción y presentación del escrito de defensa, motivo por el cual era preceptivo el nombramiento de Abogado una vez abierto el juicio oral (antiguo art. 791.1 LECrim.); con anterioridad a este trámite, sin embargo, el imputado que no se hallase detenido o preso podía prestar declaración ante el Juez de Instrucción sin estar asistido de Letrado, siempre que –tras haberle informado de su derecho a la asistencia letrada y del contenido del mismo en los términos del artículo 118 LECrim.– no hubiese solicitado la presencia de Abogado en la declaración.

La voluntad del legislador ha sido la de poner fin a esta situación y exigir que en las declaraciones prestadas ante el Juez por el imputado –esté o no detenido– le asista siempre un Abogado. A esta conclusión se llega mediante el análisis de los siguientes preceptos:

a) Por una parte, el artículo 767 LECrim. establece que *será necesaria* la asistencia letrada «desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada», a cuyo efecto se procederá de inmediato a la designación de un Abogado de oficio, si no lo hubiere nombrado ya el interesado. La redacción de este precepto contrasta con la del anterior artículo 788.1 LECrim., en el que la designación de Abogado de oficio al imputado sólo se había de realizar cuando «fuera necesaria la asistencia letrada».

b) Por otra parte, el antiguo artículo 791.1 LECrim. –ya citado– establecía que había de procederse al nombramiento de Abogado si, abierto el juicio oral, el acusado no lo hubiese nombrado ni se le hubiese designado de oficio. Esta previsión ha desaparecido en el actual artículo 784.1 LECrim., en el que únicamente se menciona la posibilidad de que el acusado pueda en este momento nombrar Abogado de su elección, pero no que –de no hacerlo– se procederá a su designación de oficio, como expresamente y por el contrario se afirma del Procurador. La razón es que no se ha podido alcanzar este momento procesal sin que el acusado haya designado ya un Abogado o se le haya nombrado de oficio, habida cuenta de que no se habrá podido dictar la resolución prevista en el artículo 779.1.4.<sup>a</sup> LECrim. respecto de quien no haya declarado previamente como imputado, y que dicha declaración la habrá debido realizar en todo caso asistido de Letrado (art. 767 LECrim.).

Por lo que respecta al contenido del Derecho, se especifica ahora que al imputado –sin perjuicio de lo dispuesto por la propia LECrim. para los supuestos en que se haya decretado su incomunicación– podrá entrevistarse con su Abogado tanto antes como después de prestar declaración ante el Juez de Instrucción (párrafo segundo del art. 775 LECrim.). La regulación actual es por tanto análoga a la del artículo 22.1.b) de la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. Obsérvese, sin embargo, que el artículo 775 LECrim. regula únicamente la diligencia de declaración del imputado practicada ante la autoridad judicial en el marco de las diligencias previas, no las declaraciones prestadas por los detenidos en las dependencias policiales; a éstas, sigue siendo aplicable el artículo 520.6.c) LECrim., conforme al cual el derecho del detenido a entrevistarse reservadamente con su Letrado se puede ejercitar sólo «al término de la práctica de la diligencia».

No obstante lo anterior, y como excepción al mandato del artículo 767 LECrim. (que impone con carácter preceptivo la asistencia letrada a todo detenido o imputado) sigue vigente el artículo 520.5 LECrim., que permite la renuncia del detenido o preso a la preceptiva asistencia de Letrado cuando los hechos sean susceptibles de ser tipificados exclusivamente como delitos contra la seguridad del tráfico. No es posible interpretar que, con la entrada en vigor de la Ley 38/2002 y en particular del citado artículo 767 LECrim., se ha producido una derogación tácita del artículo 520.5 LECrim. En primer lugar, porque es posible una interpretación coherente de ambos preceptos, de acuerdo con la cual el segundo de ellos se perfila como excepción a la regla general establecida por el primero. Pero, sobre todo, porque la actual redacción del artículo 520 LECrim. le fue dada por la LO 14/1983, y no puede ser derogada por una Ley ordinaria. Sin embargo, la aplicación del artículo 520.5 LECrim., que exceptúa la imperatividad de la asistencia letrada al detenido en el concreto supuesto de los delitos contra la seguridad del tráfico, no es extensible al momento posterior en que el imputado comparece a declarar ante el Juez de Instrucción; en este momento, recobra toda su vigencia el mandato generalizado del artículo 767 LECrim., singularmente cara a una posible conformidad.

**B) *Contenido del auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado***

Establece el actual artículo 779.1.4.<sup>a</sup> LECrim. que –cuando se concluyan las diligencias previas dictando la resolución por la que se ordena la continuación de la causa por los trámites del procedimiento abreviado– se habrán de determinar los hechos punibles e identificar la persona a la que se le imputan, a quien se habrá de haber recibido previamente declaración en calidad de imputado; regla ésta que no admite ninguna excepción, conforme a una consolidada doctrina emanada de nuestro Tribunal Constitucional.

Exige la Ley que se especifiquen los hechos imputados, pero no que se haga una calificación jurídica precisa de los tipos delictivos en los que tales hechos se podrán incardinar. Por tanto, en el eventual supuesto de que el Juez hubiese empleado términos jurídicos en la descripción de los hechos que se imputan, tal calificación no vincularía a las partes –ni, por supuesto, al Fiscal– a la hora de redactar las conclusiones de sus escritos de acusación, siempre y cuando éstos se concreten a los hechos descritos en el auto del Juez. Las partes estarán vinculadas, a la hora de formular sus escritos de acusación, por la determinación de las personas imputadas que haya hecho en este auto el Juez de Instrucción, y no podrán dirigir su acusación contra personas distintas de las expresamente mencionadas en el mismo.

Todo lo anterior exige una especial vigilancia por parte del Ministerio Público, cuando se le notifique la resolución prevista en el artículo 779.1.4.<sup>a</sup> LECrim., a la

que de ninguna manera cabe considerar como de mero trámite. Si el Fiscal observa que no incluye determinados hechos o determinadas personas respecto de las cuales considera que debe formular acusación, deberá recurrir el auto. No es óbice para ello que dicho recurso no esté contemplado expresamente en la LECrim., ni que su artículo 779.2 mencione únicamente el recurso que cabe contra las resoluciones contenidas en las previsiones 1.ª a 3.ª del artículo 779.1 LECrim. Basta con que no esté expresamente excluido el recurso para que sea aplicable el régimen de recursos previsto en el artículo 766 LECrim. contra los autos del Juez de Instrucción.

La práctica de diligencias complementarias, previstas en el artículo 780.2 LECrim., no es un cauce apropiado para extender la acusación a personas distintas de las expresamente consignadas en el auto de traslado para calificación. No se puede, por tanto, pedir como diligencia complementaria la declaración en calidad de imputado de quien no ha declarado en esta condición con anterioridad, y en consecuencia no ha podido ser incluido como imputado en el citado auto. En el caso descrito, lo procedente será –como se ha indicado anteriormente– recurrir el auto interesando que se reabran las diligencias previas, se reciba declaración como imputado a la persona contra la que se va dirigir la acusación, y se dicte a continuación nuevo auto de traslado para formular acusación.

Asimismo, en el hipotético caso de que –como consecuencia de la práctica de diligencias complementarias– aparezcan nuevas personas a las que se quiera extender la imputación, será preciso instar un auto ampliatorio de la resolución prevista en el artículo 791.1.4.ª LECrim., previa declaración de dichas personas en calidad de imputados.

## 2. PROTECCIÓN A LAS VÍCTIMAS

### A) *Notificación de determinadas resoluciones*

El artículo 779.1.1.ª LECrim. impone al Juez de Instrucción la obligación de notificar el sobreseimiento de las diligencias previas a quienes dicho sobreseimiento «pudiere causar perjuicio». Habrá que interpretar que tales personas son quienes inicialmente hayan aparecido en las diligencias previas como ofendidos o perjudicados por los hechos investigados. La peculiaridad de esta notificación es que debe hacerse precisamente a quienes no están personados en la causa; en el caso de que se hubiesen personado, se les habría de notificar como cualquier otra resolución dictada en el proceso.

La finalidad de esta notificación es doble. Por un lado, permite al perjudicado personarse en la causa y apelar el auto de sobreseimiento, si no está conforme con su contenido (párrafo primero del art. 110 LECrim.). Por otra parte, la notificación del sobreseimiento de las actuaciones penales permite al perjudicado acudir a la vía civil, una vez que dicha resolución sea firme (art. 116 LECrim.).

Asimismo, se menciona la obligación que tienen los correspondientes órganos judiciales de informar a las víctimas –aunque no se hayan mostrado parte en el proceso– de la fecha y la hora del juicio, y de notificarles la resolución que en el mismo recaiga, tanto en la primera como en la segunda instancia (arts. 785.3, 789.4, 791.2 y 792.4 LECrim.), obligación que ya estaba contemplada con carácter general en el artículo 15.4 de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y Contra la Libertad Sexual.

### B) *Personación del perjudicado sin necesidad de interponer querrela*

Una interpretación literal del reformado artículo 771.1.ª LECrim. podría llevar a la conclusión de que la exclusión del requisito de la querrela para personarse en la

causa se extiende ahora sólo al ofendido en sentido estricto, y no a cualquier perjudicado. Sin embargo, el artículo 761.2 LECrim. es claro a este respecto, y afirma que tanto el ofendido como el perjudicado pueden personarse en el procedimiento abreviado sin necesidad de formular querrela.

Ningún cambio se ha producido por tanto en esta materia respecto de la anterior regulación.

### C) *La información de derechos a las víctimas*

La LECrim. contempla dos momentos en los que se ha de practicar dicha información: por la Policía Judicial al elaborar el atestado (art. 771.1.ª LECrim.) y en la primera comparecencia ante el Juez de Instrucción (art. 776 LECrim.), trámites que, aunque no excluyentes, sí son complementarios uno del otro.

Esto quiere decir que si ya se ha hecho la información de derechos –con el correspondiente ofrecimiento de acciones– por la Policía, no tiene ningún sentido citar al perjudicado ante el Juzgado al solo efecto de reiterar el mismo ofrecimiento. La citación de la víctima para declarar ante el Juez de Instrucción sólo se justifica cuando su testimonio pueda aportar datos relevantes para la instrucción de la causa que no consten ya en el atestado. De lo contrario se corre el peligro de incrementar innecesariamente la ya de por sí odiosa victimización secundaria. Ahora bien, si la víctima ha de comparecer ante el Juzgado por el motivo anteriormente indicado, entonces sí que resulta preceptiva la información de derechos. Asimismo, si se observa que tal información no se ha practicado en sede policial, resulta igualmente obligada su citación con tal objeto ante el Juzgado. Se menciona en el artículo 776 la «primera comparecencia» del ofendido o perjudicado, lo cual puede inclinar a pensar que habrá de ser citado varias veces ante el Juzgado; nada, sin embargo, más lejano a la realidad y a lo que debe ser la filosofía inspiradora de este procedimiento. En el caso de que la víctima haya de acudir a declarar al Juzgado –supuesto que, insistimos, ha de ser excepcional– se habrá de procurar que no sea citada más de una vez. Esta interpretación, además, es coherente con la regla general establecida en el artículo 109 LECrim., conforme al cual –aparte de la inicial instrucción de derechos– «no se hará a los interesados en las acciones civiles o penales, notificación alguna que prolongue o detenga el curso de la causa, lo cual no obsta para que el Juez procure instruir de aquel derecho al ofendido ausente».

Por otra parte, hay que tener presente que la Decisión marco de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, invita a los Estados miembros de la Unión Europea a tomar, entre otras, las medidas precisas para que las autoridades competentes sólo interroguen a la víctima en la medida necesaria para el proceso penal (art. 3).

### D) *Medidas cautelares reales*

El nuevo artículo 764.2 LECrim., relativo a las medidas cautelares para el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias, contiene una remisión a la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), que ha de ser entendida en sus justos y estrictos términos.

Hay que dejar claro, en primer lugar, que la citada remisión no puede interpretarse en el sentido de que la adopción de cualquier medida cautelar tendente al aseguramiento de las responsabilidades civiles exija previa petición de parte (art. 721 LEC). Tal postura –aparte de contraria al tradicional entendimiento de los presupuestos y finalidad de estas medidas en el procedimiento penal– se opondría al tenor literal del apartado 3 del mismo artículo, que establece imperativamente la obligación de afianzar (o en su defecto proceder al embargo de bienes) de la compa-

ña aseguradora cuando las responsabilidades civiles estén cubiertas por un seguro obligatorio.

Concretamente, por lo que respecta a los presupuestos para la adopción de medidas cautelares, la remisión a la LEC habrá de ser interpretada como una remisión sólo a los presupuestos del artículo 726 LEC. Por tanto, no se extenderá la citada remisión a otros aspectos no mencionados expresamente en el artículo 721.2 LECrim. No alcanzará, por ejemplo, a las normas de procedimiento, de modo que en su tramitación el Juez de Instrucción estará vinculado únicamente al mandato contenido en el apartado 1, que de modo lacónico establece que se forme pieza separada y se resuelva mediante auto.

Por otra parte, tampoco la remisión a la LEC –cuyo artículo 727 no menciona expresamente la fianza– impide que en el procedimiento abreviado el Juez de Instrucción pueda aplicar las normas generales de la LECrim. sobre aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias (artículos 589 y ss. LECrim.), en la medida en que el propio artículo 727.11.ª introduce una cláusula final de *numerus apertus* y permite adoptar cualquier otra medida «que se estime necesaria para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en al sentencia estimatoria que recayere en el juicio».

Entre éstas cabe incluir, obviamente, la fianza y embargo subsidiario regulados en los mencionados artículos de la LECrim. También puede el Juez de Instrucción acordar directamente el embargo, con base en el artículo 727.1.ª LEC, y permitir al presunto responsable civil que lo eluda mediante la prestación de una caución sustitutoria (art. 746 LEC) –que equivale a una fianza– con lo que se invertirían los términos pero el efecto final sería similar.

#### E) *Aseguramiento de la prueba en fase de instrucción*

El artículo 777.2 LECrim. contempla un supuesto encaminado básicamente a posibilitar el enjuiciamiento de los delitos cometidos contra ciudadanos extranjeros que residen sólo temporalmente en nuestro país –algo cada vez más frecuente, sobre todo en las zonas turísticas– evitando que tengan que ser nuevamente citados para comparecer en el juicio oral, el cual posiblemente se celebrará cuando la víctima esté ya de vuelta en su país de origen. Tanto este supuesto como el de presumible muerte o incapacidad de un testigo antes del juicio oral estaban ya previstos en los artículos 448 y 449 LECrim.

Sin embargo, el nuevo precepto amplía su ámbito de aplicación a cualquier otro motivo por el que razonablemente se pueda temer que una prueba no pueda practicarse en el juicio oral, o pueda motivar su suspensión. Asimismo establece una serie de requisitos que habrán de ser observados en todo caso para dotar de validez a la prueba practicada ante el Juez de Instrucción. En primer lugar, es preciso asegurar la posibilidad de contradicción de las partes, lo cual implica notificarles el lugar y fecha en que se practicará la prueba y posibilitar su presencia, incluida la del imputado y su Abogado (si aquél estuviere preso, se podrá acudir a la videoconferencia). Será necesario además que se documente adecuadamente la práctica de la diligencia, ya sea mediante acta extendida por el Secretario o –preferiblemente– en soporte apto para la grabación de la imagen y el sonido. En cualquier caso, la diligencia así preconstituida sólo podrá desplegar toda su virtualidad probatoria si es reproducida en el juicio oral conforme a lo previsto en el artículo 730 LECrim., a cuyo efecto habrá debido ser previamente propuesta como prueba en el correspondiente escrito de acusación (art. 781.1, párrafo segundo).

## II.II. Recursos en el procedimiento abreviado

### 1) RECURSOS CONTRA LOS AUTOS DEL JUEZ DE INSTRUCCIÓN

La norma básica se encuentra en el artículo 766 que establece que «*contra los autos del Juez de Instrucción y del Juez de lo Penal que no estén exceptuados de recurso podrán ejercitarse el de reforma y el de apelación*».

Se sustituye por tanto el recurso de queja previsto en el antiguo artículo 787 por el de apelación. El recurso de queja se mantiene en su sentido tradicional, como un recurso residual, fundamentalmente utilizado como recurso contra las resoluciones por las que se inadmite la apelación tal y como se contempla en el artículo 218 LECrim.

El recurso de apelación procede entonces contra todos los autos que no estén expresamente exceptuados de recurso, que son:

1.º El auto de apertura de juicio oral, contra el que no cabe recurso salvo en lo relativo a la situación personal (art. 782.3.º).

2.º Los autos de admisión o inadmisión de prueba dictados por el órgano de enjuiciamiento (art. 785.1), sin perjuicio de la posibilidad de reproducir la petición al inicio de las sesiones de la vista oral.

El nuevo recurso de apelación –igual que el de reforma– no tendrá, salvo que la Ley disponga otra cosa, efectos suspensivos tal y como dispone el artículo 766.1. Con ello se pretende mantener en cierta forma los efectos que hasta ahora tenía el recurso de queja acomodando su significado al principio de celeridad que informa el procedimiento.

Sin embargo, la Ley olvida pronunciarse expresamente sobre los efectos suspensivos de alguno de estos recursos, por lo que debe acudir a la interpretación sistemática con otros preceptos para concluir que dichos efectos se mantienen en determinados casos.

Concretamente, debe entenderse que la previsión de efecto suspensivo se contiene para los supuestos de recurso contra las resoluciones previstas en el artículo 779 1.1.ª, 2.ª y 3.ª, puesto que aunque no se mencione expresamente, se deduce de la redacción del artículo 779.2 al afirmar que el Ministerio Fiscal devolverá al Juzgado las actuaciones con el escrito de interposición del recurso o con la fórmula «visto», procediéndose inmediatamente «*en este caso*» a la ejecución de lo resuelto, de lo que se infiere que hasta que figure la fórmula «visto» o hasta la resolución del recurso interpuesto no se procede a la ejecución.

Esta interpretación es –además– conforme con la naturaleza de las resoluciones mencionadas en estos tres primeros supuestos del 779.1, que son el sobreseimiento provisional, la declaración de falta o la inhibición a la Jurisdicción militar o al Fiscal de Menores. Se trata de resoluciones que ponen fin al procedimiento por lo que su ejecución en tanto no sean firmes traería consecuencias perturbadoras en caso de posterior admisión del recurso y continuación del procedimiento. La anticipación de la ejecución de estas decisiones supondría –por ejemplo– el inmediato envío de las actuaciones al Juez competente para el conocimiento de la falta, a la Jurisdicción militar o la Fiscalía de Menores y la posible celebración de vistas orales en estos procedimientos con el consiguiente perjuicio en caso de que posteriormente el recurso sea estimado. También la ejecución del archivo antes de su firmeza provocaría en muchos casos la devolución de efectos de imposible recuperación cuando como consecuencia del recurso haya de continuarse la instrucción.

La tramitación de este recurso de apelación difiere en algunos aspectos de la regulación general del recurso de apelación que se describe en el artículo 222 LECrim. En general, la forma ahora prevista es similar a la del recurso de apelación, en los casos en que procedía con la anterior regulación del procedimiento abreviado.

En primer lugar el artículo 766 permite la interposición directa del recurso de apelación, sin necesidad de presentación previa del recurso de reforma. Se prevén las tres posibilidades de relación de estos dos recursos: la presentación previa de recurso de reforma anunciando subsidiariamente la apelación, la interposición separada de ambos recursos o la presentación directa de recurso de apelación. La novedad del texto se encuentra en el artículo 766.4, donde se admite una posibilidad de incorporar nueva argumentación tras la resolución del recurso de reforma, cuando junto a éste se hubiera interpuesto subsidiariamente la apelación, de modo que se prevé un nuevo traslado por un plazo de cinco días para añadir alegaciones al recurso ya interpuesto de forma subsidiaria.

Ambos recursos se interponen ante el Juzgado de Instrucción. El plazo previsto para la apelación se amplía de 3 a 5 días y se formularán por escrito en el que deberán exponerse los motivos y señalar los particulares que hayan de testimoniarse.

Es necesario destacar en este punto la necesidad de solicitar concretamente las diligencias cuyo testimonio sea necesario, habida cuenta que la actual regulación no dispone la remisión de la causa a la Audiencia, sino que ésta deberá resolver el recurso con los testimonios que le son remitidos, aun cuando se admite la posibilidad de que el órgano *ad quem* reclame la totalidad de la causa cuando considere necesaria su consulta. Por ello, deberán los señores Fiscales extremar la diligencia a la hora de proponer los testimonios necesarios, de forma que con los seleccionados se proporcione a la Audiencia el conocimiento de todos los elementos de juicio necesarios para la decisión.

Respecto al plazo de cinco días, es común para las partes y para el Ministerio Fiscal. La literalidad del artículo 779.2 que mantiene el plazo del antiguo artículo 789.5 regla cuarta, de tres días para la devolución de las actuaciones por el Fiscal con el «visto» o el recurso cuando no haya Fiscal constituido en el Juzgado no pretende ninguna modificación del plazo de cinco días. Esta diferencia de plazos entre los dos artículos se explica fácilmente examinada la tramitación parlamentaria de la Ley. La proposición de Ley presentada en el Parlamento había suprimido la fórmula del «visto» del artículo 779.2 y la necesidad de remisión de las actuaciones al Fiscal de la Audiencia cuando no hubiera Fiscal constituido en el Juzgado. Dos enmiendas mantuvieron la necesidad de introducir un precepto como el contenido en el cuarto párrafo del anterior artículo 789.4, ya que de otra forma sería imposible el cumplimiento de las funciones que tiene atribuidas el Ministerio Fiscal en el procedimiento penal.

De este modo, admitidas finalmente estas enmiendas, pasó al texto aprobado el contenido literal del artículo 789.4 derogado que contenía lógicamente el plazo de tres días, que era el plazo previsto para la interposición del recurso de apelación en el procedimiento abreviado antes de esta modificación, sin percatarse que el plazo actual para la interposición del recurso es de cinco y no de tres días.

Además, la lógica avala esta interpretación: no sería comprensible otorgar al Fiscal personado en el Juzgado un plazo de cinco días para la interposición del recurso, mientras que al Fiscal de la Audiencia se le concedan solo tres días, teniendo en cuenta que tiene que prever además el tiempo suficiente para la recepción en plazo del recurso en el Juzgado. La interpretación conforme al principio *pro actione* contribuye también a solucionar el error de la ley a favor del plazo general de interposición de los recursos, que es el de cinco días.

Con independencia de la anterior argumentación a favor del término de cinco días, los señores Fiscales deberán estar prevenidos ante la eventualidad de que la anterior interpretación no sea asumida por todos los órganos judiciales con el consiguiente efecto preclusivo de la posibilidad de impugnación de la resolución que se pretenda recurrir.

Del escrito de interposición se dará en el mismo Juzgado traslado al Ministerio Fiscal y demás partes personadas para que en el plazo común de cinco días realicen sus alegaciones y designen los particulares que les interesen. Pasado este plazo se remiten exclusivamente estos testimonios a la Audiencia Provincial.

La competencia para el conocimiento de este recurso de apelación no cambia respecto a la regulación anterior y será, salvo en caso de aforados, la Audiencia Provincial conforme a la competencia que le otorga el artículo 82.2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

Para la resolución de este recurso de apelación no se contempla en principio la celebración de vista oral salvo que el auto recurrido acuerde la prisión provisional de algún imputado, en cuyo caso la vista es obligatoria. En el caso de que el auto recurrido imponga cualquier otra medida cautelar la celebración de vista es potestativa para la Audiencia, que podrá acordar su celebración si lo considera conveniente.

## 2) RECURSOS CONTRA LAS SENTENCIAS

Se mantiene en esencia el mismo esquema del procedimiento abreviado actual: las sentencias dictadas por el Juez de lo Penal y el Juez Central de lo Penal pueden ser objeto de recurso de apelación ante la Audiencia Provincial y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional respectivamente (art. 790 LECrim.). Las sentencias dictadas en juicio oral y única instancia por la Audiencia Provincial son susceptibles de recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (art. 847 LECrim.).

La tramitación del recurso de apelación es prácticamente idéntica: el plazo de interposición es de 10 días y se formaliza ante el órgano que dictó la resolución; el escrito de interposición debe contener ordenadamente las alegaciones en que se base la impugnación.

Una modificación respecto a la regulación anterior se produce al aludir al momento en que se realizan las alegaciones de las partes. El artículo 795.4.º derogado preveía el traslado a las partes para que se realizaran las alegaciones desde el mismo momento de la presentación del recurso y antes de que el Juez se pronunciara sobre la admisión. La nueva regulación, recogida en el artículo 790.4.º, prevé que el Juez intervenga en primer lugar examinando los requisitos de admisión y sólo una vez admitido el recurso se produce el traslado a las partes en el plazo común de 10 días para que presenten sus alegaciones. Transcurrido este plazo, se hayan o no presentado los escritos de alegaciones, se dará traslado de estos escritos a las demás partes y se elevarán los autos a la Audiencia.

La nueva regulación deja sin resolver claramente el problema de la adhesión a la apelación que puedan realizar el resto de las partes al presentar sus alegaciones. Es más, frente al texto anterior en que se hablaba de escritos de adhesión o impugnación, la nueva redacción del artículo 790.5 sólo menciona genéricamente los escritos de alegaciones. Ello no significa la desaparición de la adhesión, si bien parece que la sustitución de su mención expresa por el término de alegaciones implica una opción por reducir su concepto al criterio mínimo hasta ahora mantenido por la jurisprudencia, de forma que se admite que las partes en sus alegaciones apoyen las razones expuestas por el recurrente sin que puedan introducirse nuevos motivos en la adhesión que alteren los términos del debate.

La Audiencia celebrará vista, dentro de los 15 días siguientes, necesariamente cuando se haya propuesto la práctica de prueba y ésta haya sido admitida y, potestativamente cuando de oficio o a petición de parte el Tribunal la estime necesaria.

Aunque es cierto que hasta el momento la norma general era que no se celebrase vista –salvo en el caso de práctica de nueva prueba o en casos excepcionales, apreciada la necesidad por el órgano decisor– debemos atender a la nueva doctrina del

Tribunal Constitucional en este punto, que en la sentencia 176/2002 de 18 de septiembre, avocada al Pleno con el objeto de rectificar la jurisprudencia anterior, modifica las exigencias de inmediación y contradicción en la segunda instancia. Este criterio ha sido posteriormente, reiterado y consolidado en las SSTC 196/2002, 197/2002, 199/2002, 200/2002 y 41/2003.

No es éste el lugar para realizar un estudio de estas sentencias, ya que excede al ámbito de los procedimientos a que se refiere esta Circular, pero sí debe recordarse a los señores Fiscales que –pese a que la Ley no ha sido modificada a la vista de esta doctrina– debe valorarse la conveniencia de solicitar la celebración de vista oral, en los casos en que se presente el recurso fundado en el error en la apreciación de la prueba y se pretenda una diferente valoración de la misma, teniendo en cuenta la obligación de respeto a los principios de inmediación y contradicción.

El recurso extraordinario de anulación previsto en el artículo 793 para los condenados en ausencia mantiene exactamente la misma regulación contenida en el antiguo artículo 797, por lo que puede resultar suficiente una remisión a los términos en que la dogmática y la jurisprudencia del Tribunal Supremo lo han venido definiendo. En este sentido conviene recordar el acuerdo del Pleno la Sala de Penal del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2000 en el que se pronuncia expresamente sobre la naturaleza rescindente del recurso por lo que su contenido se limita a controlar si el Tribunal sentenciador ha respetado los requisitos legales del juicio en ausencia, sin que se admitan otro tipo de alegaciones que la defensa del condenado pudo presentar a través del recurso e apelación o casación. A ello se añade la consecuencia lógica de inadmisión de otra prueba que no sea la referente a la concurrencia o no de los requisitos legalmente prevenidos para la celebración del juicio en ausencia.

### III. JUICIOS RÁPIDOS

#### III.1. **Ámbito de aplicación del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de delitos**

##### 1. NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO Y CARÁCTER PRECEPTIVO DE LA INCOACIÓN DE LAS DILIGENCIAS URGENTES

El procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos se ha configurado en la LECrim. de un modo distinto a los derogados juicios rápidos. No se trata, como aquellos, de una mera especialidad del procedimiento abreviado, tendente a acelerarlo. Estamos ante un verdadero proceso especial, lo que se deduce de la lectura de la Exposición de Motivos de la Ley 38/2002, al indicar que «... se crea un *proceso especial* para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos...», y del tenor del artículo 795.1 que señala: «Sin perjuicio de lo establecido para los demás *procesos especiales*...».

En consonancia con su naturaleza de proceso especial, dentro del Título III –dedicado a su regulación– el Capítulo I establece su ámbito de aplicación, integrándose por un único precepto (el art. 795) que recoge una serie de presupuestos necesarios para la incoación de este proceso.

Si concurren dichos presupuestos el Juez de Instrucción de guardia incoará diligencias urgentes (art. 797.1). De este modo vienen a diferenciarse las *diligencias previas*, referidas a las actuaciones judiciales relativas a delitos comprendidos en el procedimiento abreviado (art. 774), de las *diligencias urgentes*, reservadas para aquellos

delitos que se tramitan a través del procedimiento para el enjuiciamiento rápido. Las reglas que disciplinan unas y otras diligencias son distintas. Ahora bien, a las diligencias urgentes les será de aplicación supletoria, en todo lo no previsto, las normas del procedimiento abreviado (art. 795.4), que se erige de ese modo en derecho supletorio de primer grado, y, en su defecto, las normas comunes de la LECrim. (art. 758) que pasan así a ser derecho supletorio de segundo grado.

La decisión de incoar diligencias urgentes no es facultativa sino obligatoria. Es decir, si el Juez de Instrucción de guardia valora que concurren los presupuestos que se establecen en el artículo 795, será obligado seguir las normas de este procedimiento especial. Se trata de una cuestión de orden público procesal. No están el Juez y las partes en libertad de optar por una tramitación distinta al enjuiciamiento rápido si concurren los presupuestos del mismo. Ello se deduce del tenor imperativo del artículo 795.1 al indicar que «el procedimiento regulado en este Título *se aplicará* a la instrucción y al enjuiciamiento de delitos...», e igualmente del artículo 797.1 que señala que el Juez de guardia «*incoará*, si procede, diligencias urgentes». En esta línea, la propia Exposición de Motivos de la Ley 38/2002 señala entre los defectos determinantes de una desigual eficacia de los precedentes juicios rápidos «la insuficiente concreción de las circunstancias y los delitos que podrían dar lugar a la incoación de este procedimiento», con lo que claramente muestra el legislador su opción en favor de una fórmula obligatoria de incoación de este cauce procesal.

## 2. PRESUPUESTOS PARA LA INCOACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

El artículo 795 establece una serie de presupuestos y requisitos para la posible incoación de diligencias urgentes. Todos ellos habrán de concurrir para que proceda la incoación de este procedimiento especial.

Los analizamos en los apartados que siguen.

### A) *Límites punitivos: competencia objetiva por razón de la materia para el enjuiciamiento de juicios rápidos*

Para que sea posible el enjuiciamiento a través de juicio rápido ha de tratarse de delitos castigados con las siguientes penas (art. 795.1):

- Pena privativa de libertad que no exceda de cinco años.
- Cualesquiera otras penas, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, que no excedan de 10 años, o multa cualquiera que sea su cuantía.

La pena a que se refiere el precepto es la *pena en abstracto*, es decir la señalada por la Ley al delito de que se trate, con independencia de la que pudiera ser solicitada por la acusación en atención a las circunstancias concurrentes (*pena en concreto*). En este sentido se pronunció la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1989 respecto del procedimiento abreviado y se ha expresado el Tribunal Supremo, creando un cuerpo de doctrina pacífico actualmente, en numerosas sentencias que han seguido el acuerdo plasmado en Junta General de 2 de octubre de 1992 (así SSTS 1044/1997, de 10 de julio y 1616/1998, de 21 de diciembre).

Se atiende –por tanto– a la naturaleza del delito, ciñéndola no sólo a los delitos menos graves sino también a algunos graves, en concreto aquellos que se atribuyen al conocimiento de los Juzgados de lo Penal. De hecho, la limitación punitiva recogida en el artículo 795.1 coincide con lo señalado en el artículo 14.3 LECrim. al establecer el ámbito competencial de los Juzgados de lo Penal (después de la redacción dada por la Ley 36/1998, de 10 de noviembre; texto que se ha mantenido igual, en este punto, tras la Ley 38/2002).

Los delitos que tuvieren señalada una pena que en sus tramos inferiores esté comprendida dentro del ámbito del artículo 795 excediendo sus tramos superiores del mismo (*v. gr.*: pena de prisión de 2 a 6 años o de inhabilitación de 6 a 12 años) quedan fuera del ámbito de las diligencias urgentes. Es al tramo superior de la pena al que hay que atender. El artículo 13.4 del Código penal (CP) resulta congruente con ese criterio, pacífico en la doctrina y praxis procesal.

En aquellos delitos castigados con varias penas conjuntas o alternativas, aunque la pena más grave entre dentro de los límites señalados en el artículo 795, la previsión de otra pena no privativa de libertad que exceda de esos límites determina la imposibilidad de incoar diligencias urgentes (por ejemplo, quedan fuera del ámbito de las diligencias urgentes todos los delitos, aun cuando se reputaran flagrantes o de sencilla instrucción, de terrorismo por aplicación del art. 579.2 CP; e igualmente los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros cometidos por autoridad o funcionario, art. 318 bis 4). Ahora bien, es indiferente que el delito lleve aparejadas, además de una pena privativa de libertad que puede llegar a cinco años, otras penas pecuniarias o privativas de derechos si ninguna de éstas sobrepasa el límite de diez años, pues entonces podrá tramitarse como juicio rápido.

Hay que estar a la pena de cada uno de los delitos, sin sumar las penas señaladas a las distintas infracciones que puedan enjuiciarse en una misma causa.

En aquellos delitos que llevan aparejadas penas que exceden de las indicadas pero que, al tiempo, confieren la posibilidad de imponer una pena inferior –que sí estaría dentro del límite del artículo 795–, habrá que atender al carácter preceptivo o facultativo de la degradación. Sólo en el primer caso, cuando la pena se rebaja necesariamente en función de determinadas circunstancias concurrentes, estaremos ante un subtipo privilegiado que permitirá la incoación de este procedimiento.

Si, por el contrario, la pena tipo –comprendida entre los límites del artículo 795– es susceptible de ser elevada, quedando así fuera del límite señalado, la solución pasa por negar la incoación del procedimiento de juicio rápido. La cuestión es muy clara si la elevación es preceptiva: se trata de un subtipo agravado que excede de los límites del artículo 795. Ahora bien, si la agravación de la pena es facultativa (*v. gr.*: un delito está castigado con pena inferior a cinco años de prisión pero facultativamente pueda incrementarse esa penalidad) ha de entenderse que tampoco podrán incoarse diligencias urgentes, ya que el establecimiento de una pena que facultativamente puede ser elevada ha de ser entendido como la fijación de una pena alternativa. Y el límite máximo establecido en el artículo 795.1 alcanza a la pena alternativa.

En estos casos la Circular 1/1989, aun refiriéndose a la distribución de competencias en el procedimiento abreviado entre el Juzgado de lo Penal y la Audiencia Provincial, siguió el sistema contrario: la pena base determinaba la competencia del Juzgado de lo Penal, sólo si por la acusación se solicitaba que se hiciese uso de la facultad de subir la pena de grado se confiaba la competencia a la Audiencia Provincial. La competencia, por tanto, quedaba en manos de las acusaciones. Ahora bien, no cabe trasladar ahora dicho criterio a la incoación de juicio rápido puesto que la decisión de incoación se ha de adoptar antes de conocer si las partes acusadoras hacen uso de la facultad discrecional agravatoria al formular el escrito de acusación, a diferencia de lo que sucede en la decisión de apertura del juicio oral ante el Juzgado o ante la Audiencia.

Además, aquel criterio fue objeto de numerosas críticas –fundadas– ya que se permitía a las acusaciones elegir el órgano competente, incluso en fases ya avanzadas del procedimiento. Por último, las SSTS 1217/1998, de 21 de octubre y 1485/1998, de 27 de noviembre, apoyan esta solución, al declarar que la mera posibilidad de imponer pena que exceda de la competencia de los Juzgados de lo Penal, determina la atribución del asunto a la Audiencia Provincial (se contemplaba en la segunda un supuesto de delito continuado, con facultad agravatoria de la pena).

En concreto, el caso señalado –agravación facultativa de la pena– puede presentarse en la práctica en el delito masa (art. 74.2 CP) en la medida en que es preceptiva la imposición de una pena superior, siendo sin embargo facultativo que el incremento sea de uno o dos grados. Si la pena superior en un grado entra dentro del límite del artículo 795, pero la superior en dos grados la desborda, no será procedente la incoación de diligencias urgentes de juicio rápido.

Respecto de la conspiración, proposición y provocación para cometer determinados delitos, la pena en abstracto a la que se atenderá para la incoación de juicio rápido no será la que establezca el delito matriz de que se trate sino la rebajada en uno o dos grados.

#### B) *Iniciación de la causa mediante atestado policial*

El artículo 795 exige, como segundo de los presupuestos para la incoación de las diligencias urgentes, que «el proceso penal se incoe en virtud de un atestado policial». Lo anterior es consecuente con el diseño que hace la Ley del proceso especial de juicio rápido, que parte de una actividad previa de la Policía Judicial a la cual atribuye el artículo 796 una serie de obligaciones que han de plasmar en un atestado específico y en la realización de citaciones coordinadamente con el Juzgado de guardia, todo ello en aras a facilitar y hacer posible la instrucción concentrada y acelerada en el Juzgado de guardia (art. 797).

Por ello, no todo atestado permitirá incoar diligencias urgentes. Sólo aquellos atestados que podríamos calificar de específicos, en tanto que en los mismos se hayan llevado a cabo las diligencias y las citaciones referidas en el artículo 796, serán válidos para incoar diligencias urgentes. La Policía Judicial –en ese sentido– tiene un inicial margen de decisión, a la vista de los hechos en que consista la infracción criminal, acerca de la conveniencia de elaborar un atestado en los términos del artículo 796. Por ello resulta conveniente que los Fiscales Jefes en los respectivos territorios valoren –en su caso– la posibilidad de impartir instrucciones a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad al objeto de delimitar con claridad los supuestos en que se estime precisa la elaboración de atestados conforme al artículo 796. Se trata, en definitiva, de incidir a través de dichas órdenes en la selección y determinación de los hechos que han de ser tramitados por diligencias urgentes, en aras a la búsqueda de la seguridad y la eficacia en la persecución de determinadas manifestaciones delictivas, siempre dentro de los términos establecidos legalmente en el artículo 795 y mediante su concreta, acertada y coordinada delimitación.

En todo caso –huelga decirlo– la valoración sobre la pertinencia de incoar diligencias urgentes –que corresponde en última instancia al Juez– no puede venir cercenada por el hecho de que la Policía Judicial haya entendido que los hechos no encajaban en el ámbito del juicio rápido y, en consecuencia, hubiere elaborado el atestado sin ajustarse específicamente a lo previsto en el artículo 796.

En tales casos será posible incoar diligencias urgentes siempre que pueda llevarse a cabo, pese a las posibles insuficiencias del atestado, la instrucción concentrada del artículo 797 y siguientes.

De lo expuesto se deduce, además, que no será posible incoar diligencias urgentes si el proceso penal se iniciara mediante querrela (los delitos privados, por ello, nunca pueden tramitarse por este procedimiento), mediante denuncia directamente presentada ante el órgano judicial, o *ex officio* mediante la deducción de testimonio de particulares ordenada por la autoridad judicial.

Si la denuncia se presenta ante el Ministerio Fiscal tampoco será posible incoar este procedimiento. Aun cuando el Fiscal puede ordenar a la Policía Judicial la práctica de determinadas diligencias, sin embargo la actuación del Ministerio Público

habrá de ser practicada en el seno de las Diligencias de Investigación Penal o de las Diligencias Informativas, reguladas en los artículos 773.2 LECrim. y 5 del EOMF, y habrá de concluir mediante una decisión de archivo o mediante la presentación de denuncia o de querrela ante el Juzgado, supuestos ambos que excluyen la incoación de diligencias urgentes.

C) *Puesta a disposición judicial del detenido o citación policial para comparecencia del denunciado ante el Juzgado*

Otro de los presupuestos para la incoación de diligencias urgentes (art. 795.1) es el de que junto con el atestado la Policía Judicial ponga al detenido a disposición del Juez de Instrucción de guardia o –de no haber persona detenida– cite a la persona que resulte denunciada en el atestado para comparecer en el Juzgado en el día y hora que se le señale, con apercibimiento de las consecuencias de su incomparecencia (art. 796.1.3.<sup>ª</sup>).

Ciertamente la influencia de la Policía Judicial en la inicial determinación de las causas que pueden tramitarse como juicio rápido resulta aquí patente, pues basta con que la Policía en el atestado no lleve a cabo la citación del denunciado ante el Juzgado para entender que la causa habrá de seguir el cauce del abreviado.

La citación del denunciado ante el Juzgado se hará por la Policía Judicial de forma coordinada con el Juzgado de guardia. Dicha previsión se establece por el artículo 796.2 que remite dicha coordinación a los Reglamentos que sobre dicha materia dicte el Consejo General del Poder Judicial. En cumplimiento de dicha previsión se ha publicado el Acuerdo Reglamentario 2/2003, de 26 de febrero, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se ha modificado el Reglamento 5/1995, de 7 de junio, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, en lo relativo a los servicios de guardia.

La cuestión adquiere enorme importancia y su observancia deberá ser vigilada por los señores Fiscales, ya que la decisión sobre el momento para la comparecencia del denunciado se convierte en relevante, máxime respecto de aquellos Juzgados en sistemas de guardia de veinticuatro horas, al atribuir competencia al Juzgado de Instrucción que en dicho instante se halle en funciones de guardia. Ciertamente el margen será mucho menor en el caso de puesta a disposición judicial del detenido ya que los plazos de la detención se convierten en el principal límite a la posible elección del Juez competente.

La falta de comparecencia del denunciado a la citación permitirá, por disponerlo así expresamente el artículo 797.1.3.<sup>ª</sup>, que el Juez aplique lo previsto en el artículo 487 LECrim., es decir, que ordene directamente la detención del denunciado, sin necesidad de que previamente reitere la citación de comparecencia, convirtiéndola así en citación judicial. El artículo 797.1.3.<sup>ª</sup> permite, pues, extender al desentendimiento de la citación policial esa reacción que, en todo caso no es obligada, sino facultativa.

Los atestados en que la persona denunciada, pese a estar perfectamente identificada, no haya sido localizada ni –por ello– detenida o citada personalmente ante el Juzgado, no podrán originar un juicio rápido.

D) *Concurrencia de alguno de los siguientes delitos*

Para la posible incoación de un juicio rápido es necesario que, además de los anteriores presupuestos, se trate de un hecho susceptible de ser incardinado en cualquiera de los siguientes delitos: delitos flagrantes; delitos de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a que se refiere el artículo 153 del Código penal; delitos de hurto; delitos de robo; delitos de hurto y robo de uso de vehículos; delitos contra la seguridad del tráfico; y delitos

cuya instrucción sea presumible que será sencilla. Así lo exige el artículo 795.1 *in fine* 1.<sup>ª</sup> a 3.<sup>ª</sup> LECrim.

Se trata de una enumeración taxativa y cerrada –aunque alternativa– que pasamos a analizar separadamente:

a) *Delitos flagrantes*

El artículo 795.1.1.<sup>ª</sup> ofrece un concepto legal de delito flagrante, retomando así con ligeras variantes el derogado concepto de flagrancia que ofreció el artículo 779 LECrim., redactado por la Ley 3/1967. La importancia del concepto legal sobrepasa el marco de delimitación de los juicios rápidos en tanto que servirá de pauta para la interpretación de determinados preceptos de nuestro ordenamiento que contienen referencias al delito flagrante (arts. 18.2 y 71.2 de la Constitución, y arts. 273, 490.2, 553 y 751 LECrim., entre otros).

Señala el artículo 795.1.1.<sup>ª</sup>: «*A estos efectos, se considerará delito flagrante el que se estuviere cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al 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 persiguen. También se considerará delincuente in fraganti aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él.*»

Por tanto, el concepto de delito flagrante se satisface con las siguientes situaciones:

– Que el delincuente sea sorprendido en el momento de estar cometiendo el delito.

– Que el delincuente sea sorprendido cuando acaba de cometer el delito.

En ambos casos es preciso que sea detenido bien en el acto o tras una persecución que lleve a su detención sin solución de continuidad. Se excluyen los supuestos en que sea sorprendido durante la comisión del delito o cuando acaba de cometerlo pero logre darse a la fuga, aunque sea detenido instantes después.

– Que el delincuente sea detenido, después de la comisión de un delito, con efectos, instrumentos o vestigios que permiten presumir su participación en el mismo.

En los tres supuestos, aunque con menor intensidad en el tercero de ellos en tanto que no necesariamente existe un testigo ocular que relacione al detenido con el momento comisivo del delito o con su presencia en la escena del mismo –lo que sí sucede en los dos primeros supuestos–, existe una presumible facilidad para la investigación de los hechos. Ahora bien, debe repararse en que no siempre ocurrirá así; cabe pensar en supuestos de ilocalización del origen y propietario de los efectos hallados en poder del detenido o en casos de participación de terceros no detenidos y fugados en los que no sea posible fácilmente, sin su testimonio, establecer los hechos.

b) *Delitos relacionados en los apartados a) al e) del artículo 795.1.2.a*

Se incluye un listado de delitos en los apartados a) al e) del citado precepto que, como se dijo, son los siguientes: delitos de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a que se refiere el artículo 153 del Código penal; delitos de hurto; delitos de robo; delitos de hurto y robo de uso de vehículos; y delitos contra la seguridad del tráfico.

La formulación de ese listado delictivo en modo alternativo a las circunstancias primera (delito flagrante) y tercera (sencillez en la instrucción) lleva a colegir que basta –en principio– con que el hecho punible de que se trate tenga inicial encaje en alguno de tales delitos para incoar diligencias urgentes.

Ahora bien, sin perjuicio de lo que luego se señalará más detenidamente, es perfectamente posible que –pese a tratarse de hechos delictivos incluidos en la precitada relación– desde el inicio se presenten o detecten determinadas circunstancias (por ejemplo que se acredite como imposible la culminación de la instrucción en el plazo legal de las diligencias urgentes o la inexistencia de todas las partes) que obliguen a la incoación directamente de diligencias previas.

Los delitos de lesiones, coacciones y amenazas se ven alcanzados por la limitación de que se cometan contra alguna de las personas comprendidas en el artículo 153 CP. Ello no quiere decir que en otros supuestos de comisión de alguno de estos delitos contra personas excluidas del círculo de protección del artículo 153 no pueda incoarse diligencias urgentes, pero esto sólo será posible entonces si la lesión, amenaza o coacción es flagrante o de sencilla instrucción.

Resulta oportuno destacar que el delito de violencia familiar habitual (art. 153 CP) presenta no pocas dificultades para su instrucción en el plazo del servicio de guardia. Ello se debe a varios factores reconducibles al diseño típico del artículo 153, que alberga numerosas cuestiones de acumulación de causas y de concursos de infracciones; a la necesidad de periciales médicas complejas, máxime aún en supuestos de violencia psíquica; y –en definitiva– a la circunstancia de tratarse de hechos que se prolongan en el tiempo, con los que se vulneran importantes derechos fundamentales no sólo de un sujeto sino, generalmente, de un círculo de perjudicados más amplio que el sujeto lesionado o golpeado, y en los que deben calibrarse muy detenidamente determinadas circunstancias –familiares, laborales, económicas, sociales, etc.– para incidir acertadamente en su resolución.

Con todo, la importancia de la tramitación de los hechos incardinables en la violencia familiar como diligencias urgentes de enjuiciamiento rápido, aun cuando posteriormente hubiere de entenderse que no son suficientes las diligencias practicadas –a tenor del artículo 798.2.2.º– y debiera ordenarse la transformación en diligencias previas del procedimiento abreviado, estriba en dos circunstancias –posibilidades y favorecidas por la regulación de las diligencias urgentes– que se reputan muy positivas:

– La absoluta conveniencia de una respuesta judicial inmediata, procurando una atención judicial a la víctima, que se ha decidido a denunciar los hechos, que no admita dilación alguna. Las diligencias urgentes cumplen dicho objetivo, pues en el propio servicio de guardia y con «*la participación activa del Ministerio Fiscal*» (art. 797.1) será posible y absolutamente conveniente que se proceda a recibir declaración al denunciado y a los denunciantes (art. 797.1. 3.º y 4.º) –siendo especialmente importante la posibilidad de valorar la conveniencia de preconstituir la prueba conforme al artículo 797.2 ante la eventualidad de futuras retractaciones–, que sean examinados por el médico forense tanto las víctimas como la persona denunciada (art. 797.1.2.b) y que se recaben cuantas otras diligencias se estimen oportunas (797.1.9.ª), ordenando así y aligerando la instrucción.

– La inmediata resolución sobre adopción de medidas cautelares en aras a dar protección a las víctimas. Ello aparece propiciado por la necesidad de celebrar en el servicio de guardia la comparecencia del artículo 798.1, siendo ésta una ocasión magnífica para extender dicha comparecencia a la alegación, prueba y valoración sobre medidas cautelares, tanto por el efecto pedagógico que para los maltratadores puede implicar la celebración de comparecencia en estos casos, como por la instauración de un momento específico y cronológicamente cercano a la denuncia para resolver sobre esta cuestión, y ello aunque la medida a adoptar sea, generalmente, alguna de las previstas en el artículo 544 bis LECrim. que no exigen comparecencia (a diferencia de la prisión y libertad con fianza) y son adoptables de oficio.

Respecto de los delitos de lesiones, no puede dejar de advertirse la aplicabilidad supletoria a las diligencias urgentes de la previsión contenida en el artículo 778.2 al disponer que: «*En los casos de lesiones no será preciso esperar a la sanidad del lesionado cuando fuera procedente el archivo o el sobreseimiento. En cualquier otro supuesto podrá proseguirse la tramitación sin haberse alcanzado tal sanidad si fuera posible formular escrito de acusación*».

c) *Delitos cuya instrucción sea presumible que será sencilla*

Junto a una lista expresa de delitos se concluye con una cláusula más amplia («*que se trate de un hecho punible cuya instrucción sea presumible que será sencilla*») que permite tramitar por juicio rápido cualquier delito que no sea de los anteriormente enunciados.

Para la determinación de qué ha de entenderse por hecho de sencilla instrucción habrán de ser tenidas en consideración dos circunstancias. *Primera*, relativa al tipo de diligencias de instrucción que hayan de ser practicadas: la actividad instructora en el marco de las diligencias urgentes implica la práctica de determinadas diligencias, algunas han de ser realizadas siempre (por ejemplo la declaración del imputado en condición de tal, art. 775) y otras sólo cuando ello «*fuere necesario para la calificación jurídica de los hechos imputados*» (conforme al art. 797.1.2.º LECrim.) o, en términos del artículo 780.2 en el procedimiento abreviado, cuando fueren «*diligencias indispensables para formular acusación*». *Segunda*, relativa al tiempo en que dichas diligencias han de ser practicadas: el artículo 799 establece un plazo para que la instrucción de las diligencias urgentes se lleve a cabo, plazo coincidente con el período del servicio de guardia del Juzgado de Instrucción, si bien ampliable en determinados casos por un período de otras 72 horas (art. 799.2). Igualmente en dicho plazo del servicio de guardia debe realizarse la comparecencia sucesiva y única regulada en los artículos 798 y 800 y adoptarse las resoluciones propias de la fase intermedia a que se refieren tales preceptos.

Pues bien –conjungando ambos criterios– estaremos ante un delito de sencilla instrucción siempre que se prevea, en atención al hecho y sus circunstancias, que será posible llevar a cabo dentro del plazo del servicio de guardia la práctica de las diligencias de instrucción necesarias para formular calificación, atendiendo a su número y a su complejidad, y que podrán llevarse a cabo igualmente los trámites procesales (comparecencia con las partes y resoluciones de la audiencia de los artículos 798 y 800) del enjuiciamiento rápido.

Por ello, determinadas infracciones –aún no recogidas en el listado del apartado 2.º del artículo 795.1– tales como desobediencia, daños, tráfico de drogas que no causan grave daño a la salud, resistencia, atentado, etc., podrán –en determinados casos– tramitarse a través de las diligencias urgentes.

E) *Influjo de las reglas de la conexidad delictiva en la delimitación del procedimiento*

En el artículo 795.2 se señala: «*El procedimiento regulado en este título no será de aplicación a la investigación y enjuiciamiento de aquellos delitos que fueren conexos con otro u otros delitos no comprendidos en el apartado anterior*».

Del tenor del precepto se desprende:

a) En caso de que existan dos o más delitos conexos y todos ellos estuvieren integrados dentro del ámbito aplicativo del artículo 795, habrá de incoarse diligencias urgentes para la instrucción y enjuiciamiento de todos ellos. Es posible, pues, que a través del juicio rápido se conozca de más de un delito. Lo anterior es congruente asimismo con lo dispuesto en el artículo 801.1.3.º que, al regular la confor-

midad especial, prevé como posible la imposición de varias penas privativas de libertad, lo que puede venir motivado por la existencia de varios delitos. Además, será posible aplicar supletoriamente lo dispuesto en el artículo 762.6.<sup>a</sup> para el procedimiento abreviado, consistente en la posible formación de piezas separadas para enjuiciar los distintos delitos conexos, siempre que todos sean propios del juicio rápido.

b) Si alguno de los delitos conexos estuviera fuera del ámbito del artículo 795, –debiendo ser tramitado por el procedimiento abreviado, por procedimiento ordinario o ante el Tribunal del Jurado– ese delito impedirá la incoación de diligencias urgentes tanto para sí como para los demás conexos; es decir, arrastrará a los otros conexos, aun siendo propios del ámbito del juicio rápido, al procedimiento que proceda (ordinario, abreviado o jurado, con arreglo en este último caso a lo dispuesto en la Circular 3/1995 de la Fiscalía General y en el artículo 5 de la Ley 5/1985). La específica previsión del artículo 795.2 para los delitos conexos impide que, en este caso, pueda optarse por separar los delitos conexos –aun cuando con ello no se rompa la continenencia de la causa– para tramitar mediante juicio rápido los incardinables en el artículo 795.1 y enjuiciar separadamente los demás.

#### F) *Carácter no secreto de las actuaciones*

El artículo 795.3 dispone: «*No se aplicará este procedimiento en aquellos casos en que sea procedente acordar el secreto de las actuaciones conforme a lo establecido en el artículo 302*».

Este precepto resulta congruente con la tramitación concentrada y rápida de las fases de instrucción e intermedia, que no podrían llevarse a cabo sin merma de los derechos de defensa si se tratara de actuaciones declaradas secretas.

### 3. JUICIOS RÁPIDOS Y AFORAMIENTOS

De los límites punitivos señalados en el artículo 795.1 como *pena en abstracto* se desprende que los juicios rápidos se instruyen por el Juez de Instrucción de guardia y se enjuician ante el Juez de lo Penal, quien dictará sentencia (salvo la sentencia de conformidad que compete al Juez de Instrucción conforme al art. 801).

Partiendo de ello ha de analizarse seguidamente si es posible seguir este procedimiento para aquellos delitos en que concurren los requisitos señalados en el artículo 795, y que por haber sido cometidos por personas aforadas han de ser instruidos por un órgano distinto al Juez de Instrucción de guardia o enjuiciados ante órgano distinto del Juez de lo Penal.

Si el aforamiento implica –según prevé la LOPJ en sus artículos 57.2, 61.2 y 73.4– que la actividad de instrucción de la causa se lleve a cabo por un Magistrado del Tribunal que habrá de ser designado a tal efecto y que no podrá formar parte de la Sala de enjuiciamiento (supuestos de competencia de los Tribunales Superiores de Justicia, Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo y Sala Especial de su art. 61) la dinámica operativa establecida en los artículos 303 y 309 LECrim. no es coherente con las previsiones de celeridad y los breves plazos establecidos en los artículos 797 y ss., pensados para un Juez de Instrucción de guardia que conoce inmediatamente y con plenitud de poderes del atestado que le es remitido por la Policía Judicial y que debe resolverlo en el período de la guardia. Debe negarse, por todo ello, la posibilidad de tramitar causas contra aforados ante dichos Tribunales por el procedimiento de las diligencias urgentes.

Si el aforamiento únicamente consiste en la alteración del órgano enjuiciador (lo que sucede, por ejemplo, en los delitos cometidos por miembros de Fuerzas y Cuer-

pos de Seguridad, en los que la instrucción compete al Juez de Instrucción y el enjuiciamiento a la Audiencia Provincial, a tenor del art. 8.1 de la LO 2/1986, de 13 de marzo, tras la STC 55/1990) la cuestión resulta más compleja. En principio, las previsiones de instrucción concentrada ante el Juez de guardia son perfectamente observables. La única diferencia radica en la necesidad –concluida la instrucción– de señalar (art. 800.3) el juicio oral ante la Audiencia Provincial. La incoación de juicio rápido no puede ser negada por el mero hecho de que la Audiencia Provincial no sea el órgano encargado de enjuiciar los juicios rápidos (tampoco lo es el Tribunal Supremo o el Tribunal Superior de Justicia en el procedimiento ordinario o en el abreviado y no por ello se niega la posibilidad de incoación de estos procedimientos en causas contra aforados ante dichos Tribunales: la competencia *ratione personae* lo permite). Ahora bien, sí que es preciso reconocer la existencia de una dificultad meramente operativa y no insalvable, que no estimamos suficiente para negar tajantemente la posibilidad de celebración de juicio rápido en estos casos, y que radica en la previsión del artículo 800.3. párrafo 1 que, al establecer la obligación del CGPJ de dictar Reglamentos para la coordinación de señalamientos de juicios rápidos, lo hace en relación exclusivamente a los Juzgados de lo Penal (en concordancia con el art. 800 que atribuye a estos órganos la competencia para conocer del juicio oral). No obstante, no parece que pueda existir dificultad en el Juez de Instrucción, pese a no contar con previsión reglamentaria de coordinación con la Audiencia Provincial, en establecer contacto con dicha Audiencia para procurar el señalamiento del juicio en el plazo legal –antes de 15 días– del artículo 800.3 LECrim., máxime en atención al carácter absolutamente infrecuente de este tipo de procedimientos.

#### 4. INCOACIÓN DE LAS DILIGENCIAS URGENTES Y TRANSFORMACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Cuando concurren todos los requisitos exigidos por el artículo 795, que han sido analizados en los apartados anteriores, el Juez de Instrucción en servicio de guardia, *«tras recibir el atestado policial, junto con los objetos, instrumentos y pruebas que, en su caso, lo acompañen, incoará, si procede, diligencias urgentes»*, según señala el artículo 797.1 LECrim.

Ahora bien –en lo que nos importa esencialmente– a los efectos de valorar la procedencia de la incoación de diligencias urgentes, los señores Fiscales no habrán de atender exclusivamente al carácter sencillo o no de la instrucción. En principio, la inicial tipificación del hecho punible entre alguno de los delitos del listado del artículo 795.1.2.<sup>a</sup> o su consideración como flagrante ha de motivar la incoación de diligencias urgentes, parezca o no sencilla la instrucción del mismo. El legislador ha querido que por todo hurto, por toda lesión entre los parientes del artículo 153, por todo robo, por todo delito flagrante, etc., sea o no sencillo, se incoen diligencias urgentes. Se ha preferido que la instrucción de determinados delitos, aun no siendo sencilla, se lleve a cabo –cuando ello sea posible– en el período del servicio de guardia.

Se ha buscado –de propósito– un ámbito de aplicación inicialmente rígido de este procedimiento, por contraposición al modelo anterior de juicios rápidos cuya aplicación dependía de la decisión favorable sucesiva del Juez de Instrucción, del Fiscal y nuevamente del Juez, tal y como se desprendía del tenor de los derogados artículos 790.1 y 790.6 LECrim., que empleaban criterios muy abiertos para la decisión: *«... tan pronto –rezaba el artículo 790.1– como el Juez de Instrucción considere que existen elementos suficientes para formular la acusación (...) el Ministerio Fiscal, en atención a las circunstancias de flagrancia o evidencia de los hechos, alarma social producida, detención del imputado o aseguramiento de su puesta a disposición judicial, presentará en el acto su escrito de acusación...»*. El artículo 790.6 continuaba: *«El Juez de Instrucción, si estimara justificada la solicitud prevista...»*.

La razón del legislador para la elección de este sistema, tan radicalmente opuesto a las anteriores modalidades de juicio rápido, se explicita en la Exposición de Motivos de la Ley 38/2002, en la cual –tras criticarse en relación al modelo anterior «... la insuficiente concreción de las circunstancias y los delitos que podrían dar lugar a la incoación de este procedimiento...»– puede posteriormente leerse: «... que se trate de alguno de los delitos comprendidos en un elenco tasado, en el que incluyen hechos cuya investigación ha de resultar en principio sencilla, aun no siendo flagrantes, o hechos con especial incidencia en la seguridad ciudadana, o que repugnan gravemente a la conciencia social como es el caso de los supuestos de violencia doméstica». Por tanto, aun sin ser sencilla la instrucción, la especial incidencia en la seguridad ciudadana de los delitos contra la propiedad y la grave afectación de la conciencia social en las manifestaciones delictivas de violencia doméstica, sirven de apoyo al legislador para dar una respuesta punitiva a través de las diligencias urgentes, tratando de llevar a cabo un enjuiciamiento rápido de tales hechos, salvo que determinadas razones –que habrán de ser explicitadas en el auto de conversión en procedimiento abreviado– impidan la continuación del enjuiciamiento rápido.

Ahora bien, esa inicial taxatividad en el sistema de incoación de las diligencias urgentes se flexibiliza por el legislador de dos modos:

a) *La cláusula «si procede» del artículo 797.1*

La inicial decisión de incoación no puede ser completamente automática. Se confiere al Juez un margen valorativo, expresado en el artículo 797.1 con la alocución «incoará, si procede, diligencias urgentes». Razones de economía procesal, de justicia, de operatividad en definitiva, entre otras, se hallan en el fondo de esa expresión.

Con base en ello el Juez no incoará diligencias urgentes, pese a darse en abstracto los presupuestos del artículo 795, cuando en su inicial valoración se aprecien absolutamente determinadas circunstancias que permitan *a priori* detectar que no será posible bien la celebración de la instrucción concentrada en el servicio de guardia o bien el enjuiciamiento rápido. Razones de economía procesal aconsejan, de ser ello así, la incoación directa del procedimiento oportuno.

En ese sentido, cabe señalar –por vía de ejemplo– que no procederá la incoación de diligencias urgentes en casos en que sea evidente *a priori* la imposibilidad de practicar la instrucción concentrada durante el tiempo de la guardia (v. gr.: el lesionado se halla en condiciones que impiden su toma de declaración, no es posible un diagnóstico del alcance de su lesión, el robo presenta una enorme complejidad de partícipes y de hechos, es preciso esperar a diligencias probatorias imposibles de obtener en plazo, etc.), o la existencia de circunstancias que aconsejan dilatar el enjuiciamiento (sólo uno de los dos autores ha sido detenido hallándose identificado el otro y resultando absolutamente procedente el enjuiciamiento conjunto para el completo y veraz conocimiento de los hechos) o que desdibujan la finalidad de la tramitación de juicio rápido (atestado levantado por hechos cometidos hace años).

En fin, expuestas esas circunstancias –sin ánimo exhaustivo– y sin posibilidad de reseñar todas las posibles y variadas causas que pueden determinar la no incoación de diligencias urgentes, parece oportuno resaltar que la interpretación de las mismas ha de llevarse a cabo en términos restrictivos. Igualmente, que en el auto de incoación de otro procedimiento habrán de explicitarse las razones para la no incoación de diligencias urgentes cuando concurren, en abstracto, los presupuestos del artículo 795.

b) *La cláusula de conversión de las diligencias urgentes en diligencias previas*

El artículo 798.2.2.º permite, una vez ya incoadas diligencias urgentes y si la instrucción concentrada no hubiera podido llevarse a cabo en tiempo (bien porque sin

ser sencilla no se ha podido culminar durante el servicio de guardia o porque siendo sencilla inicialmente se ha complicado después), que las partes puedan interesar del Juez, en la comparecencia única de la fase intermedia que disciplina el artículo 798, la conversión del procedimiento en diligencias previas del procedimiento abreviado por reputar insuficientes las diligencias practicadas en la instrucción concentrada.

Ahora bien, esa posibilidad de transformación de las diligencias urgentes en diligencias previas se residencia en un momento concreto –la comparecencia del artículo 798– y por una razón también muy precisa –la insuficiencia de las diligencias practicadas para formular acusación.

Sin perjuicio de lo anterior, debe apuntarse también la posibilidad de que durante la instrucción concentrada se alteren, precisamente a consecuencia del resultado de las diligencias practicadas, los términos en que inicialmente se presentaba el objeto de la causa. Así, será perfectamente posible que el atestado inicialmente levantado por un delito de estafa simple y que originó unas diligencias urgentes, se evidencie a raíz de la instrucción que debe ser reputado un supuesto de estafa con encaje en alguna de las modalidades agravadas del artículo 250, lo que, por razón de la pena en abstracto que lleva aparejada, determina la necesaria exclusión del juicio rápido como cauce de su enjuiciamiento. En todos estos casos, cuyos ejemplos podrían ser numerosos, debe ser admitida la posibilidad de que en cualquier momento de la tramitación de las diligencias urgentes, sin esperar a la comparecencia del artículo 798, pueda el Juez (de oficio o a instancia de parte) dictar auto de conversión del procedimiento, procediendo así –en aplicación supletoria y analógica del artículo 760– a transformar las diligencias urgentes en el procedimiento adecuado –que generalmente será el de las diligencias previas del procedimiento abreviado, pero no siempre.

Por tanto, de lo expuesto cabe concluir que se ha diseñado un sistema tasado de incoación de juicio rápido: determinados delitos por sí, salvo que inicialmente se advierta una imposibilidad total, dan lugar a diligencias urgentes. Sólo cuando de las diligencias practicadas se evidencie que el objeto del proceso no es propio del juicio rápido o cuando no hayan podido llevarse a cabo las diligencias necesarias para la calificación durante el servicio de guardia, se transformará el procedimiento. Y aún así, en este último caso, el Juez de Instrucción (art. 798.2.2.º) habrá de «señalar motivadamente cuáles son las diligencias cuya práctica resulta necesaria para concluir la instrucción de la causa o las circunstancias que lo hacen imposible».

### III.II. El procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos

#### 1. EL PROTAGONISMO DE LA POLICÍA JUDICIAL EN LA TRAMITACIÓN DE LAS DILIGENCIAS PREPROCESALES

Ha querido el legislador que el principio de celeridad que informa la regulación del procedimiento rápido inspire también la práctica de las diligencias de carácter preprocesal. De ahí que el Título III del Libro IV, tras determinar en el primero de sus capítulos el ámbito de aplicación reservado al nuevo procedimiento, destine el Capítulo II a la regulación de aquellas actuaciones que han de ser llevadas a cabo por la Policía Judicial.

Acaso resulte innecesario resaltar el carácter no jurisdiccional de las diligencias a que alude el legislador, pues se trata –como expresa el epígrafe que rotula el mencionado Capítulo II– *de las actuaciones de la Policía Judicial*.

Sin embargo, la importancia de una coordinada práctica de aquéllas puede llegar a condicionar el éxito o el fracaso del nuevo modelo procesal. La reforma adjudica a

la Policía Judicial una labor inicial de la que dependerá, en no pocos casos, el adecuado desarrollo del proceso propiamente dicho.

Esta idea constituye un punto de partida clave para entender el alcance de la reforma. El papel activo que por definición corresponde a la Policía Judicial, claramente presente en la regulación histórica de la LECrim., adquiere ahora un dinamismo inédito respecto de otros modelos de procedimientos. De hecho, asume una función esencial como instrumento de cooperación a la hora de hacer posible la presencia de las personas que han de comparecer ante el Juzgado de guardia. Así, por ejemplo, ha de citar al denunciado cuya detención no proceda (art. 796.1.3), también a los testigos, ofendidos y perjudicados por el hecho denunciado (art. 796.1.4) y a los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades civiles que pudieran exigirse en el proceso (art. 796.1.5.<sup>o</sup>).

Es propósito del legislador conferir a la Policía Judicial una mayor iniciativa en la práctica de aquellos actos de investigación pericial, referidos a sustancias aprehendidas cuyo análisis resulte pertinente y que, por razón de su urgencia, no permitan la espera del resultado del Instituto de Toxicología, Instituto de Medicina Legal o laboratorio correspondiente (art. 796.1.6 *in fine*). Con idéntico criterio de celeridad, se faculta a la Policía Judicial para requerir la presencia del perito tasador que haya de examinar y emitir informe acerca de algún objeto cuando no fuera posible la remisión al Juzgado de guardia (art. 796.1.8).

El apartado 2 del artículo 796 impone un deber legal de coordinación entre los correspondientes servicios del Juzgado de guardia y la Policía Judicial, a fin de fijar de forma ordenada los días y horas para las comparecencias exigidas legalmente. Al propio tiempo, hace descansar en el Consejo General del Poder Judicial, mediante la aprobación de los Reglamentos oportunos, la ordenación de los servicios de guardia, con el objetivo de hacer realidad la indispensable coordinación.

Las novedades del procedimiento y el protagonismo decisivo que la reforma confiere a la Policía Judicial no afectan a las facultades que el artículo 126 de la Constitución concede al Fiscal respecto de la Policía Judicial para el ejercicio de las funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente. Queda también intacta la capacidad del Fiscal para dictar instrucciones en los términos descritos por los artículos 283 y 287 LECrim. Y esta idea inspira —como no podía ser de otro modo— la previsión del artículo 773, que en su nueva redacción autoriza al Fiscal a dar a la Policía Judicial «... instrucciones generales o particulares para el más eficaz cumplimiento de sus funciones».

Sin embargo, representaría un error entender que el ejercicio de esas funciones puede llevarse a cabo de forma descoordinada y ajena a los mecanismos que puedan ponerse en práctica para facilitar la relación entre la Policía Judicial y los servicios del Juzgado de guardia. En definitiva, los miembros del Ministerio Fiscal habrán de sumar sus esfuerzos profesionales, en el ámbito funcional que les es propio, a la tarea coordinada que han de desplegar el órgano jurisdiccional y la Policía Judicial. Se trataría, en fin, de desarrollar una actividad convergente, nunca en paralelo, a la que puedan realizar otros protagonistas del proceso. De acuerdo con esta idea —siempre que las circunstancias lo permitan y en aquellos casos en que la naturaleza del hecho lo aconseje— el Fiscal podrá impartir a la Policía Judicial las instrucciones específicas que tengan por objeto resaltar aquellas diligencias que cobren especial significado para el juicio de tipicidad del hecho denunciado. Con carácter general, los miembros del Ministerio Fiscal conservan las facultades de dirección de la Policía Judicial, mas el ejercicio de aquéllas habrá de acomodarse al nuevo marco procedimental, en el que el tiempo y la iniciativa institucional a cargo de la policía cobran tanto significado.

## 2. LA DENUNCIA INTERPUESTA ANTE EL MINISTERIO FISCAL

La vigencia de la Ley 38/2002 conduce a un renovado modelo al que habrán de adaptarse las relaciones institucionales que la investigación y enjuiciamiento de todo hecho punible pueden llegar a propiciar. Desde este punto de vista, es posible cuestionarse el tratamiento jurídico que hayan de recibir aquellos casos en que cualquier ciudadano interponga una denuncia ante alguno de los órganos o adscripciones permanentes del Ministerio Fiscal.

Nada dicen al respecto los artículos que la Ley 38/2002 dedica al procedimiento rápido. Sin embargo, la lectura del artículo 795.1, así como el examen de los trabajos parlamentarios que dieron vida a la reforma, conducen a una conclusión bien clara, esto es, a la consideración del atestado policial como un presupuesto formal sobre el que se hace descansar la aplicación del nuevo procedimiento. Entre los requisitos que definen su ámbito de aplicación, se incluye que «... el proceso penal se incoe en virtud de un atestado policial».

Esa exigencia formal no afecta a la aplicación de otros preceptos de la LECrim. que, como es lógico, siguen conservando su vigencia y legitiman la interposición de la denuncia en la sede de la propia Fiscalía. De acuerdo con esa idea, la denuncia podrá seguir siendo presentada ante el Ministerio Fiscal, pues así lo autorizan los artículos 269 y 773 de la LECrim. y 5 del EOMF. Sin embargo, una remisión de lo actuado por el Fiscal al Juzgado de guardia para su tramitación como juicio rápido, podría originar una resolución jurisdiccional de rechazo al no tener las diligencias practicadas por el Fiscal la consideración de atestado (cfr. arts. 292, 293 y 795.1 LECrim.).

El Fiscal conserva, claro es, su facultad de practicar diligencias de investigación al amparo de lo previsto en los artículos 5 del EOMF y 773.2 de la LECrim. Este último precepto le autoriza a ordenar a la Policía Judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o la responsabilidad de los partícipes en el mismo. No parece fácil impedir que un elemento tan aleatorio como el lugar elegido por el ciudadano para transmitir la *notitia criminis* pueda llegar a resultar determinante de uno u otro modelo de procedimiento. La voluntad legislativa es clara y la arquitectura formal del procedimiento previsto para el nuevo modelo impone que sea el atestado –no las diligencias de investigación del Fiscal– el que integre el primero y decisivo punto de partida para la incoación del juicio rápido.

## 3. LA INNECESARIA EXHAUSTIVIDAD DE LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN POLICIAL Y LA DECLARACIÓN DEL DETENIDO COMO EXIGENCIA DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE CONTRADICCIÓN Y DEFENSA

El epígrafe que da título al Capítulo II que está siendo objeto de comentario –*De las actuaciones de la Policía Judicial*–, puede sugerir un equívoco que ha de ser descartado. En efecto, la enumeración que el artículo 796 LECrim. contiene, referido a aquellas actuaciones que han de practicarse en sede policial, no puede concebirse como una enumeración cerrada. El legislador se ha ocupado tan sólo de aquellas diligencias que aconsejan una adaptación de su formato tradicional al principio de celeridad que impregna la nueva regulación. Sin embargo, no afecta al régimen general previsto para otras diligencias que no han sido objeto de tratamiento específico en aquel precepto. Así lo indica con claridad el propio texto legal cuando anuncia que tales diligencias habrán de ser practicadas «... sin perjuicio de cuanto se establece en el Título III del Libro II y de las previsiones del capítulo II del Título II de este libro...» (art. 796.1).

Pese a todo, la innecesariedad de agotar en la instancia policial todas y cada una de las diligencias que sugiera el hecho denunciado, parece derivarse de dos datos fun-

damentales. En primer lugar –así lo da a entender con claridad el legislador– que en los apartados 3, 4 y 5 del artículo 796.1 parece agotarse el deber de la policía en la citación del denunciado, de los testigos, ofendidos y perjudicados, así como de las entidades aseguradores, para que comparezcan ante el Juzgado de guardia. También abona esa idea la propia filosofía que inspira el nuevo procedimiento, en el que la fase de investigación se reduce a la búsqueda de los elementos esenciales para conocer el alcance jurídico penal de los hechos denunciados y, a partir de ahí, decidir acerca de la apertura o cierre de la fase de juicio oral.

Sin embargo, por más celeridad y dinamismo que quiera atribuirse a esta fase preprocesal, existe un acto indispensable que, pese a la falta de explicitud legal en este aspecto, sigue siendo decisivo. Se trata de la declaración del detenido en dependencias policiales, cuya práctica representa la expresión irrenunciable de la vigencia de los valores constitucionales de contradicción y defensa. Todo ello, claro es, sin perjuicio del derecho de todo detenido a guardar silencio, no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen, a manifestar que sólo declarará ante el Juez, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (cfr. art. 520.2.a y b LECrim.).

#### 4. LA PARTICIPACIÓN ACTIVA DEL FISCAL EN LA PRÁCTICA DE LAS «DILIGENCIAS URGENTES» ANTE EL JUZGADO DE GUARDIA

El artículo 797 se ocupa de precisar el contenido ordinario de las diligencias urgentes, teniendo éstas un evidente carácter jurisdiccional y respecto de las cuales la Ley 38/2002 impone al Fiscal una participación activa.

No sobra recordar que la originaria proposición de Ley exigía que las diligencias urgentes en el Juzgado de guardia se practicaran «*en presencia en todo caso del Ministerio Fiscal*» (art. 797), pero el legislador ha preferido una expresión más abierta y habilitante de otras soluciones: la *participación activa*.

Tal participación supone otros cauces distintos de la presencia física, pues lo contrario conduciría a cegar la posibilidad de intervención del Ministerio Público en algunos supuestos.

Ello no debe entenderse como una regla general, sobre todo en capitales de provincia o en ciudades dotadas de adscripción permanente de la Fiscalía. No obstante, en partidos judiciales en los que no existe deber de residencia del Fiscal, la utilización de medios tecnológicos puede en ocasiones llegar a convertirse en la única forma de conseguir la participación activa requerida por la Ley.

Tal circunstancia obligará a extremar el celo de los señores Fiscales para que tal actuación distinta de la presencia física no desvirtúe la intervención del Ministerio Fiscal en defensa de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos, ni sirva de excusa a posibles corruptelas basadas en un esfuerzo y dedicación menores. Por tanto, los Fiscales Jefes velarán por que toda participación del Ministerio Público en estos procesos resulte lo más activa posible.

Las diligencias urgentes son actos de investigación, cuya práctica inspira de nuevo el principio de celeridad, y que resultan fundamentales para fijar el verdadero relieve jurídico de los hechos denunciados. La actividad jurisdiccional a desplegar tendrá como objetivo determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el órgano competente para el enjuiciamiento (cfr. art. 777 LECrim.). El resultado de esas diligencias será clave a la hora de configurar objetiva y subjetivamente la pretensión del Fiscal. De ahí la importancia de una proximidad en la práctica de tales actos con el fin de enriquecer la ponderación que el propio Fiscal ha de llevar a cabo en las subsiguientes fases del procedimiento.

La propia naturaleza del procedimiento rápido impone, ahora más que nunca, que la actividad del Fiscal se caracterice por su proximidad y dinamismo en la práctica de las diligencias urgentes. La premura de los plazos previstos para el desarrollo de los actos procesales que integran la fase de investigación y la aceleración con que se encadenan las sucesivas fases del procedimiento, imponen una reforzada labor institucional a fin de contribuir a que el principio de celeridad que informa el nuevo modelo, se ponga al servicio del derecho a un proceso con todas las garantías.

En consecuencia, y siempre que ello resulte factible, las diligencias esenciales de la investigación deberán contar con la proximidad del Ministerio Público, salvo que el Fiscal Jefe considere ponderadamente que la disponibilidad de medios personales y materiales la hacen imposible.

Por el contrario, las diligencias de prueba anticipada que el artículo 797.2 reserva para aquellos casos en que –por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima o por otro motivo– fuere de temer que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral, o pudiera motivar su suspensión, imponen de modo especial esa participación del Ministerio Fiscal, en los términos antedichos. Así lo exige el artículo 448 LECrim. cuando regula con carácter general la prueba anticipada y así lo imponen las razones antes apuntadas, relacionadas con el significado del principio de celeridad en el procedimiento rápido.

Conviene dejar claro que la presencia física del Fiscal no constituye un presupuesto para la validez del acto procesal de que se trate. Quiere ello decir que en aquellas ocasiones en que el Fiscal no pueda comparecer personalmente a la práctica de alguna de las diligencias urgentes a tramitar en el Juzgado de guardia, habrá que tomar conocimiento de lo actuado de una forma distinta a la deseable con carácter general. Es aquí donde el valor de las nuevas tecnologías en el proceso penal puede llegar a desempeñar un papel clave para hacer realidad las previsiones del legislador.

En este sentido conviene tener en cuenta las previsiones del Proyecto de Ley de modificación del EOMF, aprobado por el Consejo de Ministros el 8 de noviembre de 2002, hoy en fase de tramitación parlamentaria, cuyo artículo 3 *in fine* dispone que:

*«Con carácter general, la intervención del Fiscal en los procesos podrá producirse mediante escrito o comparecencia. También podrá producirse a través de medios tecnológicos siempre que aseguren el adecuado ejercicio de sus funciones y ofrezcan las garantías precisas para la validez del acto de que se trate».*

Cualquier género de comunicación telefónica o telemática entre el Fiscal y el Juzgado de guardia, que permita una real toma de contacto y una adecuada ponderación del contenido de las diligencias, puede llegar a ser suficiente. Está fuera de dudas que en tales casos –sólo explicables por la excepcionalidad de las circunstancias– los señores Fiscales habrán de hacer más intensa, si cabe, su función de vigilancia de las garantías del proceso. Su ausencia física, aun cuando llegue a convertirse en presencia jurídica mediante el empleo de nuevas tecnologías, nunca podrá implicar una merma de aquellos principios estructurales y derechos cuya vigencia es requerida para la validez de los actos procesales.

##### 5. LA AUDIENCIA DEL MINISTERIO FISCAL SOBRE EL DESENLACE PROCESAL DE LAS DILIGENCIAS URGENTES Y LAS MEDIDAS CAUTELARES

Una vez practicadas las diligencias urgentes que resulten indispensables para determinar la naturaleza del hecho y la posible responsabilidad de los partícipes, el artículo 798 exige del Juez que oiga a las partes personadas y al Ministerio Fiscal acerca de dos extremos concretos que el precepto enumera:

a) La procedencia sobre alguna de las resoluciones previstas en el artículo 798.2, apartados 1 y 2; b) solicitud de medidas cautelares frente al imputado o –en su caso– frente al responsable civil.

#### 6. EL INFORME SOBRE LA PROCEDENCIA DE CONTINUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DEL JUICIO RÁPIDO

Como es lógico, el examen y ponderación por el Fiscal de las diligencias practicadas condicionará el sentido de su informe. Si estima que el hecho no es constitutivo de delito, no aparece suficientemente justificada su perpetración o, aun estimando que el hecho es constitutivo de delito no hubiere autor conocido, habrá de postular una resolución de cierre de las previstas en el artículo 779.1 LECrim. Si estima que el hecho integra una falta, se pronunciará en favor de la remisión de lo actuado al Juez competente, cuando no corresponda su enjuiciamiento al propio Juez de Instrucción. Si el conocimiento del hecho punible está atribuido a la Jurisdicción militar, dictaminará en favor de la correspondiente inhibición. Asimismo solicitará el traslado de lo actuado al Fiscal de Menores en aquellas otras ocasiones en que todos los imputados fueran menores de edad (cfr. art. 779.2 y 3).

Si bien se mira, ninguna de esas decisiones encierra novedad respecto del sistema vigente. Sí existe, en cambio, un nuevo modelo de tramitación en aquellos otros casos en que el análisis de lo actuado en la fase inicial de las diligencias urgentes, sugiera la conveniencia de continuar el procedimiento por el cauce que diseñan los artículos 800 y ss. de la misma LECrim.

En tales supuestos, a la vista de la literalidad del artículo 798, lo que se pide del Fiscal es que emita un informe que sirva de base a la resolución que ha de dictar el Juez de Instrucción acerca de la suficiencia o insuficiencia de las diligencias practicadas. Nótese que el régimen jurídico fijado por este precepto puede parecer diferente al que establece con carácter general para el procedimiento abreviado el artículo 780.2 LECrim. En este último caso –procedimiento abreviado– el legislador hace recaer expresamente en el Fiscal la decisión sobre la suficiencia o insuficiencia de las diligencias esenciales para la tipificación de los hechos y la determinación de su autor, de suerte que podrá instar con carácter previo la práctica de aquellas diligencias que estime indispensables para formular la acusación, en cuyo caso «... acordará el Juez lo solicitado».

No obstante el tenor literal del artículo 798, tales aparentes diferencias quedan desdibujadas si se tiene en cuenta la aplicabilidad supletoria de primer grado que poseen las normas del procedimiento abreviado en los juicios rápidos (art. 795.4 LECrim.). Ello permitirá al Fiscal exponer su criterio acerca de la posible insuficiencia del material probatorio recogido para formular una acusación acorde con los principios constitucionales.

Pese a ello, puede ocurrir que el Juez no sólo discrepe del criterio del Fiscal, sino que llegue incluso a ordenar seguir el procedimiento, sin que quepa recurso alguno contra tal decisión (art. 798.2.1). En esos casos, pueden plantearse importantes problemas prácticos.

Tal resolución judicial desdibujaría el genuino sentido del principio acusatorio, en la medida en que sería el Juez quien decidiera el *cuándo* de la acusación y quien extendiera su cometido a determinar si se han reunido los elementos precisos para que el Fiscal asuma lo que debiera ser, con autonomía funcional, su genuino papel procesal.

Está fuera de dudas que la decisión sobre la pertinencia de cualquiera de los medios de prueba o actos de investigación que pueda instar el Fiscal, ha de incumbir al Juez, pues en eso consiste precisamente la garantía jurisdiccional durante la fase de

investigación. Sin embargo, sería deseable proporcionar un tratamiento diferenciado entre lo que podría considerarse el *juicio de pertinencia* y el *juicio de suficiencia*. El acopio de los elementos precisos para fundar la acusación por un delito determinado nada tiene que ver con el debate acerca de la procedencia o improcedencia de un concreto acto procesal de investigación. Al órgano jurisdiccional incumbe evitar cualquier petición de diligencias que resulten innecesarias, inútiles o impertinentes. Pero se corre el riesgo de que, queriéndose evitar –en aras a la celeridad– lo improcedente, se obligue al Fiscal a defender lo insuficiente.

En la práctica, no faltarán casos en que el Juez de Instrucción haga suyo el criterio del Fiscal y concluya con éste la insuficiencia de las diligencias practicadas, ordenando que el procedimiento continúe como diligencias previas del procedimiento abreviado, dando así tiempo a la práctica de los actos de investigación precisos para formular acusación (cfr. art. 798.2.2). Sin embargo, en aquellas ocasiones en que no se produzca esta coincidencia valorativa, el Fiscal deberá asegurarse de la constancia en acta de su petición de diligencias.

Si el Fiscal estima fundadamente que el hecho ha de ser objeto de enjuiciamiento, podrá formular, en el momento oportuno, la correspondiente acta de acusación (art. 800.2). El carácter irrecurrible de la decisión del Juez puede llegar a imponer ese desenlace. En tales casos, la oportuna protesta del Fiscal por vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 de la Constitución), permitirá, bien en el turno de intervenciones (art. 786.2), bien en el momento de la impugnación de la sentencia (art. 790.2), reproducir sus alegaciones acerca de la quiebra de las garantías que asisten al Fiscal en el momento de hacer valer sus pretensiones.

Al margen de esa ocasional fuente de discrepancias interpretativas acerca de los actos de investigación necesarios para conferir a la pretensión del Fiscal consistencia jurídica, lo cierto es que los señores Fiscales habrán de optar en todo caso por aquella solución que mejor se adapte al espíritu que informa el nuevo procedimiento. Así, por ejemplo, habrán de huir de la rutinaria petición de diligencias de investigación perfectamente prescindibles y que, en no pocos casos, se limitan a una formalidad que nada aporta a la indagación de los perfiles jurídicos del hecho denunciado. La experiencia indica que buena parte de los actos de investigación que se practican ante el Juez de Instrucción –muchas veces a su propia iniciativa– no son sino actos procesales de claro tinte burocrático y que podían haber reservado su genuino significado jurídico para el momento ulterior del juicio oral, convirtiéndose en un verdadero acto de prueba a apreciar con inmediación por el órgano decisorio.

## 7. LA PETICIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

El informe del Fiscal acerca del impulso procesal que hayan de tomar las diligencias urgentes, irá acompañado, en función de los casos, de una petición de medidas cautelares frente al imputado o, en su caso, frente al responsable civil (art. 798.1).

Es indudable que la petición de medidas cautelares privativas o restrictivas de libertad no puede ajustar su procedencia a reglas estereotipadas, ajenas a la particular dimensión de cada uno de los hechos investigados y a las singulares circunstancias del imputado. Serán en todo caso las normas que disciplinan el alcance de las medidas cautelares personales las que deban actuar como pauta de valoración. Sin embargo, no se puede ocultar que la aprobación del nuevo modelo de procedimiento, con la previsible celebración del juicio oral en los días inmediatamente posteriores al momento de la detención, introduce un elemento a ponderar a la hora de calibrar la justificación de cualquier medida que incida cautelarmente sobre la libertad personal del sospechoso.

El trámite contenido en el artículo 798 confiere también al Fiscal una oportunidad única para hacer valer uno de sus cometidos esenciales, a saber, la protección de las víctimas. De ahí que la posibilidad legal que se ofrece en ese momento de instar medidas cautelares reales, orientadas a asegurar la reparación futura del daño causado a la víctima por el delito, no puede ser desaprovechada. Es conveniente, pues, que los señores Fiscales cuiden de modo especial la puesta en marcha de aquellas cautelas que, en el momento de la ejecución, puedan hacer más efectiva la reparación de la ofensa inherente al delito.

#### 8. LA SOLICITUD DE APERTURA DEL JUICIO ORAL Y FORMULACIÓN DEL ACTA DE ACUSACIÓN

Una vez que el Juez de Instrucción ha oído al Fiscal y a las partes acerca del desenlace que haya de atribuirse a las diligencias urgentes ya practicadas, si aquél estima que ha de continuar el procedimiento por los trámites previstos en el artículo 800, habrá de acordarlo así, haciéndolo mediante un auto que, como ya es sabido, resulta irrecurrible.

Inmediatamente después la Ley 38/2002 prevé una concentrada fase intermedia o juicio de acusación, descrita en el artículo 800 antes citado, conforme al cual, el Juez oír al Ministerio Fiscal y a las partes personadas para se pronuncie sobre si procede la apertura del juicio oral o el sobreseimiento y para que, en todo caso, soliciten o se ratifiquen en lo ya solicitado respecto de las medidas cautelares.

La expresión empleada por el legislador en el primer inciso del artículo 800.1 («... en el mismo acto»), avala la idea de la celebración de este momento procesal en unidad de acto respecto del debate que cronológicamente le precede acerca de la continuación del procedimiento. Bien es cierto que la lectura del precepto que nos ocupa y su relación con el contenido de los artículos 798 y 799 podrían autorizar una interpretación con arreglo a la cual la unidad de acto estaría referida al momento de la emisión del dictamen por el Fiscal y las restantes partes y no al contenido de la audiencia. Sin embargo, está fuera de dudas que la celebración en una única comparecencia del debate acerca del curso que haya de darse al procedimiento y –en su caso– de la procedencia de apertura de juicio oral, puede considerarse un ideal puesto al servicio del principio de celeridad que informa el procedimiento. En consecuencia, los señores Fiscales harán cuanto esté a su alcance para que su disponibilidad y, por supuesto, la ponderación y análisis de las diligencias, se adapten a la posibilidad real de que ambas secuencias procesales se celebren en una única audiencia.

La petición del Fiscal relativa al sobreseimiento o a la apertura del juicio oral, se halla sometida al control jurisdiccional previsto en los artículos 782 y 783.1 LECrim., de cuyo alcance se trata en esta misma Circular.

Si el Juez estimara procedente la apertura del juicio oral, lo declarará así mediante auto –que podrá adoptar la forma oral, sin perjuicio de su debida motivación y constancia– que no será susceptible de recurso alguno (art. 800.1).

#### 9. EL ACTA DE ACUSACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL. LA FORMULACIÓN ORAL DE LA PRETENSIÓN ACUSATORIA

Si el Juez de Instrucción ha estimado pertinente la apertura del juicio oral, la presentación del acta de acusación del Ministerio Fiscal diversifica su régimen jurídico en atención a que se haya o no personado en la causa acusación particular. En puridad, tal criterio para la determinación de una u otra opción procedimental no deja de ser llamativo, dada la trascendencia que se confiere a una circunstancia contingente que –sin embargo– llega a afectar a la forma de la acusación pública. En el prime-

ro de los casos –si no se hubiere constituido acusación particular– el escrito de acusación del Ministerio Fiscal se presentará de inmediato, pudiendo formular aquélla incluso oralmente (art. 800.2). Si, por el contrario, se hubiere constituido acusación particular que hubiere solicitado la apertura del juicio oral, el Juez emplazará al Fiscal y a la acusación particular para que presenten sus escritos dentro de un plazo improrrogable y no superior a dos días (art. 800.4).

La lectura detenida de ambos apartados parece reflejar una diferente opción legislativa, con arreglo a la cual la oralidad en la presentación del acta de acusación sólo sería admisible en ausencia de acusación particular. Así se desprende del contraste entre ambos apartados del artículo 800 y de la reiteración con la que se alude, en el apartado 4, a la forma escrita (... *emplazará en el acto a la acusación particular y al Ministerio Fiscal para que presenten sus escritos (...)* *Presentados dichos escritos...*).

Es también posible que el legislador piense de modo preferente en la oralidad para aquellos casos en que el desenlace del procedimiento vaya a acomodarse a la fórmula de conformidad que el artículo 800.2 arbitra. Sin embargo, tampoco su literalidad abona una interpretación de la vigencia de la forma oral exclusivamente limitada a los supuestos de conformidad. Lo que sí es cierto es que en aquellas ocasiones en que la representación del Ministerio Fiscal tome conocimiento de la predisposición del imputado a aceptar una determinada propuesta de acusación, la formulación oral de ésta puede servir para agilizar de modo especialmente útil esta concreta fase del procedimiento.

Pese a todo, en aquellas ocasiones en que el titular del órgano judicial así lo admita, basándose en una interpretación favorable a la oralidad como complemento del principio de celeridad, y el Fiscal se halle en condiciones de formular su acusación, ésta podría presentarse en el momento mismo del emplazamiento, sin necesidad de agotar el plazo de dos días que la ley confiere. Ello, claro es, con independencia de la Administración que de ese plazo pueda hacer la acusación particular.

En ambos casos, pero singularmente en aquellos en los que la acusación se ajuste a un criterio de oralidad, resulta indispensable no olvidar su genuino significado jurídico-procesal. De ahí que, por más que se flexibilice el formato, esa acusación habrá de contener las exigencias que –con carácter general– imponen los artículos 650 y 781 LECrim. El escrito del Ministerio Fiscal (o el acta en el que se recoge su petición oral) sirven de vehículo formal para la pretensión pública. Con ella se avanza en la formalización progresiva del objeto del proceso y se contribuye a su delimitación objetiva y subjetiva. De ahí la necesidad de que los señores Fiscales precisen con claridad los hechos punibles respecto de los que se formula acusación, califiquen su alcance jurídico, fijen las formas de participación, expresen la concurrencia o no de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y precisen la pena que estimen adecuada a los hechos imputados. Tales extremos habrán de ir acompañados de las demás menciones –responsabilidad civil, propuesta probatoria y medidas cautelares– que se derivan de los preceptos antes mencionados.

#### 10. CONTROL JURISDICCIONAL Y ALCANCE DE LOS EFECTOS PRECLUSIVOS DE LA FALTA DE FORMULACIÓN DEL ACTA ACUSATORIA

El legislador ha estimado oportuno regular una férrea forma de control judicial respecto de aquellos supuestos en que, habiéndose acordado la apertura del juicio oral y emplazado al Fiscal para la presentación del escrito de acusación, aquél haya dejado transcurrir el término conferido al efecto.

Ese control se activa, a la vista del artículo 800.5, en las dos modalidades que el precepto admite para la formulación del acta acusatoria. En efecto, tanto si el Fiscal no presenta su escrito de acusación en el momento fijado en el artículo 800.2 –o sea,

de inmediato, bien de forma escrita u oral—, como si el retraso se produce respecto del plazo de dos días que habilita el artículo 800.4, el Juez requerirá al superior jerárquico del Fiscal para que en un nuevo término de dos días aporte el escrito que proceda. Si el superior jerárquico tampoco presentare dicho escrito, se entenderá que no pide la apertura del juicio oral y que considera procedente el sobreseimiento libre.

La elogiada voluntad legislativa de celeridad en todas y cada una de las fases del procedimiento, ha llevado a la fijación de una fórmula que, en última instancia, proyecta sobre el objeto del proceso las consecuencias de la preclusión del plazo que se otorga al Fiscal para la formulación del acta de acusación. Además, lo hace con un efecto singularmente drástico, en la medida en que el silencio del superior jerárquico del Fiscal respecto del requerimiento del Juez para la presentación del escrito, lleva consigo la presunción legal de que el Fiscal no pide la apertura del juicio oral y que considera procedente el sobreseimiento libre.

Esa resolución de sobreseimiento no está exenta de fundadas dudas técnicas. En principio, la alusión que hace el precepto a la voluntad presunta del Fiscal de no pedir la apertura del juicio oral está en llamativo contraste con el hecho de que —conforme al artículo 800.2— el juicio oral ya ha sido abierto con anterioridad. Además, tal clase de sobreseimiento tiene difícil encaje en alguna de las categorías que, con carácter taxativo, enumera el artículo 637 LECrim. Y, por otra parte, hace posible la incógnita acerca de si un sobreseimiento de tal naturaleza podría dar cabida a la facultad que acoge el artículo 638 LECrim.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo había resuelto en un sentido contrario al que ahora acoge la previsión legal aquellos supuestos de transcurso del término concedido al Fiscal para aportar escrito de acusación.

Así, por ejemplo, la STS 1236/1999, de 21 de julio, negó que la presentación del escrito de acusación fuera de plazo por parte del Ministerio Fiscal implicara cualquier género de afectación de la legalidad constitucional, haciéndolo con el siguiente argumento: «... de un lado, el *ius puniendi* del Estado sólo se extingue, por razón del transcurso del tiempo, como consecuencia de la prescripción del delito —o de la acción penal para perseguirlo— y de la prescripción de la pena —o de la acción para ejecutar la pena impuesta—, lo cual ocurre cuando transcurren los plazos establecidos legalmente, mucho más extensos que el tiempo que en este caso tardó en calificar el Fiscal, y, de otro lado, porque siendo el Ministerio Público una parte necesaria de nuestro proceso penal (salvo que se proceda por los llamados «delitos privados», lo que no es el caso de autos), en la fase intermedia, tanto del procedimiento abreviado como del ordinario, es imprescindible que exista su petición de apertura del juicio oral o de sobreseimiento para que el Juez o Tribunal pueda decidir la continuación o no del procedimiento (artículos 632 y 790 LECrim.), lo que no quiere decir que el Juez o Tribunal quede vinculado por la petición que haga el Fiscal, y si éste no presenta su escrito en el plazo concedido al efecto podrá apreciarse, corregírsele disciplinariamente, e incluso pedirse a su superior que designe otro funcionario para que despache el asunto, pero no seguir adelante sin petición del Fiscal...».

A una conclusión interpretativa similar, aunque con un razonamiento basado en razones operativas más que de carácter teórico, llegaba el auto del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1996, dictado en el recurso 3449/1995. Estimaba el alto Tribunal que «... en relación con la exigencia estricta de los plazos al Ministerio Fiscal se debe advertir que la organización de la oficina de la Fiscalía es necesariamente compleja y exige una serie de trámites burocráticos que ineludiblemente dilatan los plazos marcados para la substanciación de los recursos de casación(...). En segundo lugar se debe admitir que, una mínima racionalización del servicio, exige que el envío de los asuntos se realice periódicamente, cuando exista un número suficiente de causas que se encuentren en análogas condiciones de tramitación. A su vez, la entrada y registro

en la Fiscalía, así como la distribución y reparto a los diferentes fiscales ocupa necesariamente un espacio de tiempo que absorbe, con creces, el plazo marcado por la ley. Todo ello sin olvidar que el número de asuntos que corresponde a cada miembro del Ministerio Fiscal tiene que ser necesariamente limitado, lo que implica que sólo se puedan despachar el trámite de instrucción cuando el recurso entre en el turno de reparto correspondiente. Todas estas consideraciones responden a una realidad incontestable por lo que no nos encontramos ante un supuesto de desigualdad ante la ley sino ante una situación perfectamente justificada y justificable por razones puramente estructurales y funcionales que, por otro lado, no excluyen la posibilidad de prorrogar también el plazo a la representación de las partes, cuando existan razones y causas que lo justifiquen».

Sea como fuere, la vigencia de la fórmula incorporada por el mencionado precepto, obliga al Fiscal a desplegar un esfuerzo institucional que impida que la víctima del delito o el interés social en la persecución del hecho injusto, puedan quedar afectados por problemas organizativos o de cualquier otra naturaleza que, pese a su importancia, siempre tendrán un valor axiológico inferior al de los intereses que están en juego en el proceso penal. De ahí la necesidad de que los servicios de las diferentes Fiscalías acomoden su operatividad a la comentada exigencia legal, concediendo prioridad al desarrollo ordinario de la función que, en el nuevo marco legal, se concede al Fiscal en la fase intermedia del proceso. Puede resultar, pues, de vital importancia que por las jefaturas se coordine un ágil sistema de dación de cuenta de las vicisitudes de la guardia, con el fin de que el requerimiento dirigido al superior jerárquico del Fiscal no se produzca de modo sorpresivo, con el agravado problema de la premura del plazo para dar respuesta a ese requerimiento y, en su caso, subsanar cualquier deficiencia que pudiera haberse producido.

La redacción del artículo 800.5 («... si el Ministerio Fiscal no presentare su escrito de acusación en el momento establecido en el apartado 2 o en el plazo establecido en el apartado 4...»), posibilita una interpretación, con arreglo a la cual, siempre y en todos los casos en que el Juez haya decretado la apertura del juicio oral, se pondría en marcha el mecanismo jurídico de requerimiento al superior jerárquico, bastando la objetiva constatación de que el representante del Ministerio Fiscal no ha formulado acta de acusación en plazo. Sin embargo, la no presentación de ese escrito puede obedecer a muy diferentes causas, cada una de las cuales habría aconsejado un tratamiento jurídico diferenciado.

Así, por ejemplo, cabe la posibilidad de que la omisión del Fiscal obedezca a que estima pertinente una resolución de sobreseimiento en cualquiera de sus dos modalidades, con independencia del criterio que suscriba la acusación particular. Pero también es posible que la falta de aportación de aquel escrito tenga su origen en alguna defunción que ha de ser solventada, con el fin de no perjudicar los fines del proceso. El precepto no sólo unifica el tratamiento jurídico de situaciones diferenciadas, sino que parece no dar alternativa al Juez que —cumplida la hipótesis del primer inciso del artículo 800.5— vendría obligado a proceder del modo que ese mismo apartado le impone.

La nueva regulación interpreta como una anomalía procesal, que ha de ser corregida, el hecho de la no presentación del escrito de acusación por el Fiscal una vez abierto el juicio oral. Resulta, pues, esencial que los señores Fiscales reparen en que la petición de apertura del juicio oral, si es aceptada por el Juez, conlleva como consecuencia práctica la necesidad —con carácter general— de formular el correspondiente escrito de acusación. Al propio tiempo, en todas aquellas otras ocasiones en que estimen procedente cualquier forma de sobreseimiento y la apertura del juicio oral se produzca a instancias de una acusación particular, habrán de dar cuenta a su superior inmediato de las razones por las que estiman ajustado a Derecho el cierre

de los debates del juicio oral. Sólo así aquél estará en condiciones de avalar o, en su caso, corregir, la decisión del Fiscal al que haya correspondido el despacho del asunto.

Las distintas jefaturas habrán de ser conscientes también de que la falta de respuesta al requerimiento judicial formulado al amparo del artículo 800.5 tiene un efecto legal vinculado que no siempre resultará aconsejable. De ahí la importancia de que eviten el sobreseimiento libre que la ley asocia al silencio institucional del Fiscal Jefe, mediante la oportuna formulación de alegaciones, incluso, en el caso en que éstas sean favorables al sobreseimiento provisional.

Sería conveniente que la práctica privara del automatismo que parece desprenderse del artículo 800.5, de suerte que éste actuara como una verdadera fórmula de control jurisdiccional e intraorgánico, respecto de aquellas disfunciones que pudieran presentarse en el trabajo cotidiano del Fiscal. Se trataría, en fin, de recuperar –para su aplicación al procedimiento previsto para los juicios rápidos– el significado de la previsión del artículo 782.2 que, según pone de manifiesto su lectura y el reiterado empleo de la palabra «podrá», opta por configurar un criterio de fiscalización que actúa como una facultad del Juez de Instrucción, más que como una imposición legal exigible siempre y en todo caso. Sólo una interpretación judicial que así lo entienda podría superar los inconvenientes que se derivarían de la rígida aplicación del apartado 5 del artículo 800.

Es indudable que las soluciones prácticas al problema generado por la fórmula legal que está siendo objeto de análisis, no siempre serán uniformes, dependiendo en la mayoría de los casos del personal criterio interpretativo del Juez de Instrucción. Sin embargo, puede resultar de interés que los señores Fiscales –preferentemente en aquellos casos en los que la rígida aplicación de aquélla frustre los fines del proceso penal– busquen extraer del vigente régimen jurídico los argumentos que impidan un indeseable desenlace en forma de sobreseimiento libre. Desde este punto de vista, por ejemplo, es menester recordar que el artículo 202 LECrim. –invocado en el auto 25 junio 1996–, establece que los términos judiciales «... serán improrrogables (...) cuando la Ley no disponga expresamente lo contrario. Pero podrán suspenderse o abrirse de nuevo, si fuere posible sin retroceder el juicio del estado en que se halle cuando hubiere causa justa y probada. Se reputará causa justa la que hubiere hecho imposible dictar la resolución o practicar la diligencia judicial, independientemente de la voluntad de quienes hubiesen debido hacerlo».

En la misma línea de razonamiento, resulta necesario tener presente que, en aquellas ocasiones en que el Juez de Instrucción actúe en la forma prevista en el artículo 782.2 y emplaze a los directamente ofendidos y perjudicados conocidos –así se lo impone el artículo 800.5–, habrá de conceder a aquéllos un término máximo de 15 días para que «... comparezcan a defender su acción».

No parece que exista inconveniente legal alguno para que el Fiscal, mientras ese término concedido a la acusación particular se halle vigente, pueda aportar su escrito de acusación. De un lado, por cuanto que la preclusión como principio procesal de carácter ordenador no debiera desplegar un efecto extintivo en el ejercicio *del ius puniendi*. Además, porque la detenida lectura del artículo 800.5 no precipita de forma necesaria la resolución de sobreseimiento libre por parte del Juez, sino que establece una presunción *ope legis* que –por razón de su significado y redacción– debe estimarse *iuris tantum*. En definitiva, del silencio del superior jerárquico del Fiscal se entenderá que considera procedente el sobreseimiento libre, a menos que –todavía sin extinguir el plazo legal conferido a la acusación particular– aporte la correspondiente acusación.

A esa conclusión conduce, además, el contenido del artículo 783.1 párrafo 2, aplicable a aquellos supuestos en que el Juez de Instrucción decreta la apertura del

juicio oral sólo a instancia de la acusación particular. En tal caso, «... dará nuevo traslado a quien hubiere solicitado el sobreseimiento por plazo de tres días para que formule escrito de acusación, a menos que hubiere renunciado a ello». Como puede apreciarse, es la renuncia expresa, no la deducida del silencio como actitud procesal, la que conlleva el verdadero efecto preclusivo.

De ahí que en todas aquellas oportunidades en que la falta de presentación de escrito de acusación por el Fiscal no obedezca a un juicio ponderativo acerca de la procedencia del sobreseimiento y, por el contrario, sea la consecuencia de una disfunción organizativa, los señores Fiscales tratarán de hacer posible la aportación, aun tardía, del correspondiente acta de acusación.

En cualquier caso, los señores Fiscales habrán de ser conscientes de la importancia de que su trabajo siga estando inspirado en el máximo rigor técnico, ahora complementado por la indispensable coordinación en los servicios, con el objetivo de que la celeridad que anima el nuevo procedimiento sea fuente de soluciones, nunca de problemas que dificultarían el logro de los fines a que se orienta la Ley.

### III.III. Especialidades de los recursos en los juicios rápidos

#### 1. RECURSOS CONTRA LAS RESOLUCIONES DEL JUEZ DE INSTRUCCIÓN

Las normas especiales para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos no contienen especialidades en cuanto a los recursos, salvo lo dispuesto en el 798.1.º, que realiza una previsión referente al auto judicial que decide la suficiencia de las diligencias practicadas y la prosecución de las actuaciones conforme a las normas de los llamados juicios rápidos, contra el que no cabe recurso. Los problemas prácticos que puedan derivarse de la inimpugnabilidad de esta resolución han sido objeto de examen *supra*, de ahí la conveniencia de remitirnos ahora a lo ya expuesto.

La disposición del artículo 798.3 respecto a los supuestos en que el Juez acuerde una de las medidas previstas en los tres primeros ordinales del artículo 779.1.º –que se refieren únicamente a efectos de recurso a las medidas cautelares– es poco afortunada y puede generar un equívoco acerca del limitado alcance de la impugnación, cuando –por el contrario– los recursos previstos en el artículo 766 pueden ser interpuestos contra toda la resolución y no sólo respecto al pronunciamiento sobre medidas cautelares.

De igual forma, la remisión que este artículo realiza al artículo 800.1.º, para la adopción de las medidas cautelares en el caso de que se dicte auto ordenando la continuación del procedimiento, debe entenderse al momento en que las partes solicitan o ratifican la solicitud de tales medidas cautelares, ya que no se contiene ninguna especialidad en cuanto a los recursos. La disposición del último párrafo –respecto a que el auto de apertura de juicio oral no será susceptible de recurso alguno– no puede interpretarse sin tener en cuenta que también en éste pueden contenerse medidas cautelares que siempre podrán ser objeto de recurso, por lo que debe integrarse con lo dispuesto en el artículo 787.3, que mantiene la posibilidad de recurrir las medidas cautelares.

#### 2. RECURSOS CONTRA LAS SENTENCIAS DICTADAS EN JUICIOS RÁPIDOS

El nuevo artículo 803 prevé que contra las sentencias dictadas en este tipo de procedimiento por el Juez de lo Penal se pueda interponer recurso de apelación, que se tramitará conforme a las normas del recurso previsto en el procedimiento abreviado con algunas especialidades.

Dichas especialidades se limitan a reducir los plazos para la interposición y presentación de escritos de alegaciones –que serán en este procedimiento de sólo cinco días– y el plazo para dictar sentencia, que será ordinariamente de tres días (o de cinco si no se celebrase vista). Con el objeto de hacer realidad el principio de celeridad, se prevé que la tramitación y la resolución tendrán carácter preferente.

#### IV. LA CONFORMIDAD

La reforma introduce novedades relevantes en los medios de solución consensuada del proceso que se orientan prioritariamente a fomentar la celeridad y a simplificar los trámites precisos para alcanzar la sentencia. Tales novedades se centran principalmente en la desaparición de la fórmula de enjuiciamiento inmediato recogida en el derogado artículo 789.5.5.<sup>a</sup> LECrim., en una regulación más detallada de los efectos y límites de la conformidad y en la incorporación de un instrumento nuevo de agilización y simplificación del proceso mediante la atribución a la conformidad producida en determinadas circunstancias legalmente determinadas de un efecto reductor de la pena consensuada en un tercio de su extensión.

##### 1. DESAPARICIÓN DE LA FÓRMULA DE ENJUICIAMIENTO INMEDIATO PREVIO CONSENSO DE LAS PARTES SOBRE LOS HECHOS IMPUTADOS

La referencia contenida en la regla quinta del artículo 789.5 LECrim. se deroga en la reforma procesal. Este precepto autorizaba a prescindir de la fase de instrucción y la fase intermedia en el procedimiento abreviado cuando en relación con hechos delictivos susceptibles de enjuiciamiento por el Juez de lo Penal, el imputado hubiere reconocido ante el Juez de Instrucción los mismos y solicitado de consuno con el Ministerio Fiscal, y asistido por su Abogado, la remisión directa de las actuaciones al órgano de enjuiciamiento para la convocatoria inmediata de juicio oral; en estos supuestos las partes formulaban directamente sus pretensiones ante el Juez de lo Penal, reduciendo a su mínima expresión la tramitación preparatoria del plenario.

El precepto constituía manifestación del principio de consenso, no una genuina conformidad. El juicio oral no se evitaba como sucede en el caso de las conformidades sino que se anticipaba, de ahí la denominación que recibió de juicio inmediato. El imputado se avenía a reconocer los hechos que se le atribuían, pero no la calificación jurídica o la pena que la acusación estimare pertinente solicitar, dado que en el momento del reconocimiento de los hechos todavía no existía una calificación formal. Las pretensiones de las partes se fundaban –por lo demás– en la innecesariedad de la instrucción al quedar circunscrito el objeto del proceso a la discusión de las consecuencias jurídicas atribuibles a los mismos, sin perjuicio de que se formalizase igualmente la conformidad ante el órgano de enjuiciamiento.

La Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, dio un paso más en la concentración de trámites cuando facultó al Juez de Instrucción para acordar directamente el señalamiento ante el Juez de lo Penal y ordenar las citaciones precisas sin sujetarse al plazo mínimo de diez días señalado entonces para el enjuiciamiento inmediato (art. 790.6, párrafo último LECrim.).

La desaparición de esta forma de simplificación del proceso resulta comprensible por la escasa trascendencia práctica que ha tenido, consecuencia probablemente de su parca e insuficiente regulación, y porque de algún modo acaba siendo superflua al existir un procedimiento especial de enjuiciamiento inmediato desarrollado de manera comprensiva en el Título III del Libro IV LECrim.

## 2. LA CONFORMIDAD COMÚN, EFECTO Y LÍMITES

La reforma procesal no ha alterado sustancialmente los trámites de la conformidad ordinaria o común en el procedimiento abreviado. El principio de consenso sigue configurado como incidencia que se produce en la fase preparatoria del juicio, tras la apertura del juicio oral, en momentos casi coincidentes a los previstos en la regulación original, así: en trámite de evacuación del escrito de defensa (art. 784.3, párrafo 1 LECrim.); mediante la novedad que representa el posible escrito de calificación suscrito por acusación y defensa, fruto de previa negociación, que se incorpora a la causa en cualquier momento anterior a la celebración de las sesiones del juicio oral (art. 784.3, párrafo 2 LECrim.); y, finalmente, al inicio de las sesiones del juicio oral, antes de la práctica de la prueba, mediante manifestación de voluntad del acusado de conformarse con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad o, previa negociación, con el nuevo escrito que se presentare en el acto (art. 787.1 LECrim.).

Se mantiene el ámbito de aplicación que la conformidad ordinaria (a diferencia del ámbito más restringido de la conformidad privilegiada al que luego aludiremos) tenía en la regulación precedente. Es decir, las conformidades ordinarias en el procedimiento abreviado (artículos 784.3 y 787) –aplicables también en el juicio rápido–, las conformidades en el Tribunal del Jurado (art. 50) y en el sumario ordinario (arts. 655 y 688 y ss.) se producen en un ámbito idéntico. En todas ellas la pena no puede ser superior a seis años de prisión, siendo posible la conformidad con cualquier otra pena distinta de la de prisión sin límite alguno. Se atiende a la pena en concreto (la solicitada por la acusación o la más grave de las solicitadas si hubiere varias acusaciones) y no a la pena en abstracto (la fijada por el CP para cada figura delictiva en el correspondiente tipo). Igualmente habrá de estarse a cada una de las penas por separado, pues es indiferente que habiendo varios delitos la suma de todas ellas rebase los seis años de privación de libertad.

Como se ha indicado, aunque la novedad principal de la conformidad en el juicio rápido es la conformidad beneficiada del artículo 801, es posible que transcurrido el momento procesal en que ésta puede obtenerse y perdida ya la oportunidad de un beneficio de rebaja en la pena como el propuesto en el citado precepto, sin embargo, las partes lleguen en la tramitación ulterior del juicio rápido a una conformidad –al igual que sucede en los restantes procedimientos– ordinaria y no beneficiada que determinaría la sentencia de conformidad del Juez de lo Penal. Esa conformidad puede producirse bien en los nuevos escritos de acusación provisional (art. 784.3) o bien en el inicio del juicio oral (art. 787).

De otra parte, lo novedoso de la regulación radica en el pormenorizado desarrollo que el artículo 787 LECrim. realiza de las facultades de homologación judicial de la conformidad concertada por las partes, recogiendo en gran medida aportaciones jurisprudenciales producidas bajo la vigencia de la anterior regulación. Recuerda la Ley que el órgano enjuiciador no debe descuidar por razón del acuerdo alcanzado su preferente vinculación a la Ley y que en el ejercicio de su indeclinable función jurisdiccional y del interés público inmanente al proceso penal debe supervisar en todo caso tanto la adecuación de la calificación jurídica a los hechos propuestos, como la necesaria correlación entre calificación jurídica y pena solicitada, sin perjuicio del inmediato y directo control que ha de ejercer sobre la libertad y espontaneidad con que el acusado manifiesta su voluntad.

La conformidad sigue siendo, en la nueva normativa, un medio para salvar la necesaria celebración del juicio oral y evitar el efecto estigmatizador del mismo, proporcionando al acusado dispuesto a reconocer su culpa una vía de resolución del proceso más satisfactoria desde el punto de vista de su resocialización.

Esta conformidad ordinaria no permite un acortamiento relevante del proceso, pues la conformidad se verifica cumplida la fase de instrucción, durante la fase intermedia o preparatoria del juicio, o en el mismo inicio de sus sesiones. Probablemente responda a la necesidad de superar el limitado efecto reductor de trámites de la conformidad ordinaria la novedosa opción legislativa contenida en el artículo 801 LECrim. de fomentar la vía negociada de solución del proceso ofreciendo una relevante rebaja de su condena al imputado que asumiere su propia responsabilidad de manera inmediata en el servicio de guardia del Juzgado de Instrucción o en el período de instrucción de diligencias previas.

### 3. LA CONFORMIDAD BENEFICIADA CON REDUCCIÓN DE PENA DEL ARTÍCULO 801 LECRIM.

El interés prevalente de la reforma se orienta a la potenciación de la celeridad y a este objetivo responde la creación de un instrumento nuevo en la esfera de las soluciones consensuadas: la conformidad beneficiada con una reducción de un tercio de la pena mutuamente aceptada, figura que se acoge en el artículo 801 LECrim. que incorpora la LO 8/2002, en su condición de norma complementaria de la Ley de reforma parcial de la LECrim. para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas.

El rango orgánico de esta Ley y su segregación de la Ley 38/2002 sobrevenida durante la tramitación parlamentaria responde a la decisión del legislador de transferir la competencia funcional para el enjuiciamiento de los hechos conformados al Juez de Instrucción, atribución que por su trascendencia ha exigido la adaptación del artículo 87.a) LOPJ, y a la introducción de una cláusula reductora de la condena que viene a complementar el régimen de individualización de penas regulado en el Capítulo II del Título III del Libro I CP.

De resultados de esta modificación –una vez alcanzada la conformidad en los términos del artículo 801 LECrim.– las actuaciones no se remiten al Juez de lo Penal (como sucede en los supuestos clásicos recogidos en el artículo 784.3 LECrim.) sino que permanecen en el Juzgado de Instrucción para el dictado de la sentencia, reservándose la competencia del Juez de lo Penal exclusivamente para la ejecución de lo fallado, a excepción del pronunciamiento sobre suspensión o sustitución de la pena que corresponde al Juez de Instrucción (art. 801.2).

#### A) *Ámbito material y temporal*

La conformidad especial del artículo 801 LECrim. resulta operativa en el servicio de guardia del Juzgado de Instrucción después de pronunciado el auto de incoación de procedimiento para enjuiciamiento rápido (art. 798.2.1.º LECrim.).

Ahora bien, el legislador ha querido que dicha conformidad beneficiada prevista para el juicio rápido alcance también a los delitos –incluidos en el ámbito de esta modalidad de conformidad– que se tramiten mediante procedimiento abreviado. Ello será posible en fase de instrucción de diligencias previas con anterioridad al pronunciamiento del auto de transformación a procedimiento abreviado a tenor de lo previsto en el artículo 779.1.5.ª LECrim.

Cuestión esencial es la definición del ámbito temporal de aplicación del beneficio, pues la conformidad minorativa de la pena convive con el régimen clásico de conformidad (art. 787 LECrim.), y sólo pretende beneficiar el consenso alcanzado en momentos muy precisos. Tratándose del procedimiento especial de enjuiciamiento rápido, el acusado debe manifestar su conformidad en el momento mismo en que recibe traslado de la calificación del Fiscal (art. 800.2 LECrim.). La conformidad sustituye a la presentación de escrito de calificación provisional de la defensa. Se evita así

efectivamente el señalamiento de juicio y la citación de las partes, de modo que si la Defensa formula una calificación contradictoria, o solicita del Juez de Instrucción plazo para evacuar su calificación, pierde el derecho a beneficiarse de la reducción de condena, aun cuando pueda articularse después una solución consensuada por el trámite común de los artículos 784.3 y 787 LECrim.

Cuando se otorga al Fiscal un plazo de cuarenta y ocho horas para evacuar por escrito su calificación, bien porque se ha personado acusación particular (art. 800.4 LECrim.), bien porque se ha elevado la causa al superior jerárquico para que supla la inactividad del Fiscal encargado del asunto (art. 800.5 LECrim.), el acusado también debe manifestar su conformidad de manera inmediata al traslado de los escritos de calificación si quiere beneficiarse de la reducción de condena del artículo 801 LECrim.

En el procedimiento abreviado es posible articular esta modalidad especial de conformidad durante la tramitación de las diligencias previas, antes de su transformación en abreviado. Si en esta fase el imputado asistido de su Abogado reconoce los hechos a presencia judicial y los mismos se encuadran en los límites del artículo 801, el Juez de Instrucción incoa diligencias urgentes para enjuiciamiento rápido a fin de formalizar en el seno de las mismas la conformidad beneficiada con reducción de pena (art. 779.1.5.<sup>ª</sup> LECrim.). Sin embargo, una vez emprendida la fase intermedia mediante la transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado (art. 789.1.4.<sup>ª</sup> LECrim.) debe darse por precluida la posibilidad de aplicar el régimen especial de conformidad, sin perjuicio de la aplicación —en su caso— de la modalidad ordinaria de conformidad prevista en los artículos 784.3 y 787 LECrim. si la solución consensuada se lograra con posterioridad.

La delimitación temporal de la conformidad especial revela que uno de los fundamentos del beneficio de la reducción de pena radica precisamente en la temprana manifestación por el imputado de su voluntad de conformarse y de su disposición a simplificar el proceso; la conformidad manifestada fuera de los momentos procesales descritos producirá los efectos prevenidos en el artículo 787 LECrim., pero no se beneficia de la reducción de condena.

### B) *Presupuestos*

Se recogen en el párrafo 1 del artículo 801 LECrim. y se centran en tres aspectos particulares, dos sustantivos y uno procedimental:

1. La gravedad abstracta del delito: la acusación debe referirse a hechos delictivos que tengan asignada en la Ley una pena de prisión no superior a los tres años, pena de multa cualquiera que sea su cuantía, o pena de distinta naturaleza de duración no superior a diez años; en ningún caso se beneficia de la reducción de pena el delito que exceda estos límites, aunque luego, mediante la aplicación de las reglas generales de determinación de la pena —en función del grado de desarrollo delictivo, forma de participación, concurrencia de eximentes incompletas o circunstancias de atenuación muy calificadas o privilegiadas, error vencible de prohibición, etc.— se venga a fijar la pena en una extensión no superior a los indicados límites.

La previsión legal circunscribe esta modalidad especial de conformidad a delitos castigados con pena de prisión de naturaleza menos grave (art. 33.3.a) CP) y a cualesquiera otros delitos comprendidos en la esfera de competencia del Juez de lo Penal (art. 14.3.º CP) a quien corresponde después la ejecución de lo fallado (art. 801.1 LECrim.), lo que abarca los delitos castigados con pena privativa de libertad diversa de la prisión —arresto de fines de semana— con multa —con su correspondiente responsabilidad personal subsidiaria— y los castigados con penas de otra naturaleza cuya duración no exceda de 10 años, extendiendo su efecto también a las faltas incorporadas a la acusación por ser imputables al acusado del delito o a otras

personas, cuando la comisión de la falta o su prueba estuviera relacionada con el delito (art. 781.1 LECrim.).

2. La extensión concreta de la pena solicitada por la acusación, de modo que la pena o la suma de las penas solicitadas, tratándose de pena privativa de libertad, no supere, reducida en un tercio, los dos años de prisión. Este límite guarda relación con la posible aplicación de los beneficios penales de suspensión condicional de la pena (art. 81.2.º) y de sustitución de la pena privativa de libertad (art. 88.1 CP), pues la idea original de la proposición de Ley era vincular la aplicación de esta modalidad especial de conformidad a la concurrencia de los requisitos legales exigidos en el Código penal para acceder a alguno de estos beneficios.

El precepto resulta un tanto ambiguo porque empieza mencionando la necesidad de tomar en consideración la suma de las penas privativas de libertad solicitadas, para luego exigir que en ningún caso se exceda el límite de dos años de prisión tras aplicar la reducción del tercio. Se suscita entonces la cuestión de si pueden agregarse al cómputo las penas de arresto de fines de semana y, en su caso, la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, que tienen la consideración de penas privativas de libertad (art. 35 CP).

La pena de arresto de fines de semana tiene una configuración específica en su ejecución consistente en su discontinuidad temporal, lo que la diferencia en su estado original de la pena de prisión; pese a ello, no constituye una pena heterogénea y es susceptible de ser asimilada a la prisión a efectos de refundición en aplicación del principio de unidad de ejecución penitenciaria, como ya se indicó en el apartado V de la Consulta de la Fiscalía General del Estado 1/1998, de 31 de marzo, por lo que parece más adecuado entender que los arrestos integran el cómputo punitivo del límite máximo de dos años de privación de libertad.

Diversa solución se ha de dar, en cambio, a la responsabilidad personal subsidiaria, pues en este caso nos encontramos con una pena privativa de libertad que no se impone directamente al reo, sino como medio de realización subsidiaria de una pena de naturaleza pecuniaria. La Consulta 4/1999, de 17 de septiembre, en un supuesto semejante, se pregunta si en el cómputo del límite de dos años de privación de libertad exigido en el artículo 81.2.º CP para la concesión del beneficio de la suspensión condicional de la condena se deben integrar los días de privación de libertad impuestos a consecuencia del impago de una multa y, tras extensa argumentación con cita jurisprudencial, se decanta por la respuesta negativa en el entendimiento de que no es admisible asimilar la multa y la pena de prisión para justificar la negación de un beneficio como la suspensión condicional; esta doctrina encuentra nuevo encaje por identidad de razón en el supuesto de la conformidad privilegiada del artículo 801 LECrim.

3. La concurrencia de determinadas circunstancias procesales, en particular –por lo que se refiere al procedimiento de juicio rápido– que se haya acordado la apertura de juicio oral y que el Fiscal haya presentado su escrito de acusación en el servicio de guardia.

La ausencia de acusación particular, requisito que parece exigirse del tenor literal del artículo 801.1.1.º, no constituye una genuina condición de la aplicación del beneficio. Como se encarga de precisar el párrafo 4 del artículo 801 LECrim., si hubiere acusador particular en la causa el acusado podrá –en su escrito de defensa– prestar su conformidad con la más grave de las acusaciones según lo previsto en los apartados anteriores. Hay que entender que en este supuesto también se aplica el efecto reductor de la condena, si concurren el resto de las condiciones legales previstas para ello.

Estas condiciones del procedimiento no son realmente requisitos de aplicación del beneficio, sino una determinación del momento y la forma en que se debe manifestar la conformidad para que se deduzca el efecto de minoración punitiva cuando el tipo procesal seguido es el previsto en el Título III del Libro IV LECrim.

Ahora bien, la conformidad minorativa se puede producir también en las diligencias previas y entonces el trámite varía. Así, en diligencias previas del procedimiento abreviado, si el imputado asistido de Abogado ha reconocido los hechos a presencia judicial, el artículo 779.1.5.ª LECrim. ordena la convocatoria por el Juez de Instrucción del Ministerio Fiscal y de las restantes partes a una comparecencia para que manifiesten si formulan escrito de calificación de conformidad. Se entiende que la comparecencia tiene por objeto, a partir del reconocimiento de los hechos, el desarrollo completo de un acuerdo de voluntades apto para poner fin anticipadamente al proceso, lo que demanda una calificación concertada de los hechos y una determinación concorde de la pena o penas a imponer y de las restantes consecuencias jurídicas.

Exige la norma además que se documente el acuerdo mediante escrito de acusación con la conformidad del acusado. Dado que la filosofía de la reforma procesal es conseguir la máxima flexibilización de los trámites, puede admitirse que la documentación del acuerdo se realice en la misma acta de la comparecencia levantada por el Secretario Judicial, siempre y cuando recoja en su integridad todos los elementos integrantes de la calificación conjunta que va a posibilitar la conclusión anticipada del proceso. Esta posibilidad se armoniza con el efecto inmediato del acuerdo, que no es otro que la conversión de las diligencias previas en procedimiento para el enjuiciamiento rápido, en el que la calificación conjunta puede formalizarse verbalmente (art. 800.2 LECrim.).

El tenor de la norma atribuye al Juez la iniciativa de la convocatoria, si bien nada se opone a que sean el Fiscal y la defensa quienes insten la celebración de la comparecencia para formalizar un acuerdo previamente alcanzado. Esta salida será la más común en la práctica, pues las soluciones consensuadas suelen ser fruto de la negociación extraprocesal y resultan difícilmente reducibles a un esquema predeterminado de ordenación procedimental.

Por la misma razón, en la medida en que la conformidad beneficiada se admite hasta el momento en que se transforman las diligencias previas en procedimiento abreviado, no cabe descartar la posibilidad de que el imputado que no hubiere reconocido inicialmente los hechos pueda ulteriormente alcanzar un acuerdo con el Fiscal y solicitar en su beneficio la aplicación del trámite del artículo 779.1.5.ª LECrim., en cuyo caso el reconocimiento de los hechos se produciría en la misma comparecencia.

Consideración autónoma merece la cuestión de si es factible la aplicación inmediata del sistema de conformidad minorativa a los procesos penales que se hubieren incoado con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 8/2002. En principio no puede objetarse nada a tal posibilidad, pues la citada Ley Orgánica, que incorpora a la LECrim. el artículo 801 en que se regulan las condiciones y efectos de la conformidad minorativa, carece de régimen transitorio propio, a diferencia de lo que sucede con la Ley 38/2002, por lo que se ha de entender que su entrada en vigor producirá pleno efecto en los procesos en curso, de acuerdo con el principio general *tempus regit actum*.

Por otra parte, la sustantividad de la conformidad minorativa en su dimensión de cláusula de atenuación de la pena milita en favor de su posible aplicación a hechos punibles cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 8/2002 en razón del efecto retroactivo que el artículo 2.2 CP atribuye a las leyes penales que favorezcan al reo.

En todo caso, y de conformidad con lo dicho *supra* acerca del ámbito temporal de aplicación de la conformidad, la eficacia inmediata del artículo 801 LECrim. será posible sólo en aquellos procesos penales que a la fecha de entrada en vigor de la LO 8/2002 no hayan agotado su fase instructora.

C) *Contenido de la sentencia de conformidad*

El efecto inmediato de la conformidad privilegiada, una vez homologada por el Juez de Instrucción en ejercicio de la función de control de su adecuación legal que le atribuye el artículo 787 LECrim., es el pronunciamiento de una sentencia por el mismo Juez en la que se reducen en un tercio las penas solicitadas por la acusación, tanto las privativas de libertad como las de otra naturaleza.

La proposición de Ley establecía como efecto añadido la concesión del beneficio de la suspensión condicional de las penas privativas de libertad o su sustitución por otras no privativas de libertad; la reforma, sin embargo, no ha perseverado en esta línea, de modo que la aplicación de estos beneficios sigue siendo facultad del órgano judicial en función de la concurrencia de los requisitos legales precisos para ello.

Se introduce –sin embargo– cierta modulación del rigor de exigibilidad de algunos presupuestos de la suspensión condicional en atención a la celeridad que se desea imprimir al trámite de la conformidad privilegiada para asegurar la inmediatez de las decisiones judiciales de reducción de pena y de aplicación de beneficios. En particular, el requisito de tener satisfechas las responsabilidades civiles (art. 81.3.ª CP) se flexibiliza, bastando el compromiso del acusado de satisfacerlas en el plazo prudencial que el Juzgado de guardia determine; asimismo, en los casos especiales del artículo 87.1.1.ª CP bastará para aceptar la conformidad y acordar la suspensión el compromiso del acusado de obtener la certificación de que se encuentra deshabitado a las drogas o en tratamiento de deshabitación (art. 801.3 LECrim.).

El incumplimiento de estos compromisos traerá consigo la revocación de la suspensión condicional de la pena y la ejecución de la pena reducida en un tercio que le fue impuesta en sentencia, mas no de la pena inicialmente solicitada, pues la reforma, quebrando la línea inicialmente seguida en la proposición de Ley, ha optado por desvincular los presupuestos aplicativos de la conformidad privilegiada convirtiendo la reducción de la pena en un beneficio que funciona con estricta autonomía de la suspensión o sustitución.

D) *Ausencia de conformidad en la responsabilidad civil: efectos sobre la pena conformada*

La no conformidad con la responsabilidad civil de algún acusado o de algún responsable civil, en los términos establecidos en los artículos 695 y 700 LECrim., obliga a frustrar este tipo de conformidad premiada y a entrar en el trámite ordinario. Es decir, el Juez de Instrucción no dictará sentencia y remitirá las actuaciones al Juez de lo Penal para la celebración de un juicio en el que –como reza el artículo 695– la «discusión y la producción de pruebas se concretarán al extremo relativo a la responsabilidad civil (...) terminado el acto el Tribunal dictará sentencia».

Ahora bien, la pena conformada a imponer por el Juez de lo Penal tras la celebración del juicio para determinar las responsabilidades civiles: ¿irá o no reducida en un tercio? Partiendo de la posibilidad que brinda la ley de dissociar conformidad penal y seguimiento del juicio exclusivamente para la responsabilidad civil, ha de permitirse la aplicación analógica de esa rebaja de penalidad al Juez de lo Penal cuando el truncamiento de la sentencia de conformidad por parte del Juez de Instrucción sólo vino motivado por el rechazo de un tercero responsable civil.

## V. PROCEDIMIENTO PARA EL JUICIO SOBRE FALTAS

### V.I. Introducción

La reforma que introduce la Ley 38/2002 no se detiene en el enjuiciamiento de los delitos, sino que se extiende igualmente a los juicios de faltas. Como señala su Exposición de Motivos, «la aceleración de la Justicia penal no puede abarcar sólo la investigación y el enjuiciamiento de los delitos, sino que es de todo punto necesario que comprenda también el enjuiciamiento inmediato de las faltas, cuya incidencia en la seguridad ciudadana es notablemente relevante...».

Partiendo de esta premisa, el legislador ha introducido una serie de modificaciones dirigidas –esencialmente– a facilitar en la medida de lo posible la celebración, de forma inmediata, de juicios de faltas ante el propio Juzgado de guardia. La consecución de este objetivo prioritario parece ser la razón de que las innovaciones plasmadas en el nuevo texto legal se circunscriban, fundamentalmente, a los trámites –tanto policiales como judiciales– previos al juicio oral, cuyo desarrollo, así como la posterior impugnación de la sentencia recaída, apenas sufren variaciones.

En este sentido, la reforma –que alcanza a los artículos 962 a 971, 973, 974 y 976 LECrim.– mantiene la especial configuración legal de este proceso, caracterizado (conforme ha reiterado el Tribunal Constitucional) por la informalidad y por la concentración de sus trámites, así como –en muchos casos– por la indeterminación del sujeto pasivo del proceso hasta el momento mismo del juicio oral y, en definitiva, por la menor intensidad de los actos de investigación previos al juicio que de estas notas se deriva (STC 52/2001, de 26 de febrero, entre otras).

La novedad principal que se desprende de la Ley 38/2002 es la aparición de distintas modalidades procedimentales de juicio de faltas. En concreto, cabe distinguir entre el procedimiento de enjuiciamiento inmediato de faltas, donde la vista oral se celebra de forma inminente ante el propio Juzgado de guardia, y el procedimiento de enjuiciamiento no inmediato, que abarca aquellos otros supuestos en los que no resulta posible la celebración del juicio durante el servicio de guardia.

### V.II. Juicios de faltas inmediatos

El examen del nuevo texto procesal permite diferenciar –a su vez– dos modalidades de juicios inmediatos. Su discordancia radica en los ilícitos penales que comprenden y en la forma de realizar las citaciones.

La primera es la contemplada en el artículo 962 LECrim., que comprende únicamente las faltas tipificadas en los artículos 617 y 620 CP, siempre que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 153 del mismo Código, así como las faltas del artículo 623.1 CP cuando sean flagrantes; y la segunda es la prevista en el artículo 964 LECrim., que alude al resto de las faltas.

En aquella, las citaciones a juicio las realiza la Policía Judicial; en ésta, las efectúa el Juzgado de Instrucción.

#### V. II.1. MODALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 962 Y 963 LECRIM.

##### A) *Ámbito*

Tal y como se ha señalado, el artículo 962 LECrim. circunscribe esta clase de enjuiciamiento inmediato a las faltas tipificadas en los artículos 617 y 620 CP, siem-

pre que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 153 CP. Esto es, se recogen aquí aquellas conductas de lesiones, malos tratos, amenazas, coacciones, injurias o vejaciones leves, susceptibles de integrar la llamada violencia doméstica. Igualmente, se incluyen las faltas de hurto del artículo 623.1 CP cuando sean flagrantes. El concepto de flagrancia viene definido en el nuevo artículo 795.1.1.º LECrim., para los delitos objeto de enjuiciamiento rápido, pero ningún obstáculo hay para su aplicación a las faltas.

Elemento común de los anteriores casos es el conocimiento de la identidad del denunciado, bien por la relación personal que mantiene con la víctima o denunciante, bien por la flagrancia del hecho, dato que resulta indispensable para permitir su citación, facilitando con ello la rapidez perseguida en la tramitación del procedimiento.

En definitiva, se abarcan aquellos ilícitos penales –violencia doméstica y patrimonio– respecto de los que la sociedad se muestra especialmente sensibilizada y más favorable a una ágil respuesta judicial.

#### B) *La confección del atestado por la Policía Judicial*

La reforma refuerza las funciones de la Policía Judicial, hasta el punto que la efectiva celebración o no del juicio durante el servicio de guardia depende –en gran medida– de la actuación policial, a quien corresponde fundamentalmente tanto decidir qué hechos se integran en los tipos recogidos en el artículo 962 LECrim., como citar directamente a los implicados ante el Juzgado.

El mencionado artículo 962 dispone que cuando la Policía Judicial tenga noticia de un hecho que presente los caracteres de una falta de las tipificadas en los preceptos antes señalados del Código penal, y siempre que su enjuiciamiento corresponda al Juzgado de Instrucción al que se debe entregar el atestado o a otro del mismo partido judicial, deberá realizar una serie de diligencias.

Por lo tanto, presupuesto indispensable para la puesta en marcha de esta modalidad de procedimiento es que la *notitia criminis* llegue a conocimiento de la Policía Judicial, pues de ser el hecho perseguible conocido directamente por el Juzgado –por ejemplo, por haberse presentado la denuncia ante el órgano judicial– el procedimiento a seguir sería el del artículo 964.

Recibida la noticia del hecho denunciado, incumbe a la Policía Judicial elaborar el correspondiente atestado, correspondiéndole la función de efectuar una aproximación jurídica inicial de los hechos objeto de investigación, que ha de abarcar, tanto su inclusión en los tipos legales, como su flagrancia, en los casos de hurto.

Sólo si conforme a la misma, los hechos constituyen una de las faltas mencionadas en el artículo 962 LECrim., estará autorizada a realizar una serie de actuaciones, esencialmente citaciones y apercibimientos, dirigidas a la inmediata celebración del juicio. De ahí que esta aproximación jurídica, pese a su provisionalidad, no resulte irrelevante, sino que determina el procedimiento a seguir.

Pero, además, la Policía Judicial tiene que establecer que el conocimiento para enjuiciar esa falta corresponde al Juzgado de Instrucción ante el que se debe presentar el atestado o a otro del mismo partido judicial. Este punto presenta, junto a la dificultad de decidir qué Juzgado es el territorialmente competente, el obstáculo relativo a la aparente contradicción que existe en el propio precepto que –de forma reiterada– se refiere al Juzgado de guardia como el destinatario del atestado y ante el que deben personarse quienes resulten citados.

Tal circunstancia obliga a concluir que únicamente cuando el Juzgado de Instrucción de guardia sea el competente para el enjuiciamiento de los hechos denunciados, se procederá por la Policía Judicial a realizar las actuaciones que le impone el artículo 962.

En efecto, decidido por la Policía Judicial que los hechos constituyen alguna de las faltas comprendidas en el artículo 962 LECrim. y que corresponde su conocimiento al Juzgado de Instrucción ante el que se debe presentar el atestado, la Ley le impone («procederá», dice el precepto) la realización de una serie de actuaciones.

En primer lugar citará, de forma inmediata ante el Juzgado de guardia, a las personas indicadas en los ordinales 3.º y 4.º del artículo 796, es decir, a quien resulte denunciado en el atestado policial –cuando no se haya procedido a su detención en los excepcionales supuestos que preceptúa el artículo 495 LECrim.–, a los testigos, a los ofendidos y a los perjudicados. Aunque nada se dice, la citación habrá de extenderse al denunciante, si lo hubiere y no coincide con el ofendido, y a aquellos peritos que hayan intervenido en las diligencias practicadas al confeccionar el atestado.

Las citaciones deberán contener el día y la hora de la comparecencia ante el Juzgado de guardia. Para ello, el artículo 962.4 dispone que la Policía Judicial fijará la hora de la comparecencia coordinadamente con el Juzgado de guardia, lo que resulta lógico si se quiere evitar la simultaneidad de citaciones en un mismo día para juicios diferentes.

Singular importancia reviste el hecho de que el legislador haya residenciado en la Policía Judicial la práctica de actos de comunicación –en concreto, citaciones a juicio– tradicionalmente atribuidos a los órganos judiciales.

No hay que olvidar que –según el Tribunal Constitucional– es una garantía contenida en el artículo 24.1 de la Constitución la necesidad de que los actos de comunicación de los órganos judiciales con las partes se realicen de forma correcta y con la diligencia debida. Exigencia que se ve reforzada en los procedimientos penales por la naturaleza de los derechos fundamentales que en ellos se ventilan (por todas, STC 135/1997, de 6 de agosto).

Mayor relevancia tiene, sin duda, la correcta citación de las partes para la celebración de una vista oral en un juicio de faltas, al depender de ello la presencia en un acto en el que –concentradamente– se articula la acusación, se proponen y practican pruebas y se realizan los alegatos en defensa de los intereses de las partes.

De ahí que esta labor deba realizarse con especial cuidado y máximas garantías, en particular habida cuenta de la posibilidad de que se produzca la celebración y resolución del juicio de faltas en ausencia injustificada del denunciado, cuando conste habersele citado con las formalidades prescritas en la Ley (art. 971), o en ausencia de alguna de las personas citadas, si el Juzgado reputare innecesaria su presencia (art. 963.1).

En segundo lugar, compete a la Policía Judicial realizar los apercibimientos recogidos en el artículo 962.1, que deberán incluirse en las citaciones.

La trascendencia de estos apercibimientos deriva de su íntima conexión con los derechos a la defensa y a utilizar los medios de prueba pertinentes consagrados en el artículo 24.2 de la Constitución, por lo que su ausencia o su incorrecta formulación podría menoscabar la integridad de tales derechos.

En tercer lugar –junto a las citaciones y apercibimientos– se impone a la Policía la obligación de informar de sus derechos a las personas citadas. Por un lado, informará por escrito al denunciante y al ofendido o perjudicado de sus derechos en los términos previstos en artículo 771.1.ª. Por otro lado, informará al denunciado, también por escrito conforme al artículo 962.2, sucintamente de los hechos en que consista la denuncia. Así como del derecho que le asiste de comparecer ante el Juzgado de guardia asistido de Abogado, conforme al artículo 796.1.2.ª. Dado que en el juicio de faltas no es obligatoria la presencia de Abogado (artículos 963.2 y 967.1), sólo si el denunciado manifiesta expresamente su voluntad de ser asistido por un Letrado, corresponderá a la Policía Judicial recabar del Colegio de Abogados la designación de uno de oficio. Pese a que el legislador utiliza el vocablo «asistir», aquí hay que

entender que la labor del Letrado designado abarca en toda su extensión la defensa en juicio, pues, precisamente, la citación es para la celebración inmediata del mismo.

Por último, corresponde a la Policía Judicial hacer entrega del atestado al Juzgado de guardia, en el que consten las diligencias y citaciones practicadas y, en su caso, la denuncia del ofendido. El hecho de que el legislador incluya el término «diligencias» evidencia la posibilidad de que la Policía pueda practicar cuantas estime necesarias para la averiguación del hecho, su autor y la valoración jurídica del mismo, si bien la propia dinámica del procedimiento impone que las practicadas sean las absolutamente imprescindibles.

Siendo la finalidad última de la Ley 38/2002 la aceleración de la justicia penal, sorprende que no se establezcan plazos para la práctica de las diligencias que se encomiendan a la Policía Judicial. El artículo 962.1 únicamente exige que se hagan de forma inmediata. Ello puede ocasionar que –en no pocas ocasiones– se relativice la inmediatez que se preconiza en la celebración del juicio. De ello se hace eco el propio legislador, al fijar en la Exposición de Motivos como *dies a quo* para el inicio del plazo de celebración inmediata, no el día de en el que ocurrieron los hechos, sino aquél en el que el Juzgado de guardia haya tenido conocimiento de los mismos.

### C) Actuaciones ante el Juzgado

#### a) Incoación de juicio de faltas

La recepción del atestado en el Juzgado de guardia exige del Juez, como consecuencia de esa inicial aproximación jurídica efectuada por la Policía Judicial, un primer pronunciamiento: estimar o no procedente la incoación de juicio de faltas. En este sentido, el artículo 963 dispone que, recibido el atestado, «si el Juez de guardia estima procedente la incoación de juicio de faltas, decidirá la inmediata celebración del juicio...».

Tal decisión se refiere exclusivamente a cuestiones sustantivas. Se trata de valorar *prima facie* si el hecho reviste los caracteres de falta y si –además– se trata de una de las faltas comprendidas en el artículo 962 LECrim.

Tratándose de lesiones o malos tratos en los que el ofendido sea una de las personas a que se refiere el artículo 153 CP, hay que tener en cuenta que no siempre resultará sencillo, en un primer momento, decantarse por la existencia de una falta. De un lado, al ser inherente a las mismas la producción de lesiones de carácter físico y psíquico, en ocasiones de pronóstico incierto, será necesario su contraste mediante la correspondiente pericia, cuya práctica deberá efectuarse durante el servicio de guardia, al objeto de permitir (si el hecho finalmente no es constitutivo de delito) la inmediata celebración del juicio. De otro, se ha de descartar la presencia del requisito de la habitualidad, que de concurrir daría lugar a la existencia de un delito del artículo 153 CP y no de una falta.

Igual ocurre respecto de las amenazas, las coacciones o, incluso, las injurias, donde, en ocasiones, no será fácil discernir entre el delito y la propia falta.

#### b) Examen de oficio de la competencia

Procesalmente parece más correcto –pese a la redacción del artículo 963.1– que una vez incoado el juicio de faltas, la primera decisión del Juez de guardia sea la de examinar su propia competencia, máxime cuando el artículo 963.3 supedita la inmediata celebración del juicio a que el asunto le corresponda en virtud de las normas de competencia y reparto. Pues sólo de estimarse competente, el Juez de guardia podrá plantearse la continuación o no del juicio de faltas.

## c) Decisión acerca de la celebración del juicio

Decidida por el Juez su competencia para conocer del asunto, le incumbe efectuar un nuevo pronunciamiento relativo a la celebración del juicio. Obviamente –salvo supuestos excepcionales– todas las anteriores decisiones se adoptarán sin solución de continuidad y se plasmarán en la misma resolución.

Del tenor literal de la Ley («decidirá» dice el precepto) se desprende que –incoado el juicio de faltas– resulta imperativa la inmediata celebración del juicio. No obstante, esta obligatoriedad se encuentra matizada por el propio legislador, quien supedita la inmediatez del juicio a la concurrencia de una serie de requisitos.

En concreto, se exige: 1) que hayan comparecido las personas citadas o que, aun no habiendo comparecido alguna de ellas, el Juzgado reputé innecesaria su presencia; 2) que se tenga en cuenta si ha de resultar imposible la práctica de algún medio de prueba que se considere imprescindible (art. 963.1 LECrim.); 3) que el asunto le corresponda al Juzgado de guardia en virtud de las normas de competencia (art. 963.3); y que el asunto le corresponda al Juzgado de guardia en virtud de las normas de reparto (art. 963.3 LECrim.). En particular, respecto de las faltas entre quienes concurren el vínculo del artículo 153, conviene tener en cuenta que existen localidades donde rige –como norma de reparto, para facilitar su persecución– que tales infracciones sean turnadas al Juzgado de Instrucción al que se le hubiera asignado la primera de ellas, con independencia el estado en el que se halle la causa.

La ausencia de una sola de las condiciones expuestas resulta suficiente para frustrar la inmediata celebración del juicio. Además, el artículo 963.2 prevé la posibilidad de que alguna de las partes solicite ser asistida, durante el juicio, de Abogado de oficio, en cuyo caso se procederá a su inmediata designación. Tratándose del denunciado, el artículo 118 LECrim. impone dicha obligación siempre que lo hubiera solicitado y no hubiera nombrado uno por sí mismo. Respecto del ofendido o perjudicado, la designación de Letrado de oficio sólo procederá si tiene reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, conforme al artículo 121 LECrim. De no producirse tal designación, o de no presentarse el Abogado designado en el Juzgado de guardia, no sería tampoco posible la inmediata celebración del juicio, salvo que sea por falta de diligencia imputable a la parte.

No hay que olvidar que, como tiene señalado el Tribunal Constitucional respecto del juicio de faltas, «el hecho de que la intervención de Letrado no sea preceptiva en ese proceso determinado, con arreglo a las normas procesales, no priva al justiciable del derecho a la defensa y asistencia letrada que le reconoce el artículo 24.2 de la Constitución, pues el carácter no preceptivo o necesario de la intervención del Abogado en ciertos procedimientos no obliga a las partes a actuar personalmente, sino que les faculta para elegir entre la autodefensa o defensa técnica, pero permaneciendo, en consecuencia, el derecho de asistencia letrada incólume en tales casos, cuyo ejercicio queda a la disponibilidad de las partes» (STC 22/2001, de 29 de enero).

En todos aquellos casos en los que, por no concurrir alguna de las condiciones expuestas, no se pueda celebrar de forma inmediata el juicio, éste se llevará a cabo de forma ordinaria, en los términos recogidos en el artículo 965 LECrim., procediéndose a realizar –de nuevo– las citaciones para el día en que se señale el juicio conforme a tal precepto.

Aunque nada dice la Ley, corresponderá –en cualquier caso– al Juzgado de guardia la citación del Ministerio Fiscal para el juicio, salvo que la falta fuere perseguible sólo a instancia de parte.

Ahora bien, puede ocurrir que el Juez, tras el examen del atestado decida no incoar juicio de faltas, por entender que los hechos denunciados no son constitutivos de infracción penal o que –por el contrario– revisten indiciariamente los caracteres de

delito. En estos supuestos procederá a la incoación de diligencias previas, conforme al artículo 774 LECrim. y a la adopción de alguna de las resoluciones previstas en el artículo 779.1.

#### V.II.2. MODALIDAD DEL ARTÍCULO 964 LECRIM.

A diferencia del supuesto anterior, la reforma contempla –aquí– dos formas de iniciación del procedimiento: el atestado y la denuncia presentada por el ofendido ante el órgano judicial. Naturalmente, nada impide que el procedimiento pueda iniciarse a través de otros medios, como la denuncia o querrela de un tercero o simplemente de oficio, lo que no es obstáculo para que –en estos supuestos– la tramitación posterior sea la misma que contiene el artículo 964.

##### A) *Ámbito*

A tenor de este precepto es posible la celebración inmediata del juicio de faltas ante el Juzgado de guardia respecto de todos aquellos hechos que presenten los caracteres de falta tipificada en el Libro III del Código penal o en Leyes especiales, con excepción de los supuestos contemplados en el artículo 962 LECrim. Por lo tanto, cualquier infracción constitutiva de falta es susceptible de juicio inmediato, a celebrar durante el servicio de guardia, si se cumplen los requisitos que señala el legislador en el artículo 964.

##### B) *La confección del atestado por la Policía Judicial*

Respecto del atestado, se impone a la Policía Judicial la obligación de su formación inmediata y su remisión sin dilación al Juzgado de guardia. En cuanto a su contenido, no parece que deba diferir del previsto para los atestados incoados conforme al artículo 962. En este sentido, la Ley señala que recogerá las diligencias practicadas, sin concretar las mismas, añadiendo –no obstante– que deberá contener el ofrecimiento de acciones al ofendido o perjudicado conforme al ordinal 1.a) del artículo 771.

Como ya se ha expuesto, la diferencia esencial respecto de la modalidad del artículo 962 consiste en que –en el caso ahora analizado– la Policía no tiene que realizar las citaciones para comparecer ante el Juzgado de guardia.

##### C) *Actuaciones ante el Juzgado*

Al igual que en la modalidad de los artículos 962 y 963, pese al silencio legal, resulta también necesaria la existencia de un doble pronunciamiento del Juez de guardia, acerca –en primer lugar– de la incoación o no del juicio de faltas y –en segundo término– de su celebración inmediata o no.

La decisión de incoar el juicio de faltas ha de efectuarse tras el examen, bien del atestado presentado por la Policía, bien de la denuncia que haya formulado directamente el ofendido ante el órgano judicial, o en su caso de la querrela del tercero.

Nuevamente aquí –no obstante la defectuosa técnica legislativa empleada que parece postergar esta decisión (art. 964.2 en relación con el 963.3)– el examen por el propio Juez de guardia de que le corresponde el conocimiento del asunto en virtud de las normas de competencia y de reparto tiene que ser inmediatamente posterior a la incoación del juicio de faltas y, en todo caso, previo a la práctica de cualquier citación. De acordarse la incoación de juicio de faltas, su celebración inmediata requiere que concurren los presupuestos mencionados en el artículo 964.2.

En primer lugar, que el denunciado esté identificado, pues en caso contrario no sería posible su citación para ese mismo día.

En segundo lugar, que sea posible citar a todas las personas que deban ser convocadas para que comparezcan mientras dure el servicio de guardia.

En concreto, corresponde al Juzgado de guardia citar al Ministerio Fiscal, salvo que la falta sea perseguible sólo a instancia de parte, al querellante o denunciante, si lo hubiere, al denunciado y a los testigos y peritos que puedan dar razón de los hechos. Las citaciones deberán comprender los apercibimientos e indicaciones del artículo 964.3, que reproduce lo dispuesto en el artículo 962.1. Y al denunciado se le informará sucintamente, por escrito, de los hechos en que consista la denuncia y del derecho que le asiste de ser asistido por Abogado.

Finalmente, en las citaciones se les informará de que pueden ser asistidos de Abogado si lo desean (art. 967).

En tercer lugar, por remisión expresa del artículo 964.2, deben igualmente concurrir el resto de los requisitos del artículo 963, acerca de la efectiva comparecencia de los convocados a juicio, la imposibilidad de práctica de alguna prueba que se considere imprescindible y la competencia del Juzgado de guardia para su celebración.

Por último, ha de tenerse en cuenta la necesidad de designación de Abogado de oficio si alguna de las partes lo solicitase (art. 963.2), y la imposibilidad de celebración del juicio si el Abogado designado no puede comparecer durante el servicio de guardia.

### V.III. Juicios de faltas no inmediatos

Cuando no concurra alguno de los requisitos legalmente establecidos para la celebración inmediata del juicio, el juicio se celebrará de forma ordinaria o común, esto es, fuera del servicio de guardia. El legislador parece concebir esta segunda modalidad como subsidiaria, de suerte que sólo habrá lugar a la misma si no cabe el juicio inmediato por la ausencia de algún requisito legal. La tramitación ante la Policía Judicial, por lo tanto, no sufre variación.

El artículo 965 establece al respecto las reglas a seguir por el Juzgado de guardia, distinguiendo diversos supuestos según cual sea el órgano competente para el enjuiciamiento:

1. Si la competencia corresponde a un Juzgado de otro partido judicial o a algún Juzgado de Paz del partido, el Juzgado de guardia le remitirá lo actuado para que aquél proceda a realizar el señalamiento del juicio y las citaciones (art. 965.1.1.<sup>ª</sup>).

Conforme al artículo 966 LECrim., los señalamientos y las citaciones de juicios de faltas se harán en los mismos términos que para el supuesto siguiente.

2. Si la competencia corresponde al propio Juzgado de Instrucción de guardia o a otro Juzgado de Instrucción del partido judicial, el Juzgado de guardia procederá en todo caso al señalamiento para la celebración del juicio y a las citaciones procedentes para el día más próximo posible, y –en cualquier caso– en un plazo no superior a siete días, salvo cuando se trate de las faltas comprendidas en el artículo 962, en cuyo caso el plazo no podrá ser superior a dos días (art. 965.1.2.<sup>ª</sup>).

La brevedad de estos plazos exige una actuación coordinada en materia de señalamientos cuando el Juzgado competente para el enjuiciamiento no sea el Juzgado de guardia. A estos efectos el propio legislador ha establecido que los mismos se harán para los días y horas predeterminados a tal fin por los órganos enjuiciadores, facultando al Consejo General del Poder Judicial para dictar los Reglamentos oportunos para la ordenación –coordinadamente con el Ministerio Fiscal– de tales señalamientos (art. 965.2).

La propia Ley 38/2002, establece en el apartado 4 de su Disposición Adicional Primera un plazo de 6 meses, coincidente con su entrada en vigor, para que se dicten los citados Reglamentos, habiéndose dictado en cumplimiento de dicha disposición el Acuerdo Reglamentario 2/2003, de 26 de febrero del Pleno del Consejo del Poder Judicial, por el que se modifica el Reglamento 5/95, de 7 de junio, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales en lo relativo a los servicios de guardia.

En ambos supuestos de juicios ordinarios o comunes, las citaciones se harán al Ministerio Fiscal y a las mismas personas que han de ser convocadas para los juicios inmediatos (art. 965 I.2.<sup>a</sup> apartado segundo y art. 966), si bien al denunciante, al ofendido o perjudicado y al imputado se les informará que pueden ser asistidos por Abogado si lo desean y que deberán acudir al juicio con los medios de prueba de que intenten valerse (art. 967).

Además, a la citación del imputado se acompañará copia de la querrela o denuncia presentada (art. 967). Ahora bien, cabe que no exista denuncia o querrela por escrito (art. 969.1) o que la denuncia se contenga en el propio atestado (art. 297), en cuyo caso será la copia aquellos extremos del mismo que constituyan la incriminación de los hechos denunciados la que acompañe a la citación.

#### V. IV. Singularidades del juicio oral en el nuevo modelo de juicio de faltas

La reforma mantiene intactos –en el artículo 969 LECrim.– el desarrollo del juicio, caracterizado por la simplicidad de sus trámites y dominado por los principios de publicidad, oralidad, intermediación y contradicción, y –en el artículo 972– la forma de su documentación, lo que evita mayores comentarios al respecto. Únicamente mencionar que cabe sustentar, con apoyo en el carácter antiformalista que preside el juicio de faltas, la posibilidad –no prevista legalmente– de que puedan plantearse al inicio de la vista cuestiones previas en los mismos términos que el artículo 786 prevé para el procedimiento abreviado.

La inexistencia de una fase de instrucción y de una fase intermedia apoyan tal interpretación, lo que deberá ser tenido en cuenta por los señores Fiscales en su intervención durante el desarrollo del juicio oral.

Sí alcanza la reforma, al menos parcialmente, a algunas cuestiones relacionadas con la celebración de la vista:

1. Ante todo, se modifica el último inciso del artículo 969. 2, con el fin de dar concreción al principio acusatorio, en aquellos supuestos en los que el Fiscal no asista al juicio. Atribuye el precepto, explícitamente, el valor de acusación a la declaración del denunciante en el juicio afirmando los hechos denunciados, aunque no los califique ni señale pena.

Con ello se pretende poner de manifiesto –siguiendo los postulados del Tribunal Constitucional (SSTC 56/1994, de 24 de febrero y 115/1994 de 15 de abril)– la existencia en tales casos de una acusación exteriorizada y explícita, que va a permitir al acusado defenderse y va a posibilitar un debate contradictorio a resolver por el Juez en la sentencia.

2. Se mantiene –en el artículo 970– la facultad del denunciado de no acudir, si reside fuera de la demarcación del Juzgado, al acto del juicio, y la facultad tanto de dirigir al Juez un escrito de alegaciones en su defensa como de apoderar a una persona para presentar en el juicio las alegaciones y pruebas de descargo que tuviere, conciliando el ejercicio del derecho de defensa con la eficacia y celeridad del procedimiento.

La novedad estriba –en primer lugar– en que se utiliza el vocablo «demarcación» en lugar de «término municipal». Ello no afecta a los juicios a celebrar ante el Juez de

Paz, pues la demarcación del Juzgado de Paz es el municipio (art. 99.1 LOPJ), pero sí puede afectar a los que se celebren ante los Juzgados de Instrucción, cuya demarcación está constituida por el partido judicial, cuyo ámbito territorial puede comprender varios municipios (art. 84 LOPJ).

Y –en segundo lugar– que únicamente cabe apoderar a Abogado o Procurador, y no a cualquier persona como ocurría con el precepto que se modifica, extendiéndose el apoderamiento, además de a presentar las pruebas de descargo, a formular alegaciones. Con ello se tiende, manteniendo la facultad del denunciado de no tener que desplazarse al acto del juicio, a reforzar su derecho a la defensa, circunscribiendo subjetivamente el apoderamiento a quienes por su condición de profesionales del Derecho resultan más idóneos para garantizar tal derecho, y ampliándolo objetivamente a la formulación de cuantas alegaciones se estimen convenientes para la defensa.

3. Por último, respecto de la posibilidad de celebrar el juicio en ausencia del acusado, el artículo 971 concreta que ello será posible cuando conste que ha sido citado con las formalidades previstas en la Ley, si la ausencia es «injustificada», salvo que el Juez (de oficio o a instancia de parte) crea necesaria la declaración de aquél (art. 971). Con el añadido del término «injustificada», la reforma acomoda en este punto la regulación del juicio de faltas al procedimiento abreviado (art. 786.1 apartado 2), por lo que sólo si el acusado ha sido citado legalmente y no está justificada debidamente –a juicio del Juez– la razón de su incomparecencia, podrá celebrarse el juicio en su ausencia.

Ahora bien, al objeto de evitar una posible indefensión, es preciso que –en la medida de lo posible– el órgano judicial se cerciore de que se ha producido efectivamente la citación a juicio en debida forma (por todas, STC 242/1991, de 16 de diciembre), para lo cual deberá asegurarse por todos los medios a su alcance de la recepción de dicha comunicación por el afectado (STC 318/93, de 25 de octubre).

No obstante, si pese a la correcta citación el acusado no comparece sin causa justificada, el juicio se suspenderá, siempre que el Juez crea necesaria su declaración.

En cuanto a la sentencia y su ejecución, la Ley 38/2002 introduce como novedad –en sintonía con lo dispuesto en el artículo 15.4 de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y Contra la Libertad Sexual, y en analogía a lo establecido para el procedimiento abreviado (art. 789.4)– la obligación de notificar la sentencia a los ofendidos y perjudicados por la falta, aunque no se hayan mostrado parte en el procedimiento (art. 973.2), facilitando así a las víctimas el conocimiento de las resoluciones judiciales que les afecten, pese a no haberse personado en el juicio.

Idéntica obligación se comprende en el artículo 976.3, respecto de la sentencia de apelación.

Además, se prevé con carácter general, de forma expresa, que en la notificación se hagan constar los recursos procedentes contra la resolución comunicada, así como el plazo para su presentación y órgano judicial ante quien deba interponerse.

## V.V. Intervención del Ministerio Fiscal

Son varios los preceptos del texto reformado que aluden al Fiscal, bien para asegurar su presencia en el juicio a través de la correspondiente citación (arts. 964.3 y 965.1.2.º, apartado segundo), bien para concretar su intervención durante la vista oral (art. 969.1), o sentar lo principios que han de regir –con carácter general– su asistencia a los juicios de faltas (art. 969.2).

Además, se menciona la apreciación en conciencia por el Juez, al dictar sentencia, de –entre otras– las razones expuestas por el Fiscal (art. 973.1), y se prevé la

coordinación con el Ministerio Fiscal para la ordenación de los señalamientos de los juicios de faltas comunes u ordinarios a que se refiere el artículo 965.2, en relación con el artículo 965.1.2.º.

No obstante, la Ley 38/2002 deja incólume, en lo sustancial, el panorama legislativo atinente a la intervención del Fiscal diseñado por la Ley 10/1992, de 30 de abril.

Así, el artículo 969.2 establece con carácter general que el Fiscal asistirá a los juicios sobre faltas siempre que a ellos sea citado, citación que procederá, salvo que la falta fuere perseguible sólo a instancia de parte (arts. 964.2 y 965.1.2.ª, apartado segundo).

Pero a continuación mantiene la novedad –introducida por la citada Ley 10/1992– de facultar al Fiscal General del Estado para impartir instrucciones sobre los supuestos en los que, en atención al interés público, los Fiscales podrían dejar de asistir al juicio, cuando la persecución de la falta exija la denuncia del ofendido o perjudicado. Tan sólo se suprime, con acierto, la posibilidad de que el Fiscal formule por escrito sus pretensiones cuando no asista al juicio, posibilidad vedada mediante la Instrucción 6/1992.

La cuestión acerca de la intervención o no del Fiscal, ha de entenderse por consiguiente reducida a los estrechos márgenes impuestos por el legislador, esto es, a aquellas faltas cuya persecución exija la denuncia del ofendido o perjudicado, que –en la actualidad– son las tipificadas en los artículos 620 (salvo cuando el ofendido sea una de las personas a las que se refiere el artículo 153, donde no se exige denuncia previa excepto para la persecución de las injurias), 621 y 624. Queda, por lo tanto, intacta, la obligación del Fiscal de asistencia a las faltas públicas por imperativo del artículo 105 LECrim.

Igualmente, la intervención del Fiscal no puede faltar en aquellos casos en los que aparezca como denunciante, conforme a lo dispuesto en el artículo 639 del Código penal.

En desarrollo de la facultad establecida por el artículo 969.2, se elaboró por la Fiscalía General del Estado la Instrucción 6/1992, de 22 de septiembre, que estableció los criterios y supuestos de no asistencia del Fiscal a los juicios de faltas perseguibles previa denuncia del ofendido o perjudicado.

La ausencia de reforma legal en esta materia parece sustentar la vigencia de dicha Instrucción, sin perjuicio de su acomodo a la nueva regulación de tipos penales resultante de la entrada en vigor del Código penal de 1995.

Ello parece asimismo significar que se mantienen el espíritu y la finalidad perseguidos por el legislador de 1992. En este sentido, conviene tener presente que, como sostuvo el Pleno del Tribunal Constitucional en su Sentencia 56/1994, de 24 de febrero, ha sido el propio legislador quien ha relativizado el interés público en la persecución y punición de determinadas infracciones, atribuyendo su denuncia y el ejercicio de la acusación al particular ofendido y relevando al Fiscal de hacerlo, no siempre, sino en aquellos casos en que lo autorice el Fiscal General del Estado.

La simplicidad de los tipos penales y el objetivo de lograr un mejor aprovechamiento de los recursos del Ministerio Fiscal mediante su presencia en la persecución de infracciones penales de mayor relevancia fueron, sin duda, factores decisivos en la toma de tal decisión.

La voluntad continuista del legislador en esta materia se evidencia con la modificación del último inciso del citado artículo 969.2, más arriba comentado, relativa al valor como acusación de la declaración del denunciante en el juicio, afirmando los hechos denunciados. Junto a la concreción del principio acusatorio que rige en el juicio de faltas, tal previsión incorpora asimismo un instrumento más para la eficacia de la defensa, por los particulares interesados, del interés público que les atribuye la Ley.

Por lo tanto, cualquier solución que se adopte en este ámbito no debe soslayar esa relativización del interés público en la persecución de las faltas perseguibles previa denuncia del ofendido o perjudicado que consagra el artículo 969.2.

Tampoco cabe obviar, por otra parte, que el transcurso del tiempo –más de 10 años– desde que se elaboró la anterior Instrucción, ha podido sin duda tener una incidencia particular en el propio sustento del interés público, concepto mudable dado su íntimo vínculo con la realidad social imperante en cada momento.

La praxis judicial ha puesto de manifiesto la conveniencia de actualizar los criterios sostenidos en la Instrucción 6/1992, pues la intervención activa en tales juicios de los propios interesados ha generado, en no pocas ocasiones, un cierto solapamiento con la presencia del Fiscal. La escasa complejidad de los tipos penales, la fácil determinación de su sanción y –en su caso– la existencia de una cobertura de seguro obligatorio, han garantizado la correcta protección del interés público y evitado la indefensión de los ofendidos o perjudicados.

Los anteriores argumentos permiten sostener la no asistencia del Fiscal a los juicios de faltas perseguibles previa denuncia del ofendido o perjudicado.

No obstante, dicha asistencia del Fiscal puede resultar aconsejable en aquellos supuestos cuyo interés público reclame –en la actualidad y pese a la defensa que se encomienda al particular interesado– una protección adicional a cargo del Ministerio Público.

Ello ocurre en algunas de las faltas de imprudencia del artículo 621 CP. En particular, respecto de aquellas actividades donde los riesgos no están cubiertos por el régimen de seguros obligatorios, en las que se aprecia una situación de mayor desvalimiento en las víctimas. De ahí que deba mantenerse la asistencia del Fiscal a los juicios de faltas de siniestralidad laboral, tal y como se reiteraba en la Instrucción 1/2001, de 9 de mayo, y en aquellos en los que se ventilen imprudencias relacionadas con el ejercicio de una actividad profesional del que se derive un resultado de muerte o lesiones graves.

No obstante, fuera de los anteriores casos, la presencia del Fiscal en un juicio de faltas podrá ser decidida por el Fiscal Jefe respectivo, en aquellas excepcionales ocasiones, en las que –en atención a las circunstancias de toda índole concurrentes y tras su debida ponderación– se estime necesaria para la más eficaz protección del interés público en juego y de los derechos de los particulares implicados.

Por consiguiente, los señores Fiscales acomodarán su intervención en los juicios de faltas a los anteriores criterios.

## V.VI. Recursos

La reforma no afecta al régimen de recursos, a salvo la facultad de impugnación de la sentencia que parece otorgar el artículo 974.1 a los ofendidos y perjudicados que no hubieren comparecido en el juicio.

No se comprende bien cuál sea el fundamento de tal facultad, pues –en principio– sólo quienes han actuado como parte, bajo cualquiera de las denominaciones que recoge la ley procesal, están legitimados para impugnar la sentencia recaída.

No obstante, el legislador ha decidido ampliar la legitimación para recurrir la sentencia de primera instancia a los no comparecidos, siempre que se trate de ofendidos y perjudicados por el hecho perseguible.

Ahora bien, la interpretación del artículo 974.1 ha de hacerse en conexión con lo dispuesto en el artículo 11 LOPJ, de modo que quien ejercite este derecho a recurrir ha de respetar las reglas de la buena fe procesal. Sólo así se podrán evitar situaciones de fraude de ley proscritas por el citado precepto.

No parece, en efecto, que el artículo 974 pueda dar cobertura –en principio– a situaciones en las que es el propio ofendido quien provoca, con su falta de comparecencia voluntaria al acto del juicio, una sentencia absolutoria por falta de prueba de cargo, y que –al serle notificada la sentencia conforme al artículo 973.2– la impugna, acogiendo al derecho que contempla el artículo 974.1, con lo que, de obtener una sentencia favorable en segunda instancia, en realidad estaría privando a quien resultó condenado de su derecho a esa segunda instancia.

De ahí que la facultad impugnatoria concedida en el artículo 974.1, deba interpretarse no con carácter absoluto, sino dentro de los límites del artículo 11.1 y 2 LOPJ.

Finalmente, el legislador no resuelve la antinomia existente en cuanto al plazo de interposición del recurso de apelación, pese a haber modificado la errónea remisión que el artículo 974 efectuaba al artículo 212. En efecto, por una parte el artículo 976 dispone que la sentencia es apelable en el plazo de 5 días siguientes al de su notificación. Por otra, el artículo 974.1 establece que la sentencia se llevará a efecto inmediatamente de transcurrido el término fijado en el párrafo tercero del artículo 212, si no hubiere apelado ninguna de las partes, señalando este último precepto que para el recurso de apelación contra la sentencia dictada en juicio de faltas, el término será el primer día siguiente al en que se hubiere practicado la última notificación.

Tal contradicción ha de resolverse en favor del plazo de 5 días que fue introducido expresamente por la Ley 10/1992, de 30 de abril, norma que debió suprimir tanto la referencia que el artículo 974 efectúa del artículo 212, como el párrafo tercero de este precepto, por su incompatibilidad con el nuevo texto del artículo 976 que tal Ley contemplaba.

## CIRCULAR 2/2003 SOBRE LA APLICACIÓN PRÁCTICA DEL NUEVO DELITO CONSISTENTE EN LA REITERACIÓN DE CUATRO FALTAS HOMOGÉNEAS

### I. INTRODUCCIÓN

Una de las novedades de la reforma operada por la reciente Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, ha sido la elevación a la categoría de delito de la conducta consistente en cometer cuatro hechos constitutivos de una misma falta, cuando se trate de las faltas tipificadas en los artículos 617, 623.1 o 623.3 CP y siempre que, en el caso de estas últimas, el valor global de lo sustraído sea superior a 300,50 euros. Así se desprende de la lectura conjunta de los párrafos segundos de los artículos 147.1, 234 y 244.1 CP.

Para configurar este nuevo delito, es preciso que un mismo autor haya cometido cuatro veces una falta con encaje en el mismo tipo penal. Es decir, la comisión de tres faltas de hurto del artículo 623.1 y de tres faltas de hurto de uso del artículo 623.3 siguen siendo seis faltas y no un delito. Sólo cabe hacer una matización al respecto, y es que, al no hacer distinción el nuevo párrafo segundo del artículo 147.1 y remitirse genéricamente a la acción descrita en el artículo 617, que comprende tanto las lesiones como los malos tratos de obra sin causar lesión, ambas conductas (falta de lesiones o falta de malos tratos de obra) tienen idéntica aptitud para completar el supuesto de hecho del delito; es decir, dos faltas de lesiones y dos de malos tratos son constitutivas de delito, como lo son tres de lesiones y una de malos tratos o viceversa. Análogamente, ninguna consecuencia jurídica se deriva del hecho de que una o varias de las cuatro faltas de sustracción de vehículos, que conforman el tipo penal del párrafo

segundo del artículo 244.1 CP, se haya cometido empleando fuerza en las cosas. Por el contrario, si se hubiese empleado violencia o intimidación en las personas, resulta evidente que —aunque el valor de lo sustraído sea inferior a 300,51 €— habrá tantos delitos como acciones.

## II. CUESTIONES GENERALES

Sin embargo, la introducción de estas nuevas modalidades delictivas en nuestro sistema penal, construidas artificialmente como resultado de la acumulación de varias faltas, plantea no pocas dificultades interpretativas.

La primera duda que se suscita es la relativa a si pueden tenerse en cuenta para integrar estas conductas las faltas que ya hayan sido previamente enjuiciadas y objeto de condena; o, yendo incluso más lejos, si lo que integra estos tipos de nuevo cuño es precisamente el haber sido condenado ejecutoriamente en distintos procedimientos como autor de tres faltas idénticas a la que se esté enjuiciando actualmente, siempre que se den los restantes requisitos que establece la Ley.

El simple tenor literal de la Ley no ofrece argumentos decisivos para resolver la anterior cuestión en uno u otro sentido. Sin embargo, una primera aproximación meramente intuitiva al problema sugiere que, en el caso de que se pretendiese construir el tipo mediante la mera acumulación de condenas previas, se podría estar vulnerando el principio *non bis in ídem*. Al margen de esta primera consideración, existen también otros argumentos que confirman la misma tesis.

En primer lugar, podemos encontrar un importante elemento de interpretación sistemática en la exposición de motivos de la ley, donde se afirma que con la reforma de los artículos 147, 234 y 244 se pretende mejorar la respuesta penal que merece la habitualidad de la conducta «cuando los hechos cometidos con anterioridad no hubiesen sido aún juzgados y condenados».

Este argumento se ve reforzado, además, por el hecho de que en la redacción inicial del anteproyecto de Ley se contemplaba, junto a estas nuevas figuras delictivas construidas mediante la acumulación de faltas, el haber sido condenado previamente por tres faltas homogéneas como circunstancia agravante a la hora de determinar la pena correspondiente a la cuarta falta, de manera análoga a lo que para los delitos prevé la nueva regla 5.ª del artículo 66.

Aunque esta agravante de *multirreincidencia* en las faltas no se haya incorporado finalmente al texto de la ley, el hecho de que se haya contemplado en el anteproyecto como una institución netamente diferenciada de las figuras que estamos analizando confirma la tesis de que, para completar el tipo de estas últimas, únicamente pueden ser tenidas en cuenta las conductas que todavía no hayan sido enjuiciadas ni condenadas.

Por último, tampoco es desdeñable el argumento a contrario *ex* artículo 173.3 *in fine*. Cuando —como sucede en este precepto— la Ley permite que se tengan en cuenta las conductas ya enjuiciadas para integrar una figura delictiva distinta, lo hace expresamente. Además, hay que tener en cuenta que el tipo del citado artículo, al construirse sobre la nota de la habitualidad, constituye por su influencia en la vida familiar un ataque, no sólo cuantitativa, sino cualitativamente más grave al bien jurídico protegido en el tipo básico.

En conclusión, sólo la comisión de cuatro conductas constitutivas de falta, ninguna de ellas aún enjuiciada, puede ser sancionada mediante la aplicación de estos preceptos. Basta con que se haya celebrado el juicio, aunque no haya recaído aún sentencia, para que no se pueda tomar en consideración la correspondiente falta, ya

que, una vez celebrado el juicio de faltas, éste sólo puede terminar por sentencia sobre el fondo del asunto.

Otra cuestión problemática, en relación con estos tres preceptos, es la de si se pueden tomar en consideración hechos cometidos antes de la entrada en vigor de la Ley para apreciar la existencia del delito, siempre que, obviamente, la cuarta conducta constitutiva de falta se haya cometido con posterioridad a la misma. También en este caso la respuesta ha de ser negativa.

La duda únicamente podría plantearse en un sistema penal sustentado sobre la teoría del resultado, ya que efectivamente se podría sostener que sólo con la comisión de la cuarta acción se colma el resultado típico. Sucede sin embargo que nuestro Código penal ha optado, a la hora de determinar cuál es la ley aplicable en el tiempo, por la teoría de la acción. Su artículo 7 no ofrece ninguna duda al respecto: «los delitos y faltas se consideran cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción». Tratándose de delitos que consisten en una sucesión de actos (en este caso, cuatro conductas perfectamente escindibles y que incluso pueden estar muy alejadas en el tiempo, repartidas a lo largo de todo un año), todos y cada uno de los actos han de haberse realizado durante la vigencia de la nueva Ley.

Por otra parte, resulta aplicable a este supuesto la doctrina sentada en su día por la Circular núm. 2/1996 de la Fiscalía General del Estado acerca de la aplicación del nuevo Código penal a los delitos de tracto sucesivo o de varios actos, como son los tipos que estamos analizando. La nueva norma más perjudicial para el reo, como es la actual reforma en lo que a la reiteración de faltas se refiere, sólo podrá aplicarse si la totalidad de las conductas que integran el tipo han tenido lugar durante el período de vigencia de la nueva norma.

Por otra parte, hay que tomar en consideración también la posible incidencia del instituto de la prescripción en la configuración de estos delitos, toda vez que el plazo de prescripción de las faltas es de seis meses (art. 131.2 CP) y las cuatro conductas englobadas en el tipo pueden abarcar un período temporal de hasta un año. En línea de principios podría sostenerse que estamos ante un delito complejo, de pluralidad de actos y, por tanto, a efectos de prescripción, no cabe considerar cada una de las cuatro faltas aisladamente.

El transcurso de más de seis meses entre la comisión de una de las faltas y la siguiente sin que se hubiese abierto el procedimiento sería intrascendente, y habría que tener en cuenta únicamente que no hubiese transcurrido el plazo de prescripción del delito, contado a partir de la fecha de comisión de la última de las faltas, siempre—claro está—que no mediase más de un año entre las fechas de comisión de la primera y la última. Esta interpretación, sin embargo, tiene un gran inconveniente práctico, y es la posibilidad de que ya haya recaído auto firme de archivo por prescripción en alguno de los juicios de faltas. En tal caso, la posibilidad de integrar la falta prescrita en el delito complejo pugnaría con un elemental principio de seguridad jurídica. Por otra parte, hay que recordar que la prescripción es un instituto de derecho sustantivo, que opera *ipso iure* y que los jueces deben apreciar de oficio, de tal manera que si respecto de alguna de las faltas hubiesen transcurrido más de seis meses sin ser perseguida judicialmente, será también procedente declarar su prescripción, y no será posible tomarla en consideración como conducta a efectos de colmar el tipo de los nuevos delitos de reiteración de faltas.

Por el contrario, si el juicio de faltas hubiese sido archivado por un motivo distinto de la prescripción, de los que en el procedimiento por delito dan lugar a un auto de sobreseimiento provisional (v. gr. por falta de autor conocido), siempre cabría la posibilidad de reabrir el procedimiento y tomar en consideración la falta para integrar la nueva figura de delito.

Por último, en el caso de que se cometan cinco o más faltas homogéneas en el plazo de un año, habrá que penar separadamente como faltas aquellas que excedan de la cuarta.

### III. LA COEXISTENCIA DE LOS NUEVOS TIPOS CON LA FIGURA DEL DELITO CONTINUADO

Es esta una cuestión que afecta únicamente a las conductas de naturaleza patrimonial (párrafo segundo de los arts. 234 y 244.1 CP), ya que respecto de las lesiones y malos tratos de obra –por tratarse de ofensas a un bien eminentemente personal, como es la integridad física– no cabe apreciar el delito continuado (art. 74.3 CP).

La actual redacción del párrafo segundo de los artículos 234 y 244.1 CP podría sugerir una interpretación *a contrario* de acuerdo con la cual y, conforme al principio de especialidad, se trataría de una derogación particular de la regla general del delito continuado, de tal manera que –en aquellos supuestos que hasta ahora podrían ser calificados de delito continuado– si las infracciones no son más de tres o, aun siendo cuatro, ha transcurrido más de un año entre la fecha de comisión de la primera y la última, las conductas no deberían ser calificadas como delito sino como una mera acumulación de faltas; o, dicho con otras palabras, que con menos de cuatro conductas materialmente constitutivas de falta no cabe cometer un delito continuado de hurto.

Sin embargo, no puede pensarse que haya sido intención del legislador suplantarse, con estas nuevas figuras delictivas, la posibilidad de apreciar un delito continuado de hurto o de hurto y robo de uso, en el que se puedan integrar conductas materialmente constitutivas de falta, siempre que respondan a la ejecución de un plan preconcebido o el aprovechamiento de una ocasión idéntica, y concurren los restantes requisitos del delito continuado. En tal caso, y siempre que la suma total de lo sustraído exceda el límite de la falta, ya resultaría procedente imponer la pena de los artículos 234 o 244.1 CP, aunque sólo fuesen dos o tres las faltas cometidas, sin necesidad de aplicar al nuevo tipo que introduce la reforma; éste es al menos el criterio sostenido por la Consulta núm. 3/1999 de la Fiscalía General del Estado.

El delito continuado de hurto o de hurto y robo de uso subsiste y coexiste, en su tradicional entendimiento, con estas figuras delictivas de nuevo cuño. En el supuesto de que unos mismos hechos fuesen subsumibles en los tipos de los párrafos segundos de los artículos 234 o 244.1 CP y al mismo tiempo en la figura del delito continuado, la duda acerca de cuál es la norma aplicable habría de resolverse conforme a la regla de la alternatividad contemplada en el artículo 8 CP y formular acusación por el delito que prevea la imposición de la pena más grave. En el presente caso, sin embargo, la cuestión carece de interés práctico, ya que ambos preceptos prevén –como ya se ha apuntado anteriormente– la aplicación de la misma pena, la correspondiente al delito respectivo.

### IV. LA PENA PREVISTA EN EL REFORMADO ARTÍCULO 147.2

El artículo 147.2 CP contempla un supuesto atenuado del delito de lesiones, que es aplicable también al caso descrito en el novedoso párrafo segundo del artículo 147.1. En efecto, no faltarán casos en que proceda apreciar dicho tipo atenuado, pues si ha de aplicarse cuando el hecho sea de menor gravedad, atendidos el medio

empleado o el resultado producido, también podrá estimarse que se da esta circunstancia cuando se cause una lesión de menor entidad, o incluso un simple maltrato de obra sin causar lesión, pese a que la conducta sea reiterada. El artículo 147.2 CP prevé, en su actual redacción, la imposición de la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses. La elección de la pena de multa no plantea problema alguno; sin embargo, si los plantea su alternativa, que es la de prisión de tres a seis meses.

En efecto, el CP de 1995 se propuso suprimir las penas cortas de prisión, y estableció el umbral mínimo de la pena de prisión en los seis meses. En la redacción inicial del Código, ningún precepto contemplaba una pena de prisión inferior a los seis meses. Congruentemente con lo anterior, el artículo 71.2 CP establece que, cuando por efecto de la aplicación de las reglas de determinación de la pena, resulte una pena de prisión inferior a seis meses, se sustituirá en todo caso.

Así las cosas, la duda que se plantea es la siguiente. ¿Supone el nuevo artículo 147.2, al permitir la imposición de una pena inferior a los seis meses de prisión, la única excepción a la regla general del CP de 1995? O, por el contrario y conforme al criterio del artículo 71.2, ¿habrá de ser sustituida en todo caso la pena de prisión contemplada en el artículo 147.1?

Pensamos que la primera opción es la correcta, por los siguientes motivos. En primer lugar, se trata de una ley posterior que, en caso de antinomia —en el presente caso más aparente que real, como tendremos oportunidad de comprobar— derogaría la ley anterior. Por otra parte, a nadie escapa que se trata de la primera manifestación de una reforma más amplia, la operada por la LO 15/2003, que afecta a todo el sistema de penas del Código y que, únicamente por el carácter fragmentario de esta primera reforma operada por la LO 11/2003, ha introducido un factor de distorsión en el sistema.

En segundo lugar, hay que tener presente que el artículo 71.2 se refiere únicamente a los supuestos de reducción de la pena en uno o más grados como consecuencia de la aplicación de las reglas de determinación de la misma, pero no contempla el hipotético caso de que una ley prevea expresamente la imposición de una pena de prisión inferior a los seis meses.

Por último, es necesario recordar que en el sistema de penas ideado inicialmente por el CP de 1995 es posible el cumplimiento de penas de prisión de menos de seis meses, ya que —incluso en los supuestos que contempla el artículo 71.2— si se quebranta o incumple la pena sustitutiva, ha de procederse al cumplimiento de la pena sustituida (art. 88.3), que —en el caso del artículo 71.2— es precisamente una pena de prisión inferior a seis meses.

Obviamente, todo lo anterior ha de entenderse sin perjuicio de la facultad que los jueces y tribunales tienen para sustituir las penas inferiores a un año (y la pena del art. 147.2 evidentemente lo es), conforme a lo previsto en el artículo 88 CP.

## V. CONCLUSIONES

1.<sup>a</sup> Sólo los hechos cometidos tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 11/2003, que no hayan sido todavía enjuiciados y no hayan prescrito, pueden ser tenidos en cuenta para integrar los delitos tipificados en el párrafo segundo de los artículos 147.1, 234 y 244.1 del Código penal.

2.<sup>a</sup> La introducción de estas nuevas figuras penales no afecta a la posibilidad de apreciar el delito continuado de hurto, o de hurto y robo de uso, cuando concurren los requisitos previstos en el artículo 74.1 y 2 del Código penal, aunque sólo se hayan cometido dos o tres hechos constitutivos de falta, si el valor global de lo sustraído supera el límite del delito.

3.<sup>a</sup> El artículo 147.2 CP permite, en su nueva redacción, la imposición de una pena de prisión de tres a seis meses, lo cual se ha de interpretar –en tanto no entre en vigor la LO 15/2003– como una modificación excepcional y expresa del sistema penológico original del CP de 1995, en el que no se contemplaban penas de prisión inferiores a seis meses. En consecuencia, la imposición efectiva de dicha pena está sometida al régimen general de sustitución de las penas de prisión inferiores a un año (art. 88), sin que la sustitución resulte imperativa por aplicación del artículo 71.2, ya que este precepto contempla un supuesto distinto al del artículo 147.2.

## CIRCULAR 3/2003 SOBRE ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES RELACIONADAS CON LA ORDEN DE PROTECCIÓN

### I. CONSIDERACIONES GENERALES

La Ley 27/2003, de 31 de julio, ha introducido en la LECrim. el artículo 544 ter que regula la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica.

Las cifras estadísticas sobre la utilización de este nuevo procedimiento, ofrecidas desde el observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, que –sintéticamente– arrojan en los primeros treinta y siete días de su vigencia (desde el 2 de agosto al 7 de septiembre) un total de 1.573 solicitudes, de las cuales en un 76 por 100 se ha dictado auto acordando algún tipo de medida cautelar, y que en el período de 3 meses (del 2 de agosto al 31 de octubre) contabilizan 4.043 solicitudes de las cuales en un 75 por 100 se acordó la orden de protección, ponen de relieve la enorme importancia práctica y frecuencia con la que el Ministerio Público está interviniendo en este cauce procesal, y el esfuerzo que se exige de la Institución para acometer seria y eficazmente dicha tarea.

Resulta indudable que las especiales características que confluyen en las infracciones penales de esta naturaleza obligan a no demorar ni un ápice la respuesta judicial. De ahí la importancia que tiene resolver con carácter inmediato acerca de la adopción o no de una serie de *medidas cautelares* que permitan proteger y ordenar las relaciones de quien se decide a presentar denuncia por hechos constitutivos de maltrato. No obstante, es tarea esencial y nada fácil deslindar las solicitudes fundadas de aquellas otras guiadas por pretensiones que aún legítimas son ajenas a la verdadera esencia de la orden de protección: la existencia de una objetiva situación de riesgo para la víctima derivada de la previa comisión de una infracción penal.

En julio de 2003 se creó la Comisión de Seguimiento para la Implantación de la Orden de Protección, prevista en la Disposición Adicional 2.<sup>a</sup> de la Ley, e integrada por representantes de la Fiscalía General del Estado, del Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio de Justicia, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, las Comunidades Autónomas, la Federación Española de Municipios y Provincias, el Consejo General de la Abogacía Española y el Consejo General de Procuradores de los Tribunales de España. Dicha Comisión acordó, en su primera reunión, la elaboración de un Protocolo para la implantación de la orden en el que se establecen una serie de pautas y obligaciones para las partes firmantes. No es este el lugar para reproducir íntegramente el contenido del citado Protocolo que habrá de ser conocido y observado por los señores Fiscales, sin perjuicio de posteriores alusiones en la Circular a extremos particulares del mismo.

Procede ahora abordar algunas de las principales cuestiones que suscita la orden de protección en relación a la actuación del Ministerio Fiscal. La extensión del artículo 544 ter LECrim. y las continuas referencias a su contenido, hacen aconsejable su transcripción literal:

«1. El Juez de Instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 153 del Código penal resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo.

2. La orden de protección será acordada por el Juez de Oficio o a instancia de la víctima o persona que tenga con ella alguna de las relaciones indicadas en el apartado anterior, o del Ministerio Fiscal.

Sin perjuicio del deber general de denuncia previsto en el artículo 262 de esta Ley, las entidades u organismos asistenciales, públicos o privados, que tuvieran conocimiento de alguno de los hechos mencionados en el apartado anterior deberán ponerlos inmediatamente en conocimiento del Juez de guardia o del Ministerio Fiscal con el fin de que se pueda incoar o instar el procedimiento para la adopción de la orden de protección.

3. La orden de protección podrá solicitarse directamente ante la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal, o bien ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, las oficinas de atención a la víctima o los servicios sociales o instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones públicas. Dicha solicitud habrá de ser remitida de forma inmediata al Juez competente. En caso de suscitarse dudas acerca de la competencia territorial del Juez, deberá iniciar y resolver el procedimiento para la adopción de la orden de protección el Juez ante el que se haya solicitado ésta, sin perjuicio de remitir con posterioridad las actuaciones a aquel que resulte competente.

Los servicios sociales y las instituciones referidas anteriormente facilitarán a las víctimas de la violencia doméstica a las que hubieran de prestar asistencia la solicitud de la orden de protección, poniendo a su disposición con esta finalidad información, formularios y, en su caso, canales de comunicación telemáticos con la Administración de Justicia y el Ministerio Fiscal.

4. Recibida la solicitud de orden de protección, el Juez de guardia, en los supuestos mencionados en el apartado 1 de este artículo, convocará a una audiencia urgente a la víctima o su representante legal, al solicitante y al agresor, asistido, en su caso, de abogado. Asimismo será convocado el Ministerio Fiscal.

Esta audiencia se podrá sustanciar simultáneamente con la prevista en el artículo 504 bis 2 cuando su convocatoria fuera procedente, con la audiencia regulada en el artículo 798 en aquellas causas que se tramiten conforme al procedimiento previsto en el Título III del Libro IV de esta Ley o, en su caso, con el acto del juicio de faltas. Cuando excepcionalmente no fuese posible celebrar la audiencia durante el servicio de guardia, el Juez ante el que hubiera sido formulada la solicitud la convocará en el plazo más breve posible. En cualquier caso la audiencia habrá de celebrarse en un plazo máximo de 72 horas desde la presentación de la solicitud.

Durante la audiencia, el Juez de guardia adoptará las medidas oportunas para evitar la confrontación entre el agresor y la víctima, sus hijos y los restantes miembros de la familia. A estos efectos dispondrá que su declaración en esta audiencia se realice por separado.

Celebrada la audiencia, el Juez de guardia resolverá mediante auto lo que proceda sobre la solicitud de la orden de protección, así como sobre el contenido y vigencia de las medidas que incorpore. Sin perjuicio de ello, el Juez de Instrucción podrá

adoptar en cualquier momento de la tramitación de la causa las medidas previstas en el artículo 544 bis.

5. La orden de protección confiere a la víctima de los hechos mencionados en el apartado 1 un estatuto integral de protección que comprenderá las medidas cautelares de orden civil y penal contempladas en este artículo y aquellas otras medidas de asistencia y protección social establecidas en el ordenamiento jurídico. La orden de protección podrá hacerse valer ante cualquier autoridad y Administración pública.

6. Las medidas cautelares de carácter penal podrán consistir en cualesquiera de las previstas en la legislación procesal criminal. Sus requisitos, contenido y vigencia serán los establecidos con carácter general en esta Ley. Se adoptarán por el Juez de Instrucción atendiendo a la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima.

7. Las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal, cuando existan hijos menores o incapaces, siempre que no hubieran sido previamente acordadas por un órgano del orden jurisdiccional civil, y sin perjuicio de las medidas previstas en el artículo 158 del Código civil. Estas medidas podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

Las medidas de carácter civil contenidas en la orden de protección tendrán una vigencia temporal de 30 días. Si dentro de este plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda. En este término las medidas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el Juez de primera instancia que resulte competente.

8. La orden de protección será notificada a las partes, y comunicada por el Juez inmediatamente, mediante testimonio íntegro, a la víctima y a las Administraciones públicas competentes para la adopción de medidas de protección, sean éstas de seguridad o de asistencia social, jurídica, sanitaria, psicológica o de cualquier otra índole. A estos efectos se establecerá reglamentariamente un sistema integrado de coordinación administrativa que garantice la agilidad de estas comunicaciones.

9. La orden de protección implicará el deber de informar permanentemente a la víctima sobre la situación procesal del imputado, así como sobre el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas. En particular, la víctima será informada en todo momento de la situación penitenciaria del agresor. A estos efectos se dará cuenta de la orden de protección a la Administración penitenciaria.

10. La orden de protección será inscrita en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica.

11. En aquellos casos en que durante la tramitación de un procedimiento penal en curso surja una situación de riesgo para alguna de las personas vinculadas con el imputado por alguna de las relaciones indicadas en el apartado 1 de este artículo, el Juez o Tribunal que conozca de la causa podrá acordar la orden de protección de la víctima con arreglo a lo establecido en los apartados anteriores.

### **I.1. Solicitud de la orden de protección**

El procedimiento de la orden de protección puede ser incoado de oficio por el Juez de Instrucción o a petición de alguna de las personas referidas en el artículo 544 ter apartado 2.

A fin de facilitar la cumplimentación de la solicitud y asegurar que contiene todos los datos precisos para su posterior valoración judicial, la Comisión de Seguimiento ha aprobado un formulario normalizado y único que recoge las anteriores características. Dicho formulario habrá de estar a disposición de los denunciantes en las Fiscalías. Los señores Fiscales ajustarán al mismo las peticiones que cursen presentadas por los particulares. Las órdenes de protección que se soliciten directamente por el Fiscal no habrán necesariamente de dirigirse en dichos impresos normalizados sino en los escritos que de ordinario se dirigen al Juzgado.

La solicitud se dirige siempre al Juez de Instrucción en tanto órgano competente para conocer de la misma. Ahora bien, el artículo 544 ter apartado 3, para facilitar a las víctimas la presentación de la solicitud, ha abierto la posibilidad de que puedan solicitar la orden de protección no directamente en el Juzgado sino ante la Fiscalía, ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, ante las oficinas de atención a la víctima, ante los servicios sociales o instituciones asistenciales dependientes de las Administraciones públicas. El Protocolo, por su parte, cita además expresamente a los Servicios de orientación jurídica de los Colegios de Abogados.

Tal elenco de posibilidades a través de las que canalizar la petición, en principio indiferentes en tanto que «dicha solicitud –como reza el precepto citado– habrá de ser remitida de forma inmediata al Juez competente», sin embargo conlleva distintas consecuencias procesales.

Así, conforme a la exigencia del artículo 795.1, sólo será posible tramitar la causa penal a través del procedimiento de juicio rápido cuando la orden de protección se hubiera solicitado en sede policial permitiendo así su acompañamiento de un atestado, requisito exigido para la incoación de diligencias urgentes de juicio rápido. En otro caso, la ausencia de atestado determinaría la incoación de diligencias previas, salvo que el hecho denunciado aparejado a la petición de la orden de protección sea calificable como falsa –lo que determinaría la incoación de este procedimiento– o como uno de los delitos que obligan a la incoación de sumario o de jurado. En definitiva, la orden de protección ha de dar lugar a la incoación de aquel procedimiento acorde con el hecho ilícito que se denuncie, sin que sea procedente la apertura de diligencias indeterminadas.

Consecuentemente, la Comisión de Seguimiento de la Orden de Protección expresó en el Protocolo que «resultaría una buena práctica que la víctima sea asistida por un profesional al cumplimentar la solicitud de la orden, e incluso que sea acompañada a presentarla ante la Policía». Y más adelante puede leerse: «Resulta aconsejable que la solicitud de Orden de Protección llegue al Juzgado acompañada del correspondiente atestado elaborado por la Policía Judicial».

La preferencia por la presentación de la orden en sede policial, por la que se decantarán los señores Fiscales en cuanto ello sea posible, se fundamenta en la posibilidad de confección de un atestado que, aparte de complementar la información de la que se dispondrá en sede judicial, permite la tramitación de la causa como diligencias urgentes de juicio rápido.

## 1.2. Procedimiento ante el Juez de Instrucción. La comparecencia

La regulación actual de las *medidas cautelares* personales penales se caracteriza por las siguientes notas.

Primero, son adoptables de oficio todas las *medidas cautelares*, excepto las de prisión y libertad con fianza, únicas sujetas al principio de rogación para las que es precisa la previa petición de parte (art. 505.4 LECrim.).

Segundo, se han ampliado los supuestos en que se requiere la celebración de una comparecencia ante el Juez. Ya no sólo es precisa dicha comparecencia, como sucedía antes, para acordar *medidas cautelares* sujetas al principio de rogación: la prisión provisional y la libertad bajo fianza. Ahora, tras la Ley 27/2003, toda medida cautelar acordada como consecuencia de la previa solicitud de una orden de protección exige –artículo 544 ter– la celebración de una comparecencia judicial. Asimismo, tras la Ley Orgánica 13/2003, el artículo 544 bis reclama la necesaria comparecencia judicial para, en caso de previo incumplimiento de una medida ya acordada judicialmente, poder adoptar cualquier otra que, sustitutiva de la incumplida, implique una mayor limitación de la libertad personal.

Por tanto, el número de supuestos en que se requiere la comparecencia judicial se ha visto ampliado. Además, la solicitud de una orden de protección conlleva la celebración de una audiencia para adoptar *medidas cautelares* que en bastantes casos (por ejemplo las prohibiciones del art. 544 bis) podrían ser adoptadas de oficio y directamente por el Juez. Todo ello obliga a examinar algunas cuestiones que, en relación con la orden de protección, suscita la citada comparecencia.

#### a) *Inadmisión a trámite de la orden de protección*

En primer lugar, el artículo 544 ter dispone en su apartado 4 que recibida por el Juez de guardia la solicitud de orden de protección, «en los supuestos mencionados en el apartado 1 de este artículo, convocará a una audiencia...». El citado apartado 1 establece los presupuestos para que el Juez pueda dictar la orden de protección: que existan indicios fundados de la comisión de un determinado delito o falta contra alguna de las personas del círculo señalado en el artículo 173.2, y que resulte una situación objetiva de riesgo que requiera la adopción de una medida.

Por ello, aunque el precepto nada dice expresamente sobre la posible inadmisión a trámite de la solicitud, en los casos en que directamente se advierta de la simple lectura de aquélla que no concurre alguno de los citados presupuestos (por ejemplo, que no se trata de víctimas incluidas en el artículo 173, o que se solicita por razón distinta de la comisión de infracción penal alguna, o que ya existen *medidas cautelares* suficientes acordadas contra el denunciado que anulan la situación objetiva de riesgo, etc.) será procedente dictar auto que inadmita de plano la orden de protección, por lo que no será precisa entonces la celebración de la audiencia.

Por ello, los señores Fiscales a quienes se diere traslado de una solicitud de orden de protección, cuando –en supuestos que serán excepcionales– apreciaren directamente de su examen que no sería procedente su admisión por la inexistencia de fundamento, deberán dirigir por cualquier medio al Juzgado comunicación solicitando se dicte auto de inadmisión a trámite de la orden y la desconvocatoria de la comparecencia. Una de las primeras comprobaciones, a tales efectos, que habrán de llevar a cabo los señores Fiscales es la de indagar mediante consulta del Registro Central para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica si frente a la persona denunciada ha sido solicitada y adoptada anteriormente orden de protección en vigor.

#### b) *Consideración de las medidas cautelares como primeras diligencias y Juez competente para adoptarlas*

Si de la solicitud, por el contrario, se apreciare que concurren indiciariamente los presupuestos del apartado 1 del artículo 544 ter de la LECrim., lo procedente será la inmediata convocatoria a una audiencia en presencia judicial.

Sobre este punto debe repararse en la naturaleza de «primeras diligencias» de la orden de protección, así como de las *medidas cautelares* del artículo 544 bis, conforme establece la renovada redacción del artículo 13 de la LECrim. («Se consideran

como primeras diligencias la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito, y la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis o la orden de protección prevista en el artículo 544 ter de esta Ley». En atención a dicha naturaleza y a lo dispuesto en los apartados 3 y 11 del artículo 544 ter, los señores Fiscales adoptarán las medidas precisas y dictaminarán a favor de la resolución de la orden de protección por el Juez de guardia ante el que se presentó la solicitud, sin perjuicio de la posterior remisión de los autos resolviendo la orden de protección al que resultare finalmente competente para conocer de la causa. Se trata de evitar que cuestiones de competencia, frecuentes en una materia tan propicia como el maltrato habitual con supuestos de acumulación de autos o existencia de denuncias previas, impidan la resolución urgente de la adopción de *medidas cautelares*, lo que corresponde como primeras diligencias al Juez de guardia ante el que se formulare la solicitud.

Dos cuestiones previas han de ser resaltadas en aquellos casos, relativamente frecuentes, en que no es posible celebrar la comparecencia de la orden de protección.

Por un lado, la imposibilidad de resolver sobre la orden de protección hasta que se celebre la comparecencia puede aconsejar, en ocasiones, para evitar la falta total de medida alguna durante un lapso de tiempo, que directamente por el Juez, y sin necesidad de audiencia, se adopten determinadas *medidas cautelares*, amparando éstas en el artículo 544 bis LECrim., si se trata de medidas de alejamiento, o en los artículos 13 LECrim. y 158 CC, para cualquier medida en relación a los menores de edad para apartarles de un peligro o de evitarles perjuicios. La posibilidad de adoptar las *medidas cautelares* del artículo 544 bis LECrim. es contemplada expresamente por el artículo 544 ter LECrim., en el párrafo cuarto *in fine* del apartado 4, y las medidas del artículo 158 CC, en el apartado 7 del mismo artículo. La orden de protección, en definitiva, no ha venido a restringir las posibilidades de protección de la víctima que se recogían con anterioridad a su vigencia en la Ley Procesal Penal o en el Código civil.

De otra parte, cabe cuestionarse cuál sea la decisión que haya de seguir el Juez de guardia que no pudo celebrar la audiencia y resolver sobre la orden de protección, cuando conste la existencia de causa abierta contra el denunciado en otro Juzgado. Las opciones posibles –al margen como hemos visto de la adopción de *medidas cautelares* vía artículo 544 bis o 158 CC inmediatamente por el Juez de guardia– son varias: primera, remitir lo actuado al Juez competente para que sea éste quien procure la celebración de la audiencia y termine resolviendo la orden de protección; segunda, continuar con los autos de la orden de protección hasta su resolución por él mismo cuando sea posible y sólo entonces remitir testimonio de las actuaciones y del auto al Juez competente por antecedentes.

La preferencia por la segunda de las soluciones se basa en la conveniencia de evitar tiempos muertos entre la remisión y la aceptación de los autos de uno a otro Juez, por lo que se estima preferible que el Juez ante el que se instó una orden de protección decida finalmente sobre la misma y la remita, una vez resuelta, a aquel que estuviere conociendo de causa por tales hechos. La ventaja práctica de esta solución, que procura evitar lapsos de inactividad, es la única razón, pero estimamos que suficiente, para decantarse por este criterio, que apoyarán los señores Fiscales en sus intervenciones. En todo caso, la previsión del apartado 11 del artículo 544 ter se refiere a un supuesto de hecho distinto del presente: es el caso en el que el Juez que conoce de causa anterior es quien recibe directamente la solicitud de orden de protección o quien de oficio acuerda su tramitación.

c) *Comparecencia judicial. Asistencia del Fiscal y demás partes. Motivos de suspensión*

El apartado 4 del artículo 544 ter dispone que el Juez de guardia «convocará a una audiencia urgente a la víctima o su representante legal, al solicitante y al agresor, asistido, en su caso, de abogado. Asimismo será convocado el Ministerio Fiscal».

Por ello, la regla general es que la audiencia se celebra con la presencia del denunciado asistido de letrado, de la víctima, del solicitante y del Ministerio Fiscal.

La audiencia se erige en cauce procesal obligado para resolver sobre la orden de protección que hubiere sido admitida a trámite. Dicha audiencia se hará coincidir cuando sea posible, en aras de la economía procesal, con la regulada en el artículo 798 si se sigue juicio rápido, con el acto del juicio de faltas si la infracción fuere de dicha naturaleza o, en su caso, con la prevista en el artículo 505. Fuera de esos casos, el Juez habrá de convocar específicamente a esa audiencia. Siempre la convocatoria se realizará en el plazo más breve posible y dentro de las 72 horas siguientes a su solicitud.

Si la solicitud se presentara ante órgano distinto del Juez, el cómputo debe iniciarse desde la presentación de la solicitud ante aquél y no desde la posterior llegada de la misma al Juzgado de guardia. No obstante, el incumplimiento del plazo será una irregularidad pero no motivo de nulidad (art. 241 LOPJ).

La presencia del Fiscal resulta de enorme importancia en esta audiencia. Basta reparar en que en la misma se trata de diseccionar la situación generada en el ámbito familiar, lo que presenta, cara a la adopción de *medidas cautelares* y de protección de la víctima en este campo, mayores dificultades de criterio y de valoración que en otro tipo de manifestaciones delictivas habida cuenta la existencia de bienes jurídicos en juego de enorme trascendencia, generalmente con afectación de los derechos e intereses de menores de edad.

Por ello, a fin de facilitar la participación del Fiscal en la audiencia, junto a su presencia física, la Ley Orgánica 13/2003, añadiendo un nuevo párrafo al artículo 306 LECrim., ha abierto la posibilidad de intervención del Ministerio Fiscal a través de sistemas telemáticos. Conforme a ese precepto, «cuando en los órganos judiciales existan los medios técnicos precisos, el Fiscal podrá intervenir en las actuaciones de cualquier procedimiento penal, incluida la comparecencia del artículo 505, mediante videokonferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido». Se excluyen de este modo determinados medios tecnológicos –v. gr. teléfono– que no reúnen dichas características. Sólo, pues, cuando el Fiscal intervenga en la audiencia mediante su presencia física o mediante uno de los medios reseñados podrá reputarsele comparecido en dicha audiencia.

La cuestión esencial en este punto es la de dilucidar en que casos puede celebrarse la audiencia pese a la incomparecencia del Fiscal o de alguna de las restantes partes.

Si dicha incomparecencia es justificada (por no citación o por enfermedad o por imposibilidad de traslado, por ejemplo) la cuestión debe resolverse a favor de la suspensión del acto, debiendo convocarse debida y nuevamente la audiencia. Todo ello al margen, como antes se dijo, de la posible adopción entretanto de *medidas cautelares* al amparo de los artículos 544 bis LECrim. o 158 CC.

Ahora bien, las cosas son distintas si la incomparecencia de alguna de las partes citadas al acto no está justificada.

#### Incomparecencia del Fiscal

En primer lugar, por lo que respecta al Ministerio Fiscal, es de notar que ha desaparecido –en el texto reformado del artículo 505– la obligación específica de com-

parecencia que imponía el artículo 504 bis 2. Dicho precepto señalaba: «*El Ministerio Fiscal y el imputado, asistido de su letrado, tendrán obligación de comparecer*». La supresión de dicha mención en la LECrim., tras la redacción operada por la LO 13/2003, admite una conclusión interpretativa para la comparecencia de prisión (art. 505 LECrim.) extensible a la comparecencia de la orden de protección (art. 544 ter LECrim.) o a la audiencia para la agravación de la medida previamente incumplida (art. 544 bis LECrim.), conforme a la cual la validez de la comparecencia no se resentiría por la ausencia injustificada del Ministerio Fiscal. En tal caso, el Juez de Instrucción podrá acordar la suspensión de la comparecencia para procurar la intervención del Fiscal, pero ello no será un desenlace obligado en todo caso puesto que también podrá acordar que continúe la audiencia y resolver sobre las *medidas cautelares* pese a la incomparecencia del Fiscal (salvo que no podría acordar entonces medidas de prisión o libertad con fianza si ninguna acusación las solicitara).

Si la comparecencia se sustancia coincidiendo con la regulada en el artículo 798 o en el acto del juicio de faltas, la presencia del Fiscal es ineludible para tales otras finalidades (resolver sobre la fase intermedia de las diligencias urgentes o celebrar el juicio de faltas) que no se podrán llevar a cabo, pero no para la adopción de medidas, que sí será posible si se redujera la comparecencia a una específica sobre medidas u orden de protección.

Es posible, por tanto, que la incomparecencia del Fiscal en la audiencia no provoque, sin embargo, la suspensión de ésta, cuando el Juez considere que existen razones para continuar y resolver sobre las *medidas cautelares*. Ello se dará muy excepcionalmente, pero no son descartables supuestos de urgencia en la adopción de medidas que, ante la inexistencia de videoconferencia u otros medios similares y ante la imposibilidad de asistencia en tiempo breve del Fiscal, aconsejen no demorar la respuesta judicial; sin perjuicio, además, de que el Fiscal pudiere dejar constancia de su criterio en la causa a través de otros medios (fax, teléfono, etc.) que no suponen o permiten tenerle por comparecido en la audiencia.

Esta solución interpretativa, obliga, sin embargo, a los señores Fiscales a adoptar todas las medidas que eviten la consecuencia procesal de la celebración de audiencia y adopción de *medidas cautelares* sin su intervención. En todo caso, si se diere en la práctica algún supuesto de esta naturaleza nada obsta a la intervención en cualquier momento ulterior del Fiscal: en el recurso procedente contra el auto adoptando *medidas cautelares* o en cualquier incidente posterior para su modificación por cambio de circunstancias.

#### Incomparecencia del agresor

En segundo lugar, hay que distinguir entre determinados supuestos de incomparecencia injustificada que, con relación a la víctima y al agresor, se están presentando en la práctica con relativa frecuencia y analizar los efectos derivados de tales situaciones.

Aunque no cabe desconocer el efecto pedagógico e incluso preventivo que el hecho de la comparecencia supone para el agresor, si éste, citado que haya sido para la comparecencia, no acudiere injustificadamente a la misma, no impedirá necesariamente su celebración y la posible adopción de *medidas cautelares* de todo orden. No cabe sostener que dichas *medidas cautelares* son, en tal caso, adoptadas *inaudita parte*, en tanto que es el denunciado quien incumple su obligación procesal de acudir. La contradicción se satisface por la posibilidad de ser oído y no por el hecho efectivo de utilizar ese cauce el denunciado. La base legal para esta interpretación cabe encontrarla en los artículos 505 y 544 bis y 544 ter LECrim. que, a diferencia del derogado artículo 504 bis 2, nada dicen acerca del carácter ineludible de la presencia del denunciado en la comparecencia para la validez de la misma. Otra solución conduciría al absurdo de dejar a la voluntaria incomparecencia del denunciado la posibilidad de

adoptar *medidas cautelares*. En todo caso, el auto resolviendo sobre la orden de protección se notificará al denunciado, quien, con independencia de su asistencia o no a la audiencia, podrá interponer los recursos oportunos.

Respecto de la asistencia de Letrado del denunciado las cosas son distintas. El artículo 544 ter. 4 señala que el agresor será «asistido, en su caso, de abogado». La expresión «en su caso» debe ser interpretada en el sentido de que la asistencia letrada es ineludible salvo cuando, por tratarse de una falta, la audiencia se celebre en el procedimiento de juicio de faltas (coincidiendo con el juicio oral) en cuyo caso la defensa técnica no es preceptiva. La audiencia en cualquier otro supuesto por hechos inicialmente reputados delito y en consecuencia por procedimiento distinto al de faltas (ya coincida con la de los arts. 798, 544 bis, 505 o sea específica) exigirá la asistencia de letrado del denunciado. Sin la presencia de éste, justificada o no, habrá de suspenderse la audiencia. Todo ello, lógicamente, sin perjuicio de la posibilidad de designar un letrado de oficio en el caso de que el imputado no haya procedido previamente al nombramiento de uno de su confianza.

Por último la inasistencia injustificada de la víctima o del solicitante de la orden de protección no determinará necesariamente la suspensión de la audiencia, sin perjuicio de que el Juez pueda acordarla.

#### d) *Contenido de la comparecencia*

Sobre el desarrollo de la comparecencia ante el Juez nada dice el artículo 544 ter, a excepción de la previsión de la adopción por el Juez de medidas para evitar la confrontación entre el agresor y la víctima, sus hijos y los restantes miembros de la familia, a cuyo efecto dispondrá que su declaración en la audiencia se realice por separado (art. 544 ter 4 párrafo 3).

Cuando la audiencia coincida con la prevista en los artículos 505, 798 y siguientes o con el acto del juicio de faltas, habrá de seguir los trámites propios de tales actuaciones. Ahora bien, en todo caso, la audiencia tiene por objeto determinar la existencia de los presupuestos necesarios para adoptar determinadas *medidas cautelares*, es decir, establecer si existen indicios fundados de la comisión de una infracción penal entre las personas mencionadas en el artículo 173.2 y si de ello resulta una situación objetiva de riesgo para la víctima que precise la adopción de medidas (art. 544 ter núm. 1 LECrim.).

No se trata en la comparecencia de agotar la instrucción de la infracción penal. Ahora bien, el artículo 544 ter presupone que se oiga a determinadas personas en la comparecencia; por ello, la declaración del agresor, de la víctima y demás familiares llevada a cabo en la comparecencia puede implicar, si se practica con la suficiente profundidad, que no sea preciso volver a tomar declaración en fase de instrucción a dichas personas, evitando de ese modo sucesivas comparecencias en el Juzgado.

Sobre la posibilidad de proponer y practicar prueba en la comparecencia y sobre la documentación del acto son reproducibles aquí las consideraciones que se efectuaban en la Circular 2/1995, de 22 de noviembre, sobre nuevo régimen procesal de la prisión preventiva, en el apartado III subapartados b) y c).

En la comparecencia el Fiscal únicamente interesará o se pronunciará sobre las medidas civiles interesadas por otro si existieren hijos menores o incapaces, como cabe deducir de la legitimación restringida que establece el apartado 7 del artículo 544 bis. La única excepción a la restricción de la intervención del Fiscal radica en la posibilidad de pronunciarse sobre las medidas civiles, pese a la inexistencia de menores o incapaces, cuando éstas, por su contenido, puedan incidir oponiéndose frontalmente al contenido de las acordadas penalmente que, en tal caso, deberán considerarse prioritarias con apoyo en el artículo 8 LECrim.

La referencia legal a que, tratándose de falta, la comparecencia de la orden de protección procure hacerse coincidir con el acto del juicio tiene sentido en dos supuestos. Primero, si el juicio se suspende y en ese acto se celebra la comparecencia para adoptar *medidas cautelares*. Segundo, si el juicio se celebra, cabe instar del Juez, además de la petición de condena, las *medidas cautelares* precisas que se justifican en tanto la sentencia devenga firme, momento en el cual las de naturaleza penal se sustituyen por las prohibiciones acordadas en sentencia al amparo del artículo 57 CP, y las medidas civiles subsisten pues se rigen en su sustitución por lo dispuesto en el artículo 544 ter 7.

### 1.3. Resolución del Juez de Instrucción

El Juez resuelve por medio de auto adoptando, en su caso, las medidas penales de cualquier tipo y las civiles que se refieren al uso y disfrute de la vivienda familiar, régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, prestación de alimentos, y cualquier otra oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.

El auto concediendo la orden de protección atribuye a la víctima la condición o estatuto de persona protegida, extremo éste que se erige en requisito para solicitar ante la Administración, en la forma y cumpliendo los requisitos que por ésta se establezcan, determinadas medidas de naturaleza asistencial. Ahora bien, el Juez no entra a la valoración de si la víctima es o no acreedora de determinadas prestaciones (como por ejemplo la renta de inserción activa) sino que se limita a reseñar en el auto la condición de persona protegida por la orden, confirmando así una suerte de título legitimador, en el modo y con los efectos que se establezcan por la legislación administrativa, para la obtención de ayudas y asistencia (art. 544 ter 5).

### 1.4. Notificación del auto

Las previsiones de notificación de la orden de protección se contemplan en los apartados 8 a 10 del artículo 544 ter. La notificación efectiva desde el Juzgado a todas las partes y Administraciones implicadas, así como la comunicación para su inscripción en el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica, constituye una pieza clave para la efectividad de las *medidas cautelares* que se acuerden a través de la orden.

Al margen de la notificación al Fiscal, al solicitante, a las víctimas y a la persona denunciada, se debe igualmente notificar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que puedan vigilar el cumplimiento de las *medidas cautelares* y a la Administración penitenciaria en su caso.

Además, para facilitar la tarea de notificar y coordinar, simplificar y hacer eficaz el conocimiento de la orden de protección por las Administraciones públicas competentes para la adopción de medidas de protección social, asistencial, psicológica, sanitaria o de otra índole, la Comisión de Seguimiento de la Orden de Protección acordó el establecimiento de un punto único de ámbito provincial que las Administraciones autonómicas han de facilitar a la Comisión y desde ésta, a través del Consejo General del Poder Judicial, a los órganos judiciales.

Los Fiscales adscritos al Juzgado de Instrucción que hubieren sido notificados de la orden de protección remitirán copia de ésta, si se pronunciare sobre medidas civiles, a la Sección de lo Civil de la Fiscalía, para procurar de ese modo la coordinación entre ambas jurisdicciones; ello sin perjuicio de que sea la consulta del Registro

Central para la Protección de las Víctimas el principal instrumento para conocer la existencia de órdenes en vigor.

Por otra parte, en las ejecutorias penales, máxime si la sentencia fuere absoluta, cuidarán especialmente los Fiscales de que sean levantadas las *medidas cautelares* así como de que dicha circunstancia se ponga en conocimiento del citado Registro por el Secretario judicial a los efectos de cancelación oportunos.

### 1.5. Recursos

Pese al silencio del artículo 544 ter debe entenderse que el auto será recurrible, en vía penal con independencia de que las medidas acordadas en la orden sean incluso exclusivamente civiles, a tenor de lo previsto en el artículo 766 LECrim., cualquiera que sea el procedimiento en el que se hubiere acordado la orden de protección, habida cuenta de las remisiones que a dicho régimen de recursos establecen los artículos 798.3 y 507 LECrim.

### 1.6. Estadística sobre la orden de protección

Al igual que sucediera en su día con la comparecencia para prisión preventiva, se hace preciso conocer el número de solicitudes de orden de protección y, en particular, el número de comparecencias que ha de atender el Ministerio Fiscal.

En este sentido se ha procedido por la Fiscalía General a modificar, dentro del programa informático sobre violencia familiar que se lleva en las Fiscalías, el cuadro X dedicado a las «Medidas cautelares acordadas judicialmente», a fin de recoger los datos referidos a la orden de protección.

Dicho cuadro ha sido remitido al Ministerio de Justicia para la elaboración de una nueva versión actualizada del programa que recoja la orden de protección y, asimismo, modifique el cuadro II dedicado a la naturaleza de las infracciones penales para recoger los nuevos tipos de maltrato del artículo 153 y el maltrato habitual del artículo 173.2 del CP.

Esa versión, así actualizada, se repartirá a todos los Servicios de Violencia Familiar de las Fiscalías. Basta ahora recordar la obligación de los señores Fiscales de seguir el contenido, orientación y cuadros de dicho programa. Ello deviene esencial para procurar la unidad de actuación, el intercambio de datos y la posible aglutinación y suma en la Fiscalía General de la información que proporciona cada Fiscalía. La libertad de cada Administración con competencia en medios materiales no se extiende, en ningún caso, a la definición de los contenidos del referido programa, que habrá de ser exactamente el indicado por la Fiscalía General.

De otra parte, se insta de los Fiscales encargados de los Servicios a adoptar las medidas precisas para que se registren los datos requeridos por el programa y, en particular, las órdenes de protección. En tanto éstas suponen la citación a una comparecencia deviene de enorme importancia conocer exactamente la magnitud en cada Fiscalía de este nuevo procedimiento.

## II. CONSECUENCIAS DERIVADAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

La vigilancia del cumplimiento de las *medidas cautelares*, aun siendo importante, no puede por sí sola ser el único mecanismo dirigido a procurar su respeto.

Por ello, la adopción de *medidas cautelares* sólo es plenamente efectiva si a su eventual incumplimiento se le anudan responsabilidades y consecuencias cuya inmediata exigencia se erija, por efecto de la prevención, en el principal resorte para su acatamiento.

La intervención del Ministerio Fiscal en aquellos supuestos en que las *medidas cautelares* o prohibiciones impuestas en sentencia hayan sido quebrantadas por los agresores deviene por ello esencial.

En los supuestos de incumplimiento de medidas pueden ser distinguidos dos casos de desigual gravedad: aquellos en que el incumplimiento no lleva anudada otra infracción distinta del quebrantamiento en sí y aquellos otros, más graves, en que el incumplimiento es aprovechado para la comisión de alguna infracción penal contra las personas protegidas en el artículo 173.2 CP.

Conviene precisar que el incumplimiento de las medidas cautelares penales (así como de las prohibiciones impuestas en sentencia al amparo del art. 57 CP) constituye el delito tipificado en el artículo 468 CP, castigado con pena distinta según que se hubiere quebrantado una situación de privación de libertad o no. En este último supuesto (aplicable al quebrantamiento de las prohibiciones del art. 544 bis) la pena procedente es la de multa. Aunque no faltan resoluciones judiciales de Juzgados y Audiencias que la acogen, debe descartarse, por virtud del principio de especialidad (art. 8.1), la tipicidad del delito de desobediencia grave del artículo 556, a pesar de la mayor pena que conlleva ordinariamente pues en todo caso impone la de prisión de seis meses a un año. Esta disparidad en las penas (multa frente a la de prisión) se verá solo parcialmente corregida en la nueva redacción del artículo 468, que estará vigente a partir del 1 de octubre de 2004, para los casos de quebrantamiento de las prohibiciones del próximo artículo 57.2., supuesto en que se agrava la pena imponiendo la de prisión de 3 meses a 1 año o trabajos en beneficio de la comunidad de 90 a 180 días.

Paralelamente, se suscita la cuestión de cuál sea la responsabilidad penal que se deriva del incumplimiento de las medidas civiles acordadas en la orden de protección a tenor del apartado 7 del artículo 544 ter. Se trata de *medidas cautelares* de orden civil que, en principio, encajarían en la mención genérica y sin mayor concreción que establece el artículo 468 al quebrantamiento de «*medidas cautelares*». Ahora bien, dicha interpretación literal que abona la tesis de la comisión del denominado delito de quebrantamiento de condena del artículo 468 no puede sin más ser admitida. Al redactarse dicho precepto se estaba pensando por el legislador en el quebrantamiento de *medidas cautelares* penales, no en otras. Que ello es así lo prueba la tipificación en otros preceptos del Código del incumplimiento de determinadas obligaciones civiles, como por ejemplo los delitos de impago de pensiones del artículo 227 o de abandono de familia del artículo 226. De ello cabe colegir que si el agresor incumpliere las *medidas cautelares* civiles (por ejemplo, no paga alimentos, no observa el régimen de visitas, etc.) no incurrirá en el delito del artículo 468 sino, en su caso, en los ya citados delitos de los artículos 227 –impago de pensiones– o 226 –abandono de familia–, o en el de desobediencia si, además, concurrieran los requisitos fácticos exigidos por este tipo penal. Todo ello, sin perjuicio de que determinados incumplimientos de medidas civiles se solapan con el incumplimiento de medidas penales, así por ejemplo el incumplimiento de la medida civil de atribución de la vivienda familiar a uno de los miembros de la pareja puede coincidir con un delito del artículo 468 si se acordó paralelamente la prohibición de residencia como medida cautelar penal. En realidad sería el incumplimiento de esta última medida la que motivaría la aplicación del artículo 468.

Si el agresor, con ocasión del incumplimiento de la medida, comete una infracción penal contra alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2, se suscita

el problema del posible concurso entre el delito del artículo 468 con el subtipo cualificado del delito del artículo 153 o del artículo 173. Debe sostenerse que el subtipo agravado de los artículos 153 o 173 excluyen la condena separada por el delito del 468, estando pues ante un concurso de normas a resolver a favor de los subtipos agravados del 153 o 173 en virtud del principio de especialidad (art. 8.1).

Desde el punto de vista procesal surge la cuestión de si por el hecho delictivo ha de incoarse una nueva causa o si debe ser acumulado su conocimiento al procedimiento en el que se acordó la medida incumplida. En principio debe reconocerse la dificultad de establecer reglas apriorísticas en una materia tan compleja y circunstancial como la derivada de las reglas de competencia por conexidad. El Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de septiembre de 1987 ha optado por una interpretación flexible de las causas de conexidad establecidas en el artículo 17 LECrim., a las que atribuye valor ejemplificativo. En principio, si con ello no se retrasa injustificada e inútilmente la causa en la que se acordó la medida incumplida, parece conveniente acumular a este procedimiento el delito cometido con ocasión de dicho quebrantamiento. Hay base para ello en el artículo 17.5 LECrim., siempre que la fase de investigación de la causa a la que se acumulan no hubiere finalizado. Además, de este modo se permite al Juez que acordó la medida incumplida valorar, en los términos que ahora se verán, la conveniencia de modificar, agravándola, la medida cautelar quebrantada.

La adopción de nuevas *medidas cautelares* sustitutivas de la incumplida se regula en el artículo 544 bis último párrafo que, tras redacción dada por la LO 15/2003, dispone:

*«En caso de incumplimiento por parte del inculpado de la medida acordada por el Juez o Tribunal, éste convocará a la comparecencia regulada en el artículo 505 para la adopción de la prisión provisional en los términos del artículo 503, de la orden de protección prevista en el artículo 544 ter o de otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal, para lo cual se tendrán en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar».*

La comparecencia se exige, pues, no sólo para los casos de prisión y libertad con fianza sino para aquellos en que se adopte una medida que agrave el contenido de la medida cautelar incumplida o en que se adopte la orden de protección.

La relación de circunstancias que menciona el precepto para la valoración de la medida que haya de sustituir a la incumplida (*«incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias»*) no han de ser exclusivas sino que deben ser complementadas con las que de por sí se señalan en el artículo 503 y, especialmente, la relativa a la evitación del riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos (art. 503.2). Se estima que esta última circunstancia, aun cuando no se mencione expresamente en el artículo 544 bis, debe ser tomada en consideración junto con las restantes por aplicación del artículo 503.2 y por estimar que se halla comprendida en la mención a la *«incidencia del incumplimiento»* a que se refiere el citado 544 bis. En este sentido conviene resaltar que en la *Segunda Reunión de los Fiscales encargados de los Servicios de Violencia Familiar*, ya citada, se acordó (punto 5 de las conclusiones aprobadas) que: *«Circunstancia expresamente a tener en cuenta para la solicitud de la prisión provisional será el quebrantamiento de la medida cautelar, especialmente en aquellos supuestos en que el quebrantamiento se haya aprovechado para delinquir nuevamente».*

## CIRCULAR 4/2003 NUEVOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS EN LA PERSECUCIÓN DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

### I. INTRODUCCIÓN

La violencia doméstica ha sido objeto en los últimos meses de una serie de reformas que se enmarcan dentro de una nueva ofensiva legal contra esta manifestación delictiva, continuadora de la iniciada por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio. Las novedades legislativas inciden directamente sobre aspectos penales, procesales y cuestiones de carácter organizativo.

Al margen de la introducción en la LECrim. del nuevo procedimiento de juicio rápido y de su extensión en virtud del artículo 795 a los delitos de maltrato familiar, aspecto del que se ocupó la Circular 1/2003 *sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado*, entre las reformas aludidas deben citarse principalmente, la operada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, que ha supuesto la modificación de los delitos de maltrato familiar y de maltrato habitual, recogidos en los artículos 153 y 173.2 y 3 del CP, y la llevada a cabo por la Ley 27/2002, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de la Violencia Doméstica, que ha introducido en la LECrim. el artículo 544 ter.

No cabe, sin embargo, olvidar otras normas que despliegan directa eficacia sobre este tipo de hechos delictivos, así: la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la prisión provisional y la Instrucción 3/2003, de 9 de abril, del CGPJ (BOE de 15 de abril de 2003) sobre normas de reparto penales y registro informático de violencia doméstica. Junto a ello, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código penal, incide también sobre esta materia. No obstante, su entrada en vigor se producirá en fecha 1 de octubre de 2004, salvo las modificaciones que opera en la LECrim.; en la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores y en la Ley Hipotecaria, vigente desde el 27 de noviembre, día siguiente al de su publicación.

La Fiscalía General del Estado ha venido mostrando su preocupación por la respuesta que debe darse desde el ámbito judicial a los hechos delictivos de esta naturaleza. Son de recordar las orientaciones contenidas en la Instrucción 3/1988 y en la más amplia Circular 1/1998, sobre *«Intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar»*, que conservan su vigencia.

Ahora bien, las novedades reseñadas merecen ser tratadas, sin ánimo exhaustivo, en esta Circular, a fin de salir al paso de algunas dificultades y problemas interpretativos y organizativos que se derivan de los nuevos instrumentos jurídicos. No se trata de elaborar un estudio completo y sistemático de los nuevos preceptos sino de seleccionar las principales cuestiones y dificultades prácticas que han originado para establecer pautas de actuación unitaria en la actividad del Ministerio Público.

### II. ALGUNAS CUESTIONES EN RELACIÓN CON LOS DELITOS DE MALTRATO FAMILIAR SIMPLE DEL ARTÍCULO 153 Y HABITUAL DEL ARTÍCULO 173.2 CP

El tipo de maltrato doméstico del artículo 153 constituye una de las principales novedades de la reforma, al castigar como delito determinadas conductas que hasta

entonces constituían la falta del artículo 617 CP. De otra parte, la conducta habitual ha pasado a recogerse en el nuevo artículo 173.2 que modifica su ubicación sistemática al incluirse en el Título VII entre las torturas y otros delitos contra la integridad moral.

Varias son las cuestiones que plantean tales preceptos.

## II.1. La nueva figura de maltrato del artículo 153

En el artículo 153 se castigan como delito determinadas lesiones producidas en el ámbito doméstico o familiar que antes de la reforma eran consideradas falta en el artículo 617. El párrafo segundo del artículo 617 ha sido consecuentemente derogado.

Siguen, en todo caso, reputándose falta las conductas descritas en el artículo 617 cuando la víctima no fuera alguna de las personas referidas en el reformado artículo 173.2 y asimismo las del artículo 620, aún producidas entre dichas personas –salvo las amenazas leves con armas, incluida en el artículo 153 párrafo primero– y que consiste en amenazas leves sin armas, coacciones, injurias y vejación injusta de carácter leve. Conviene repasar en que, no obstante, cualquiera de estos últimos comportamientos tiene su correlativa figura de delito, lo que permite graduar en cada caso la respuesta penal en atención a la gravedad de la agresión.

El notable endurecimiento del castigo advertido en el informe de la Fiscalía al Anteproyecto de medidas concretas, implica la consideración como delito de agresiones aisladas y con independencia de su resultado que, de no haberse producido entre el círculo de sujetos que refiere el artículo 173.2, serían calificadas como falta (art. 617.1 y 2 CP).

Sin perjuicio de reiterar esta idea *infra*, parece claro que la agravación del artículo 153 párrafo segundo, que consiste en la utilización de armas, no será aplicable a la conducta del que «amenazara a otro de modo leve con armas» del artículo 153 párrafo primero, por imperativo del principio de legalidad y exigencias derivadas del *non bis in idem*; pero sí agravará a las otras conductas que se recogen en el artículo 153 párrafo primero.

## II.2. Habitualidad de la conducta: alcance y requisitos (art. 173.2 CP)

La interpretación que hasta ahora se ha venido sosteniendo acerca de lo que deba entenderse por el elemento de la habitualidad en el delito de maltrato no debe verse enturbiada por la nueva figura de lesiones comprendida en el artículo 147.1. párrafo segundo del CP.

Este precepto, siguiendo una técnica idéntica a la establecida para los delitos de hurto y de sustracción de uso de vehículos (arts. 234 y 244, respectivamente), establece que se impondrá la pena del delito de lesiones del artículo 147 a quien «*en el plazo de un año haya realizado cuatro veces la acción descrita en el artículo 617 de este Código*». En justificación de esta novedad la Exposición de Motivos de la Ley señala que se trata de «medidas dirigidas a mejorar la respuesta penal a la *habitualidad* de la conducta».

Por tanto, la formulación del artículo 147 ha suscitado la cuestión de si la conducta habitual a que se refiere el artículo 173.2 debe, en aplicación paralela de lo señalado en el artículo 147, requerir la probanza de la comisión de cuatro hechos delictivos en el lapso temporal de un año.

Tal interpretación, como se ha señalado, ha de descartarse. El concepto de habitualidad exigido por el artículo 173.2 presenta perfiles propios que lo distinguen de la definición típica del ilícito que se castiga por la comisión de cuatro faltas en el tipo del artículo 147. Varias son las razones que abonan esta interpretación singularizada de la habitualidad del maltrato doméstico.

Primero, el propio artículo 173 en su núm. 3 establece una definición legal específica de habitualidad al disponer: «Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores».

Tal noción de habitualidad, idéntica a la que establecía el anterior artículo 153, ha sido objeto de una importante interpretación jurisprudencial, en doctrina que sigue plenamente vigente. De este modo, el entendimiento inicial *cuasi aritmético* del requisito de la habitualidad, extraído en analogía de la doctrina dictada a propósito de la derogada usura habitual y de la receptación habitual de faltas (art. 299 CP), que exigía la constatación de al menos tres actos violentos, ha sido superado por la jurisprudencia que ha perfilado un concepto de habitualidad o reiteración en el maltrato sustentado en la prueba de la creación de un «clima de temor» en las relaciones familiares, más que en la constatación de un determinado número de actos violentos. Fiel exponente de esta idea son, entre otras, las SSTS 927/2000, de 24 de junio, 1208/2000, de 7 de julio y 1366/2000, de 7 de septiembre.

La diferencia en la concepción de la habitualidad en el maltrato familiar o doméstico —consistente en «un ataque contra la paz familiar creando una situación de dominación y temor» según expresa la STS 927/2000— y la habitualidad en las lesiones a extraños al círculo de personas contempladas en el artículo 173 —consistente en la comisión de cuatro acciones violentas en el plazo de un año según el artículo 147.1 pfo. 2— encuentra su justificación en el distinto alcance de la conducta en uno y otro caso. Los bienes jurídicos vulnerados en cada delito son diferentes. Las lesiones reiteradas por una persona a extraños no suponen la vulneración de determinados derechos y principios presentes en el ataque habitual al núcleo de convivencia recogido en el artículo 173. Según indicaba la Circular 1/1998 la dignidad de la persona (art. 10 de nuestra Carta Magna), el respeto al derecho de igualdad (art. 14), el derecho a la educación y al pleno desarrollo de la personalidad (art. 27), el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica (art. 32), la protección social, económica y jurídica de la familia, de los hijos —con independencia de su filiación— y de las madres (art. 39), se erigen en valores constitucionales del mayor rango axiológico que han de orientar y legitimar toda iniciativa del Ministerio Fiscal en su respuesta a la violencia desarrollada en el ámbito familiar. Está pues, justificado que la habitualidad del artículo 173 sea distinta de la del artículo 147 en tanto que, si bien ambos afectan al derecho a la vida y a la integridad física y moral (art. 15), aquél incide, además, en los derechos y principios reseñados.

### II.3. Subtipos agravados de la conducta de maltrato

Una de las novedades del artículo 173.2 estriba en las agravaciones específicas previstas en su párrafo segundo. En concreto dispone: «Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en

el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza». Tales circunstancias se prevén igualmente para agravar la pena en su mitad superior en el delito del artículo 153.

Basta con la concurrencia de una sola de tales circunstancias para la apreciación en el delito de maltrato habitual (art. 173) o no habitual (art. 153) de la agravación, como se desprende de la redacción en forma alternativa de las ocho modalidades agravatorias de los respectivos preceptos.

Del empleo en plural del término «menores» para describir uno de los subtipos agravados ha de interpretarse que basta para la agravación que la conducta se despliegue en presencia de un solo menor de edad, sin que pueda ser agravada más aún por el hecho de que sean varios los menores que la presencien.

Asimismo, aunque no lo diga el precepto, se ha de tratar de menores integrados en el círculo de sujetos del artículo 173.3 CP, pues la razón de la agravación estriba en la vulneración de derechos de los menores que presencian agresiones entre personas de su entorno familiar y educativo.

Es decir, no se agravará la conducta cuando ésta se perpetre en presencia de menores de edad sin vinculación alguna con el agresor y el agredido (por ejemplo agresión entre cónyuges en la vía pública presenciada por menores transeúntes). Completa esta interpretación el hecho de que las lesiones entre extraños no se agravan cuando se cometen en presencia de menores.

No se da la agravación, sin embargo, por impedirlo la literalidad del precepto, cuando el sujeto pasivo del delito y, en tal caso, única víctima, sea un menor.

Por otra parte, el subtipo agravado consistente en la utilización de armas suscita la duda de si la agravación debe extenderse a las agresiones en las que se hubieren utilizado otros medios peligrosos. La respuesta negativa viene impuesta por el principio de legalidad. Cuando el legislador ha querido efectuar dicha extensión lo ha hecho expresamente, como sucede, sin ánimo exhaustivo, en los artículos 148, 180 y en el propio artículo 153 al referirse a la amenaza leve con armas o medios peligrosos.

Como ya se argumentó *surpa*, en la conducta de amenaza leve con armas del artículo 153 no será aplicable el subtipo agravado cuando se fundamente en la utilización de armas, por cuanto, con argumento en el artículo 67 CP y en el principio *non bis in idem* (art. 25 CE), dicha circunstancia no puede integrar a su vez el tipo básico y el cualificado.

Es posible que la circunstancia que atrae el subtipo agravado sea constitutiva de delito. Así, si la agresión se verificó con armas o en domicilio de la víctima cabe que estemos ante un delito de tenencia ilícita de armas o de allanamiento de morada, si se carece de la correspondiente licencia de armas o la entrada en la vivienda se hizo contra la voluntad del morador.

En ambos casos deberá apreciarse un concurso de delitos entre la figura agravada del artículo 153 o 173 y el delito de tenencia o de allanamiento. Dicha interpretación no conculca el principio *non bis in idem*. En el caso de la tenencia ilícita dado su carácter de delito de tracto continuado que no requiere de la utilización del arma para su consumación. En el del allanamiento ya que a la vulneración de la negativa a entrar en el domicilio quebrantando el artículo 18 CE se les añade el desvalor de la acción por ser desplegada en su interior.

Si el subtipo agravado consiste en haberse producido la agresión tras quebrantar el autor una pena o medida cautelar, la cuestión del posible concurso con el delito del artículo 468 CP se tratará en el último apartado de esta Circular dedicado al incumplimiento de las medidas.

De otra parte, en relación con el artículo 173, basta con la concurrencia de cualquiera de tales circunstancias en uno solo de los actos integrantes de la habitualidad para que toda la conducta habitual se vea agravada en su punición, tal y como ha que-

rido el legislador al anudar la agravante a que «alguno o algunos» de los actos se perpetren bajo cualquiera de las circunstancias que contiene.

#### II.4. Referencia a algunos problemas concursales

Debe repararse en que las circunstancias agravatorias son exactamente las mismas en ambos tipos de maltrato familiar, habitual (173) y no habitual (153). Y ello suscita determinados problemas de *bis in idem* que pasamos a analizar.

No será posible, por vulneración del principio citado (art. 25 CE), que una sola de tales circunstancias sirva tanto para agravar la conducta concreta de maltrato en la que concurrió (penada a tenor del art. 153) cuanto en la conducta de maltrato habitual (art. 173) en la que, junto a otros actos concretos, aquella se integre para apreciar la nota de habitualidad.

Es evidente que una misma circunstancia no puede ser tenida en consideración dos veces para agravar dos diferentes delitos. Esta misma conclusión es predicable del concurso entre las lesiones del artículo 148.1 en relación con el 147 y el maltrato habitual del artículo 173.

Surge entonces la duda acerca de cuál sea el tipo penal en que dicha agravación deba surtir efecto, lo que tiene indudable repercusión práctica ya que la pena resultante del concurso será más onerosa si se forma el subtipo agravado con el artículo 173 y no con el artículo 153.

En ocasiones la cronología procesal de enjuiciamiento puede dar por resuelto el asunto: si por haber sido enjuiciado separadamente el acto concreto ya se condenó por delito del artículo 153 apreciando la agravación, es claro que la circunstancia agravante no podrá ser tenida nuevamente en consideración en el ulterior procedimiento por maltrato habitual para agravar el tipo del artículo 173.

Pero fuera de ese caso, si se enjuician conjuntamente la conducta concreta y la habitual, de la que aquella no es sino una específica expresión, se abren dos posibles opciones a la hora de formular la calificación: reputar cometido un delito del artículo 153 en modalidad agravada en concurso real con un delito del artículo 173, o bien, a la inversa, estimar cometido un delito del artículo 153 simple más un delito del artículo 173 en su modalidad agravada.

Existen argumentos que apoyan esta última opción: la específica mención «alguno o algunos» recogida en el artículo 173 permite aplicar la agravación en este precepto. Asimismo ésa es la solución interpretativa que ofrece el principio de alternatividad del artículo 8.4 CP.

En consecuencia, no cabe aplicar el subtipo agravado más que en una de las infracciones, siendo preferible en la del artículo 173.2 por aplicación de las reglas 1.ª y 4.ª del artículo 8 CP.

Si el concurso surgiera entre el artículo 147 habiéndose utilizado armas en la lesión y el artículo 173, la solución del artículo 8.4 se decanta por la calificación a tenor del tipo básico del artículo 173.2 en concurso con el 147 en relación con el artículo 148. 1.º CP.

De otra parte, resulta ocioso indicar que cuando concurren varias circunstancias agravatorias (por ejemplo un acto se cometió con armas y en el domicilio de la víctima) habrán de calificarse entonces aplicando el subtipo agravado tanto en el acto concreto violento (art. 153) como, en su caso, en la conducta habitual (art. 173).

Finalmente la concurrencia de dos o más circunstancias agravatorias en un solo delito, 153 o 173, no tendrá otra relevancia distinta que la de ser tenida en consideración a efectos de valorar, dentro del tramo de la mitad superior de la pena, el alcance o duración concreta que se solicite.

## II.5. Ampliación del círculo de personas protegidas en violencia doméstica

Otra de las importantes novedades de la reforma es la redefinición del círculo de personas sujetos pasivos de la acción de maltrato. El régimen penal de los actos violentos encuentra distinta y más grave respuesta si se proyecta sobre alguna o algunas de las personas de dicho círculo.

Las críticas y sugerencias de la doctrina han llevado al legislador a ampliar notablemente ese grupo de personas protegidas, extendiéndolo incluso más allá del ámbito familiar.

Se incluyen una serie de personas que no se comprendían en el tenor literal del anterior artículo 153. Los novios pasan a ser incluidos pese a la discutible fórmula empleada por el legislador al señalar «personas unidas por una análoga relación de afectividad *aun sin convivencia*», a lo que se añade la supresión de la mención «de forma estable» que contenía el derogado artículo 153. Los hermanos se recogen ahora expresamente en el artículo 173.2. Asimismo, el precepto no se refiere como antes a los «hijos» sino, más ampliamente, a los «descendientes» sin limitación de grado, incluyendo de ese modo a los nietos principalmente. De otra parte, la mención a «descendientes, ascendientes o hermanos» incluye expresamente a los que lo sean por «naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente», sin exigirse —como se hacía antes— ningún requisito de convivencia con el agresor ya que la mención del precepto a «que con él convivan» se refiere en exclusiva a «los menores e incapaces» como se deduce de la separación de grupos que va efectuando el precepto detrás de cada expresión «o sobre»; en consecuencia, quedan incluidos aun cuando no mediara convivencia con el agresor los ascendientes o hermanos por afinidad e, igualmente, los descendientes incluso mayores de edad aun cuando al llevar vida independiente no convivieren con el agresor.

Además, se recogen dos esenciales novedades, la inclusión de las personas amparadas en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de convivencia familiar del agresor y las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, con cuyas definiciones se pretende dar protección a situaciones fácticas próximas a la familiar (personas que conviven en el núcleo familiar por cualquier relación o circunstancia no definida expresamente antes: parientes fuera de los grados de parentesco señalados, trabajadores, etc.), o sujetas al régimen de centros sin que tengan, por su especial vulnerabilidad, la plena posibilidad de abandonarlo (menores en guarderías o colegios, ancianos en residencias, etc.).

La amplitud de la descripción de los sujetos pasivos del precepto, que en su intención de abarcarlo todo permite incluir a la misma persona en varias de las enunciaciones que hace, comprende entre el círculo de personas protegidas, como se ha visto, situaciones muy amplias y variadas.

En todo caso, es preciso recordar que es indiferente que los actos de violencia recaigan —tal como establece el artículo 173.3— «sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo».

Ahora bien, determinados actos por su propia dinámica y naturaleza, pese a que producen un resultado que recae sobre un miembro concreto del grupo familiar, afectan a todos los miembros del mismo que han de ser considerados víctimas del delito en su conjunto. La anterior consideración es importante a efectos de la fijación de la responsabilidad civil y de la adopción de medidas cautelares. Asimismo, esta consideración deviene esencial para impedir que la actitud de retractación (frecuente y humanamente explicable) de determinados denunciadores adquiera eficacia: no sólo se trata de un delito público en el que no cabe ninguna figura de perdón o de renuncia a la acción penal, sino que, además, la víctima frecuentemente no sólo es el sujeto

pasivo de la acción violenta que manifiesta la retractación, sino todos los restantes integrantes del núcleo de convivencia familiar.

Por último, se ha de rechazar la aplicación de la agravante mixta de parentesco del artículo 23 CP en relación con los delitos del artículo 173 (en este sentido STS 164/2001, de 5 de marzo) y de maltrato no habitual del artículo 153 dado que resulta inherente a la formulación típica de los mismos. Deberá ser apreciada, sin embargo, en los concretos actos de violencia tipificables en algún otro precepto que, a diferencia del artículo 153, no exija entre sus elementos la relación de parentesco.

## Consultas

### CONSULTA 1/2003 SOBRE LA NUEVA CONFIGURACIÓN TÍPICA QUE PRESENTA EL DELITO CONTRA LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO DEL ARTÍCULO 319.2 CP A PARTIR DE LAS MEDIDAS DE LIBERALIZACIÓN DEL SECTOR INMOBILIARIO ADOPTADAS EN EL REAL DECRETO-LEY 4/2000

#### I

La reforma del artículo 9.2 de la Ley 6/1998, de Régimen del Suelo y valoraciones, operada por el RD-Ley 4/2000 de Medidas Urgentes de Liberalización en el Sector Inmobiliario y Transportes, ha suprimido la posibilidad de crear el denominado «suelo no urbanizable común». La Fiscalía consultante cuestiona, en primer lugar, la hipótesis de que la reforma citada haya supuesto un vaciamiento de contenido del actual apartado 2 del artículo 319 CF, por venir a coincidir prácticamente con el tipo descrito en el apartado 1 del mismo artículo.

Asimismo, plantea la duda acerca de si, en el caso de que exista una legislación autonómica que contemple la posibilidad de crear «suelo no urbanizable común», dicha normativa autonómica puede ser utilizada para integrar el contenido del tipo previsto en el artículo 319.2 CF; o si, por el contrario, debería prevalecer la norma estatal en todo caso, por lo que la norma autonómica que permitiese la creación de «suelo no urbanizable común» carecería de virtualidad a la hora de pretender incardinar una conducta en el citado precepto penal.

La definición del estatuto jurídico de la propiedad del suelo ha experimentado un importante cambio de resultados de la promulgación del Real Decreto-Ley 4/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Liberalización del Sector Inmobiliario y Transportes (BOF 151/2000, de 24 de junio), norma que aspiraba a atajar la escasez de suelo urbanizable mediante la ampliación de la oferta del mismo con el fin de contener el incremento del precio final de los bienes inmobiliarios.

La nueva ordenación reduce la discrecionalidad de la Administración en el ejercicio de su potestad de planeamiento y vincula sus decisiones a criterios reglados mediante una reforma del artículo 9.2 de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones (en adelante LSV), que en su nueva versión contrae la clasificación del suelo no urbanizable y libera extensas áreas territoriales para su eventual transformación urbanística.

Para un entendimiento más sencillo de la operación legislativa conviene reproducir el texto original del artículo 9 LSV, que en sendos apartados sintetizaba los dos criterios básicos de determinación de la clasificación del suelo como no urbanizable, en función de su incompatibilidad con la transformación urbanística, o de su mera inadecuación a la misma. Decía el precepto:

*Tendrán la condición de suelo no urbanizable, a los efectos de esta Ley los terrenos en que concurren alguna, de las circunstancias siguientes:*

*1.º Que deban incluirse en esta clase por estar sometidos a algún régimen especial de protección incompatible con su transformación de acuerdo con los planes de ordenación territorial o la legislación sectorial en razón de sus valores paisajísticos, históricos, arqueológicos, científicos, ambientales o culturales, de riesgos naturales acreditados, en el planeamiento sectorial, o en función de su sujeción a limitaciones o servidumbres para la protección del dominio público.*

*2.º Que el planeamiento general considere necesario preservar por los valores a que se ha hecho referencia en el punto anterior, por su valor agrícola, forestal, ganadero o por sus riquezas naturales, así como aquellos otros que considere inadecuados para un desarrollo urbano.*

Sobre el texto original, el artículo 1 apartado primero del Real Decreto-Ley 4/2000 introduce una reforma consistente en la supresión del inciso final del apartado 2.º que queda redactado como sigue:

*2.º Que el planeamiento general considere necesario preservar por los valores a que se ha hecho referencia en el punto anterior, por su valor agrícola, forestal, ganadero o por sus riquezas naturales.*

Con tan limitada variación textual, el legislador ha operado una importante revisión de las bases del régimen estatutario de la propiedad del suelo al supeditar la clasificación del suelo no urbanizable a la existencia comprobada y razonada de un valor digno de especial protección, derogando la libertad de que gozaba la Administración competente en materia de planeamiento para excluir del proceso transformador terrenos no comprendidos en áreas de especial protección o carentes de un valor singular y propio.

La Fiscalía consultante llama la atención sobre la incidencia que este cambio tiene en la delimitación típica del artículo 319.2 CF, que sanciona a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una edificación no autorizable en el suelo no urbanizable, y que, como tipo penal en blanco, demanda ser integrado mediante la aplicación del ordenamiento sectorial que delimita el concepto de suelo no urbanizable y los usos autorizables del mismo.

Como acertadamente indica la Consulta, el cambio legal provoca un juicio negativo de tipicidad en todos aquellos supuestos en que la edificación objeto de incriminación se levante sobre terrenos clasificados en el planeamiento como suelo no urbanizable común, puesto que éste ya no existe y el propietario tendría el derecho a instar su transformación urbanística.

Cuestiona igualmente el supuesto vaciamiento del tipo penal del artículo 319.2 CF si se estimare que las razones legales para clasificar el suelo como no urbanizable recogidas en el artículo 9 LSV resultan coincidentes con los supuestos del artículo 319.1 CP.

En un segundo, pero no menos importante, orden de consideraciones, la consulta advierte el problema que suscita un eventual conflicto de leyes, estatales y autonómicas, cuando establecen criterios de clasificación incompatibles. Particulariza esta crisis centrándose en el supuesto de una Ley emanada del Parlamento de la Comunidad Autónoma en que radica la Fiscalía que, en el ejercicio de las competencias estatutariamente asumidas en materia de ordenación del territorio y urbanismo, instauró una disciplina del régimen jurídico del suelo no urbanizable que autoriza una clasificación del mismo en términos sumamente amplios, recogiendo con carácter residual la totalidad del suelo no clasificado como urbano o urbanizable, con independencia de que esté sometido a un régimen de especial protección.

La Ley autonómica se acomodaba en el momento de su promulgación a la legislación básica del Estado, pero a partir de la reforma entra en abierta confrontación con ella y aunque la Consulta se ciñe a un caso particular, el criterio de solución del conflicto de leyes ha de tener un valor unívoco y extensible al resto de las Comunidades Autónomas, lo que hace sumamente aconsejable un pronunciamiento de alcance general y desvinculado de las concretas circunstancias expresadas en el texto de la misma.

La búsqueda de respuestas al problema que plantea la selección de la ley aplicable para la integración del tipo penal exige por ello un análisis preliminar del bloque de constitucionalidad que arbitra la concurrencia competencial del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de ordenación territorial, así como de los principios constitucionales que disciplinan las relaciones interordinamentales que la naturaleza compuesta del Estado de las autonomías genera en este sector de la realidad.

## II

La Constitución generó en su día un intenso debate en torno a la delimitación competencial en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda. A juicio de la mejor doctrina la redacción dada por el constituyente al artículo 148.1.3a CE fomentó un cierto grado de confusión interpretativa al comprender dichas materias entre las de competencia asumible por las Comunidades Autónomas sin introducir el necesario matiz sobre la posible existencia de reserva de bases en favor del Estado en relación con algunos aspectos implicados en la configuración del suelo.

La legitimidad con que cuenta el Estado para efectuar, en el desempeño de competencias propias, ciertas determinaciones condicionantes del ejercicio de las facultades autonómicas de ordenación del territorio se funda en el hecho incontestable de que Estado y Comunidades Autónomas son entes coextensos que operan sobre un espacio común, sin que sea dable ni factible en la práctica contemplar el territorio como una pertenencia exclusiva de la Comunidad Autónoma.

De este modo, si bien la totalidad de las Comunidades Autónomas han asumido durante el proceso de descentralización política desencadenado por el Título VIII de la CE competencias exclusivas en materia de ordenación del territorio, esta opción estatutaria no ha derogado los títulos competenciales esgrimibles por el Estado y proyectables sobre el mismo, entre los que ocupa una posición preeminente, aunque no aislada, el relativo a la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.P CE), que en el ámbito del Derecho constitucional a la propiedad (art. 33 CE) habilita al Estado para legislar sobre el estatuto jurídico básico de la propiedad del suelo, definiendo los criterios mínimos de su clasificación.

Otros títulos competenciales del Estado que pueden condicionar en aspectos básicos la ordenación territorial los encontramos en el artículo 149.188 –legislación civil, particularmente en materia de propiedad y derechos reales inmobiliarios–, 138 –bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica–, 182 –bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, procedimiento administrativo común y legislación sobre expropiación forzosa– y 23 –legislación básica sobre protección del medio ambiente.

La solidez de este criterio doctrinal es avalada, en esencia, por la doctrina constitucional, que ha declarado que la clasificación tripartita del suelo (urbano, urbanizable y no urbanizable) realizada por la legislación del Estado tiene perfecto encaje en la competencia atribuida *ex artículo 149.112 CE* por su carácter de instrumento técnico para la configuración de los distintos estatutos de la propiedad urbana, sin

que ello limite la competencia de las Comunidades Autónomas para fijar y regular, a efectos de planificación o gestión, otras clasificaciones del suelo distintas y superpuestas a las anteriores (SSTC 61/1997, FFJJ 14.by 15.ay 164/2001, FJ 12).

El TC respalda la legitimidad constitucional del artículo 9 LSV en su Sentencia 164/2001 (FJ 14.2a):

*El precepto impugnado, en su redacción de 1998, establece en síntesis, dos criterios directos para la clasificación del suelo como no urbanizable; que el suelo sea incompatible con la transformación y que sea inadecuado para un desarrollo urbano. Estos dos criterios mínimos o elementales de clasificación sirven así como criterios mínimos de igualdad de todos los propietarios del suelo. Tal fin igualador atrae en principio la regulación del artículo 9 LRSV a la esfera competencial del Estado ex artículo 149.1.1 CE.*

Criterio que la sentencia extiende al nuevo texto del artículo 9.2 LRSV, en la medida en que la reforma legal no ha producido alteración alguna de los términos de la controversia competencial.

En definitiva, los criterios mínimos que el artículo 9.2 LRSV determina para la clasificación del suelo no urbanizable, la incompatibilidad y la inadecuación para su transformación, constituyen criterios de igualdad de todos los españoles en el ejercicio de un derecho constitucional y son constitucionalmente legítimos, por lo que las normas autonómicas de ordenación territorial deben, en consecuencia, respetarlos.

Esta prevalencia de la legislación del Estado no responde, sin embargo, al principio de jerarquía normativa, pues en un Estado compuesto como es el de las Autonomías los diversos ordenamientos jurídicos conviven en un plano de igualdad dentro de sus respectivas esferas competenciales; tampoco obedece a una sucesión temporal de normas, como se apunta en la Consulta, pues tratándose de normas jurídicas pertenecientes a ordenamientos diversos no se puede hablar en sentido propio de derogación tácita por incompatibilidad de contenidos (art. 2.2 Cciv); descartado queda, igualmente, el principio de especialidad, pues la legislación estatal y la autonómica tratan aspectos distintos, aunque concurrentes, de la ordenación territorial.

En conclusión, el único principio que aporta un criterio válido para dirimir la cuestión es el de competencia, en función del cual la norma válida es la emanada del poder público competente en la materia, criterio que se aplica a la resolución de los conflictos entre el Estado y las Comunidades Autónomas, pero que excede el ámbito de actuación de la jurisdicción ordinaria, al implicar el cuestionamiento de la eficacia de normas jurídicas de rango legal.

Se plantea por ello un sensible problema de naturaleza procesal cuando el aplicador jurídico –en nuestro caso, el Fiscal que ha de seleccionar la norma de complemento de un tipo penal en blanco en el estudio de un caso concreto de infracción de la ordenación del territorio– afronta normas de rango legal que establecen criterios de clasificación del suelo de imposible conciliación; así, cuando la legislación autonómica fija un régimen jurídico del suelo no urbanizable incompatible con las bases determinadas en la normativa estatal, no es razonable instruir a los señores Fiscales en el sentido de que aguarden al planteamiento formal de un conflicto constitucional de competencias entre el Estado y de la correspondiente Comunidad Autónoma en espera de un pronunciamiento expreso del TC que aclare la cuestión.

También resultaría inadecuado el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad respecto de las leyes que considerasen desajustadas al reparto competencial de la CE, pues ya existe una doctrina constitucional consolidada afirmativa de la competencia estatal para fijar los aspectos básicos del estatuto jurídico del suelo.

Propugnamos por ello acudir directamente a la cláusula de prevalencia del artículo 149.3 CE que dice que:

*La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas.*

Mediante la aplicación directa del precepto constitucional no se pretende en absoluto suplantar al Tribunal Constitucional en su función dirimente de potenciales conflictos de competencia que pudieren plantearse, sino meramente dar una aplicación práctica y útil a la eficacia vinculante *erga omnes* que conforme al artículo 38.1 LOTO despliegan las sentencias recaídas en procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, lo que nos permite acudir a la doctrina sentada en la STO 164/2001, citada *supra*, sobre legitimidad y prevalencia del artículo 9 LRSV para aplicarla como principio general eficaz para la configuración jurídica de los hechos en el ámbito de la jurisdicción ordinaria.

Por otra parte, la prevalencia de la ordenación estatal en este aspecto y su directa incidencia en los instrumentos normativos de planeamiento queda confirmada desde el punto de vista de la legalidad ordinaria si se considera que la reforma introducida en el artículo 1 del Real Decreto-Legislativo 4/2000 quedó incorporada al texto de la LRSV cuyo régimen transitorio, atendiendo a la negativa experiencia acumulada en reformas precedentes, ha procurado evitar inaceptables soluciones de continuidad imponiendo la vigencia inmediata del nuevo régimen jurídico sin necesidad de aguardar a la revisión del planeamiento; de acuerdo con su Disposición Transitoria primera la nueva ordenación del suelo no urbanizable introducida en los artículos 9.2, 15.2 y 16 sería aplicable desde su entrada en vigor a los planes y normas vigentes en momento, sin perjuicio de la obligación, establecida en 1ª Disposición Transitoria segunda, de adaptar el planeamiento cuando se proceda a su revisión

### III

La afirmación de la prevalencia de la legislación del Estado en materia de clasificación del suelo no resuelve de inmediato la totalidad de las cuestiones implicadas en la Consulta; se ha de atender a la peculiar configuración del ordenamiento urbanístico, a su naturaleza compuesta, que combina en un bloque articulado la legislación estatal y autonómica con la existencia de planes territoriales que tienen por objeto el agotamiento ulterior de las determinaciones de la Ley sobre la totalidad del suelo.

Estos planes territoriales no son meros actos administrativos de carácter general, sino genuinos reglamentos que comparten las características distintivas de las normas jurídicas, eficacia general y vigencia indefinida, y que configuran por remisión del bloque formado por la legislación estatal y autonómica, un segundo escalón del ordenamiento urbanístico que desarrolla hasta su detalle final la ordenación de cada parcela del territorio en ejecución de sus previsiones.

En su calidad de normas reglamentarias los planes están sujetos a un control ordinario de legalidad de parte de los tribunales, que pueden inaplicarlos cuando resulten contradictorios con la legislación vigente; a ello obedece que las determinaciones del planeamiento deban respetar las condiciones básicas de igualdad de los propietarios en el ejercicio de su derecho tal y como las delimita la legislación del Estado, sin que puedan resultar sustancialmente alteradas en ningún ámbito territorial por la normativa autonómica o por los instrumentos de planeamiento urbanístico.

Esta exigencia es más perentoria, si cabe, en el ámbito de la protección penal de la ordenación del territorio, en el que la delimitación de la esfera de lo ilícito no debe desvincularse de las condiciones básicas del estatuto jurídico de la propiedad del suelo definidas por el Estado, razón por la cual no resulta aplicable al caso la doctrina de la STO 120/1998, de 15 de junio, fijada sobre un supuesto típico distinto, relacionado con la represión del contrabando de especies protegidas, que atrae la aplicación de la legislación autonómica vigente en cada territorio como norma de complemento definidora de las especies susceptibles de tal protección.

La formación del juicio de tipicidad correspondiente a la conducta descrita en el artículo 319.2 OP obliga por ello a acudir, como norma de referencia inmediata, al instrumento de planeamiento urbanístico que contenga la particular clasificación del terreno en el que se ha verificado la construcción presuntamente ilícita, con el fin de precisar si se trata, como exige la norma, de un suelo no urbanizable.

Comprobada la clasificación, la reforma del régimen general de este tipo de suelo introducida en el Real Decreto-Ley 4/2000 obliga a llevar el juicio de tipicidad un paso más allá para alcanzar el análisis del fundamento de la misma al objeto de discernir si responde, como exige ahora la normativa estatal, a la concurrencia de un régimen especial de protección o a la finalidad de preservar algún valor o fin específico del suelo, o bien si, por el contrario, es fruto de una decisión discrecional de la Administración planificadora en el desarrollo de una determinada estrategia territorial, en cuyo caso se entenderá que el terreno en cuestión ha sido reclasificado en suelo urbanizable por ministerio de la Ley y ha quedado en su virtud al margen de la esfera de influencia del tipo penal.

En definitiva, el Real Decreto-Ley 4/2000 lejos de vaciar de contenido el artículo 319.2 CF, ha contribuido a desformalizar la conducta típica asociando la protección penal del suelo a la concurrencia de algún valor singular digno de protección y, siendo distinto de los enunciados en el artículo 319.1 CF, justifique con arreglo al planeamiento su exclusión del proceso de urbanización. Ello obliga a efectuar un deslinde más cuidadoso de los criterios de subsunción, forzando una delimitación negativa del tipo que excluya de su esfera de aplicación únicamente los terrenos clasificados de no urbanizables por una opción estratégica del planeamiento en la configuración de las áreas de expansión de la población al margen de su valor intrínseco.

De acuerdo con lo expuesto, cabe concluir que:

1.º *El sustrato fáctico del tipo penal del artículo 319.2 CF no desaparece tras las medidas de liberalización del suelo acordadas en el Real Decreto-Ley 4 si bien queda circunscrito a aquellos tipos de suelo no urbanizable que el planeamiento haya decidido preservar en razón de la concurrencia de un singular valor agrícola, forestal, ganadero o por sus riquezas naturales.*

2.º *La ley autonómica que establezca un criterio de clasificación del suelo no urbanizable incompatible con el fijado en el artículo 9 LRSV no se aplicará como norma de complemento para la formación del juicio de tipicidad del artículo 319.2 GP.*

## CONSULTA NÚMERO 2/2003 SOBRE DETERMINADOS ASPECTOS DE LA ASISTENCIA LETRADA AL DETENIDO

### I. INTRODUCCIÓN Y DELIMITACIÓN METÓDICA

La Fiscalía consultante plantea, en relación a la asistencia letrada al detenido, varios problemas en cuanto a su extensión y efectos. Concretamente se cuestiona *a)* si es preceptivo que el Letrado esté presente en la información de derechos al detenido; *b)* si es preceptiva la asistencia letrada aun cuando el detenido manifieste su deseo de no declarar en sede policial; y *c)* si tiene el detenido derecho a la entrevista reservada con el letrado aun cuando se haya acogido a su derecho a no declarar en Comisaría.

La respuesta a la cuestión suscitada hace aconsejable el empleo de un criterio casuístico que, a la vista de las soluciones alumbradas en el ámbito jurisprudencial, proporcione una solución unitaria susceptible de ser defendida por el Ministerio Fiscal. De ahí la conveniencia de que, con carácter inicial, se efectúen algunas consideraciones sobre el derecho a la asistencia letrada reconocido al detenido a la luz de la normativa internacional, constitucional, legal y de la doctrina del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo. Ocioso resulta recordar que la falta de uniformidad de la jurisprudencia penal hace no descartable la existencia de pronunciamientos aislados, ajenos a una línea jurisprudencial mayoritaria y por tanto consolidada. Es ésta la que ha de centrar el interés del Ministerio Fiscal y la que, como tal, va a ser asumida en la interpretación de la cuestión sometida a consulta.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 diciembre de 1966, ratificado por Instrumento de 27 abril 1977, en su artículo 9 regula los derechos del detenido sin que se incluya el de asistencia letrada. Idéntica reflexión cabe realizar respecto del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 que proclama en su artículo 5 el derecho a la libertad, señalando los derechos del detenido preventivamente, entre los cuales tampoco incluye el de asistencia letrada.

Por tanto y como ha subrayado el TC en materia de asistencia letrada al detenido, nuestra Constitución es más amplia y generosa, al menos explícitamente, que dichos textos internacionales.

El artículo 17.3 CE garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales, en los términos que la Ley establezca. En nuestra CE hay por tanto un reconocimiento de esa asistencia letrada, aunque en cuanto al contenido concreto se remite a la Ley.

El desarrollo legislativo del artículo 17 CE lo encontramos fundamentalmente en el artículo 520 LECrim., en su redacción dada por el artículo único de la Ley Orgánica 14/1983, de 12 diciembre, que en lo que ahora interesa dispone en su apartado 2 lo siguiente:

*Toda persona detenida o presa será informada, de modo que le sea comprensible, y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten y especialmente de los siguientes:*

*c) Derecho a designar Abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto. Si el detenido o preso no designara Abogado, se procederá a la designación de oficio.*

Más adelante, en su apartado 6 establece:

*La asistencia del Abogado consistirá en:*

a) *Solicitar, en su caso, que se informe al detenido o preso de los derechos establecidos en el número 2 de este artículo y que se proceda al reconocimiento médico señalado en su párrafo f).*

b) *Solicitar de la autoridad judicial o funcionario que hubiesen practicado la diligencia en que el Abogado haya intervenido, una vez terminada ésta, la declaración o ampliación de los extremos que considere convenientes, así como la consignación en el acta de cualquier incidencia que haya tenido lugar durante su práctica.*

c) *Entrevistarse reservadamente con el detenido al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido.*

No está de más recordar el nuevo tipo contenido en el artículo 537 CP, que pone sin duda de relieve la gran importancia que para nuestro ordenamiento tiene el escrupuloso respeto de los derechos de la persona privada de libertad.

Dicho precepto castiga a la autoridad o funcionario público que impida u obstaculice el derecho a la asistencia del abogado al detenido o preso, procure o favorezca la renuncia del mismo a dicha asistencia o no le informe de forma inmediata y de modo que le sea comprensible de sus derechos y de las razones de su detención.

## II. EL DERECHO DE ASISTENCIA LETRADA: SU DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL

La STC 196/1987 de 11 de diciembre declara que la asistencia letrada prevista en el artículo 17.3 de la Constitución y reconocida al «detenido» en las diligencias policiales tiene un contenido distinto, como garantía del derecho a la libertad, al contenido de la asistencia letrada reconocida en el artículo 24.2 de la Constitución en el marco de la tutela judicial efectiva con el significado de garantía del proceso debido.

De este distinto enfoque extrae el TC la conclusión de que aunque en nuestra Constitución se reconoce expresamente el derecho a la asistencia letrada tanto «al detenido» como al «acusado», se hace en distintos preceptos constitucionales garantizadores de derechos fundamentales de naturaleza claramente diferenciada por lo que esta doble dimensión «impide determinar el contenido esencial del derecho a la asistencia letrada en una lectura y aplicación conjunta de los citados artículos 17.3 y 24.2 de la Constitución» (STC 188/1991, de 3 de octubre)

El TS sigue esta línea de delimitación de derechos y en su sentencia 1151/2002, de 19 de junio declara que el derecho a la asistencia letrada, reconocido en los artículos 17.3 y 24.2 CE, no puede ser interpretado unitariamente por la diversa función que la garantía cumple en atención al bien jurídico protegido. El artículo 17.3 reconoce este derecho al detenido en las diligencias policiales y judiciales como una de las garantías del derecho a la libertad, mientras que el artículo 24.2 lo hace en el marco de la tutela judicial efectiva como garantía del proceso debido a todo acusado o imputado.

### a) *Asistencia letrada al detenido*

A la hora de la determinación del contenido esencial de este derecho fundamental en el supuesto de detención en primeras diligencias policiales, el TC declara que

la finalidad de esta asistencia consiste en «asegurar, con su presencia personal, que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración y que tendrá el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio, así como sobre su derecho a comprobar, una vez realizados y concluidos con la presencia activa del Letrado, la fidelidad de lo transcrito en el acta de declaración que se le presenta a la firma.» (SSTC 21/1997, 196/1987 y 252/1994).

El TS precisa que la función del Letrado en este ámbito es la de ser «garante de la integridad física del detenido, y de evitar la autoinculpación por ignorancia de los derechos que le asisten» (STS 252/1994 de 19 de septiembre)

A la hora de concretar la extensión de la asistencia letrada al detenido, debe partirse como principio general de que la garantía de la libertad personal que subyace al artículo 17.3 CE «no alcanza a imponer la asistencia letrada en los términos y con la intensidad propios de un proceso en curso» (STC 252/1994, de 19 septiembre).

Siguiendo estas pautas y del examen de la jurisprudencia del TS, puede concluirse que la asistencia del Letrado no es exigible en los siguientes actos procesales: *a)* en las declaraciones de otros coimputados a los que no asiste profesionalmente; *b)* declaraciones de los testigos; *c)* actos de imputación a terceros por parte del detenido (STS 1737/2000, 15 de noviembre); *d)* exploración radiológica del detenido (en el caso analizado concurría autorización judicial para la práctica de tal diligencia); *e)* prueba de alcoholemia (STS 590/2000, de 8 abril); *f)* cuando se trata *ab initio* del reconocimiento fotográfico de un posible delincuente que aún no ha sido concretado en su identidad (STS 1479/1999, de 19 octubre); *g)* en el registro practicado en el domicilio del acusado cuando todavía no se le imputa delito alguno (STS 847/1999, de 24 mayo, con cita de otras muchas, SSTs de 17 de febrero de 1998, 23 de octubre de 1991, 4 de diciembre de 1992, 17 de marzo de 1993 y 8 de marzo y 7 de diciembre de 1994).

Delimitando las facultades del letrado, la STS 1283/2000, de 12 de julio declara que la pretensión de obtener copia de todo el atestado puede incidir negativamente en la investigación, que en ese momento inicial puede afectar a otras personas u otros delitos. Lo que realmente importa y tiene relevancia constitucional es el conocimiento de la acusación que se formula contra una persona a los efectos del derecho de defensa, siendo suficiente en ese momento... con tener conocimiento de la causa de la detención, delito que se le imputa y lectura de derechos, copia de la declaración y derecho a solicitar una nueva y de hacer las observaciones que estime convenientes y a la entrevista reservada entre el letrado y el detenido... y sin perjuicio de ejercitar los derechos que en la fase instructora propiamente dicha le otorgan los artículos 118 y 302 LECrim. En todo caso, como expresamente reconocía la Circular 2/1995, de 22 noviembre de la Fiscalía General del Estado, exigencias elementales del derecho de defensa imponen que el Letrado y demás partes puedan tomar vista, antes de la audiencia del artículo 504 bis.2, de las actuaciones practicadas hasta ese momento (art. 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Tan sólo si ha recaído una declaración judicial de secreto en los términos previstos en el artículo 302 decaerá ese derecho.

Por contra, además de la necesaria presencia del Letrado en la declaración del detenido y en las diligencias de reconocimiento de identidad, expresamente mencionadas en el artículo 520 LECrim., la STS 2032/2001, de 5 de noviembre (siguiendo el mismo criterio de otras, como las STSS 5 y 16 de mayo de 2000 y 14 de noviembre de 2000) añade la necesidad de asistencia letrada para que un detenido pueda manifestar su consentimiento de que se proceda a la entrada y registro en su domicilio sin que sea precisa la autorización judicial, fundamentándolo en que «las razones... sobre el alcance de la asistencia letrada en las diligencias policiales son perfectamente extensibles al caso que nos ocupa, ya que tal autorización o consentimiento es igual o incluso más

trascendente que la propia declaración». Esta misma doctrina se ha aplicado a la necesidad de asistencia letrada para que un detenido pueda manifestar su consentimiento para que se proceda a la apertura en sede policial de correspondencia y paquetes (STS 409/1999, de 8 marzo). Este criterio es seguido por la STS 1061/ 1999, de 29 de junio que fundamenta esta exigencia en base a que «el consentimiento prestado por el detenido, se halla viciado al no gozar de las necesarias notas de libertad y autonomía que concurren cuando se dan circunstancias de signo distinto... la asistencia de Letrado es, en todo caso, decisiva para la validez de una toma de postura del detenido, que afecte a sus derechos fundamentales y que pueda comprometer seriamente su defensa». Esta resolución llega a establecer que la exigencia de asistencia letrada al detenido «es por tanto extensible y ampliable a toda disposición sobre derechos fundamentales».

b) *Presencia del Letrado en la instrucción de derechos*

La presencia del Letrado en la diligencia de instrucción de derechos en sede policial no puede considerarse como preceptiva. La STS 1098/1999, de 9 de septiembre, con cita de la STS de 22 de noviembre de 1994 declara al respecto que «no se ocasionó vulneración del derecho de defensa ni indefensión... por no hallarse asistidos de Letrados en las diligencias de información de derechos ...puesto que la jurisprudencia de esta Sala ha entendido que no es necesaria la presencia de Letrado en tales actos instructorios, lo que es obvio, ya que si los inculpados hubiesen tenido que estar asistidos de abogado en tales diligencias de información, no tendría sentido que en las mismas se les instruyera de su derecho a tal asistencia jurídica.»

A los argumentos del TS debemos añadir nosotros que cuando el artículo 520 LECrim. regula el contenido de la intervención del Letrado y especifica como una de sus facultades la de *solicitar, en su caso, que se informe al detenido o preso de los derechos*, al introducir el inciso *en su caso* el legislador parte de que puede haber tenido ya lugar la instrucción de derechos, plena, ajustada a Derecho, válida y eficaz y sin presencia del Letrado. La solicitud de éste habrá de entenderse referida a los supuestos en los que, bien no se haya practicado la instrucción antes de su intervención, bien aun habiéndose practicado, el Letrado entienda que debe realizarse de nuevo porque no se ha hecho correcta o íntegramente o porque el detenido no los ha comprendido en su integridad.

Como primera conclusión, pues, puede sentarse el principio general de que no es necesaria la presencia del Letrado en la diligencia de instrucción de derechos, sin perjuicio de que dentro de sus facultades entre la de promover la repetición de la práctica de la misma.

c) *La negativa a declarar del detenido expresada en dependencias policiales*

En relación con el punto relativo a si es precisa la asistencia letrada en Comisaría en los supuestos en los que el detenido no quiere declarar, claramente hemos de inclinarnos por la respuesta positiva, toda vez que en el espíritu del artículo 17 CE y del artículo 520 LECrim. late el objetivo de que el detenido esté asistido de Letrado en Comisaría con independencia de que quiera o no declarar.

Conforme a los pronunciamientos del TC y del TS analizados *supra*, la asistencia letrada al detenido está conectada funcionalmente, entre otras, con la finalidad de asegurar, con su presencia personal, que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración y que la integridad física del mismo sea en todo caso respetada. Esta finalidad concurre por el mero hecho de la detención, con independencia de que el detenido desee o no prestar declaración, teniendo pleno significado aun cuando no vayan a practicarse en sede policial diligencias de investigación.

Las mayor parte de las funciones que el artículo 520.6.LECrim. asigna al Letrado, –solicitar, en su caso, que se informe al detenido o preso de los derechos y que se proceda al reconocimiento médico, solicitar la consignación en el acta de cualquier incidencia– responden a cometidos no conectados con la prestación de declaración, por lo que aun no teniendo lugar ésta, pueden seguir siendo necesarias aquéllas.

El nuevo artículo 767 LECrim. introducido por Ley 38/2002, de 24 octubre refuerza esta tesis, pues expresamente declara que *desde la detención... será necesaria la asistencia letrada. La Policía Judicial, el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial recabarán de inmediato del Colegio de Abogados la designación de un abogado de oficio, si no lo hubiere nombrado ya el interesado.*

Es, por tanto, la detención y no la diligencia de declaración del detenido, la que impone la necesidad de contar con la asistencia de un Letrado en sede policial.

#### d) *Entrevista reservada del detenido con su Letrado*

La Ley 38/2002 zanja una vieja polémica acerca de la capacidad del Letrado para entrevistarse reservadamente con su cliente con anterioridad a su declaración en Comisaría. Los trabajos preparatorios de aquel texto legal reflejan la voluntaria exclusión de lo que en el proyecto se proclamaba de forma expresa, esto es, la posibilidad de esa entrevista previa que ahora, sin embargo, sólo se admite en sede judicial (cfr. art. 775). Pese a todo, todavía subsisten algunas dudas interpretativas que aconsejan algunas precisiones.

En efecto, la STS 1500/2000 de 4 de octubre declara que no se deduce de la ley la existencia de un derecho del Letrado a entrevistarse con sus clientes antes de la toma de declaración en Comisaría, sino después al término de la práctica de la diligencia en que hubiese intervenido. En este mismo sentido, la STS 539/1998 de 11 de mayo declara que en modo alguno puede confundirse el derecho a la asistencia letrada, previsto y regulado en el artículo 520 de la Ley Procesal, con el derecho a una preparación con el Letrado de la declaración a prestar.

Por tanto, es claro que no está reconocido el derecho a una entrevista reservada previa a la declaración policial. Así fue también entendido en la Circular 1/2003, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado.

Tras la práctica de esta diligencia, aunque el detenido se haya acogido a su derecho a no declarar en Comisaría y por tanto, aunque la misma haya quedado frustrada materialmente, debe reconocerse este derecho a la entrevista reservada con el Letrado.

El detenido tiene ese derecho a la entrevista reservada porque así se lo reconoce el artículo 520 LECrim., que literalmente se refiere a *entrevistarse reservadamente con el detenido al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido.*

La LECrim. no hace distinciones sobre el resultado de la toma de declaración como condicionante del derecho o no a la entrevista reservada, debiendo por tanto el intérprete seguir el brocardo recogido por Azón: *si lex non distinguit nec nos distinguere debemus.* La diligencia de declaración llega a término tanto cuando el detenido declara como cuando éste manifiesta su deseo de no declarar.

Por lo demás, este punto ya fue objeto de la Consulta 4/1985, de 20 de mayo de la Fiscalía General de Estado, que llegó a esta misma conclusión considerando que *a los efectos prevenidos en el artículo 520, 6, c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el acta en que se recoja la manifestación del detenido de no querer declarar debe considerarse como diligencia practicada, por lo que inmediatamente después de ella puede entrevistarse reservadamente con el letrado designado o nombrado de oficio.*

Este mismo criterio también se siguió con anterioridad en la Consulta de la Fiscalía General de Estado 17 de enero de 1983, sobre «Derecho de asistencia letrada al detenido: su vigencia y contenido durante la incomunicación».

Como argumentos que refuerzan los contenidos en las referidas Consultas parece claro que cuando el legislador quiere excluir este derecho a la entrevista reservada (*odiosa sunt restringenda*), lo dice de forma expresa, y así lo hace en relación con el detenido incomunicado (art. 527 LECrim.).

Podría contra argumentarse que escudándose en esta interpretación el detenido puede conseguir el objetivo de preparar su declaración antes de prestarla, pues efectivamente, ante el Juzgado de Instrucción ya podrá estar «aleccionado». Sin embargo, una vez cerrado el atestado, el legislador renuncia a impedir esta estrategia defensiva, permitiéndola expresamente tal como se deduce del nuevo artículo 775 apartado 2 LECrim., modificado por la Ley 38/2002, de 24 octubre que dispone que *«en la primera comparecencia el Juez informará al imputado, en la forma más comprensible, de los hechos que se le imputan... Tanto antes como después de prestar declaración se le permitirá entrevistarse reservadamente con su Abogado, sin perjuicio de lo establecido en el apartado c) del artículo 527»*.

Por tanto, háyase o no prestado declaración en Comisaría, el detenido puede entrevistarse con su Letrado en el Juzgado antes de prestar declaración. En definitiva, el efecto práctico es el de que, clausurada la fase de declaración en sede policial y sea cual sea su resultado, es admitida la entrevista reservada.

En todo caso, debe recordarse que para los supuestos en que sea legalmente procedente con el fin de evitar posibles efectos perturbadores de la entrevista reservada, cabrá acordar la incomunicación, conforme a lo dispuesto en los artículos 509 y 501 LECrim., reformados tras la reciente LO 15/2003, de 25 de noviembre, 520 bis y con los efectos del artículo 527 LECrim.

## CONCLUSIONES

Coincidiendo con las conclusiones aportadas por la Fiscalía consultantes, debe afirmarse que:

1.º No es preceptiva la presencia del Letrado del detenido en la diligencia de instrucción de derechos en sede policial sin perjuicio de que el mismo pueda promover su repetición.

2.º En caso de detención se impone la necesidad de contar con la asistencia de un Letrado en sede policial, aun cuando el detenido haya manifestado su intención de no declarar.

3.º El detenido, salvo en los supuestos de incomunicación, puede entrevistarse reservadamente con su Letrado, tras su declaración policial o tras su negativa a declarar debidamente documentada.

## Instrucciones

### INSTRUCCIÓN NÚMERO 1/2003 DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO SOBRE ASPECTOS ORGANIZATIVOS DE LAS FISCALÍAS Y SUS ADSCRIPCIONES CON MOTIVO DE LA REFORMA PARCIAL DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

#### I. INTRODUCCIÓN

La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley 38/2002 y Ley Orgánica 8/2002, ambas de 24 de octubre, en aras a lograr una mayor agilización de los procedimientos penales y dotarles de mecanismos de aceleración, introduce en nuestro ordenamiento jurídico un nuevo proceso especial para «enjuiciamiento rápido» de determinados delitos, modifica el régimen jurídico del procedimiento abreviado y del juicio de faltas, y otorga un tratamiento singular a la figura procesal de la conformidad; con un alcance reductor de la penalidad muy cualificado en determinados supuestos.

Con razón dice la Exposición de Motivos de la Ley 38/2002 que la nueva regulación nace con vocación de producir un giro en los hábitos de nuestra Administración de Justicia, y que el Ministerio Fiscal cobra un destacado protagonismo y particular responsabilidad en la eficacia de la reforma.

Efectivamente, el juicio rápido con instrucción concentrada ante el Juzgado de guardia y participación activa del Ministerio Fiscal (art. 797.1), comporta un cambio en la manera de actuar ante los órganos del orden jurisdiccional penal, haciendo pivotar sobre el Ministerio Público una parte esencial de la efectividad de la reforma.

Ese giro en los modos de intervención procesal del fiscal afecta también a la estructura organizativa de las Fiscalías y sus adscripciones permanentes, a la oficina fiscal, a los medios personales auxiliares y materiales con que cuenta.

La actual planta del Ministerio Fiscal, concentrada principalmente en las capitales de provincia y poblaciones sede de adscripciones, precisa adaptarse a la reforma, a las exigencias de una continua y más inmediata intervención ante los numerosos y diseminados órganos judiciales.

Próxima la entrada en vigor de la Ley, estas circunstancias obligan a reconsiderar algunos aspectos del funcionamiento interno del Ministerio Fiscal, de las Fiscalías y adscripciones, de sus integrantes, de la organización, control y registro de los procedimientos en la oficina fiscal. De ahí la conveniencia de elaborar esta Instrucción, sin perjuicio de hacer frente en momento ulterior a cuantas otras cuestiones la experiencia de aplicación diaria de la ley pueda deparar, o a su reconsideración.

## II. ORGANIZACIÓN DE LAS FISCALÍAS: MEDIOS PERSONALES Y SERVICIOS

### 1. Introducción

De lo expuesto, resulta la repercusión de la reforma procesal en el funcionamiento y organización de las Fiscalías, en el servicio de orden penal que desde ellas se presta, y en la intervención de los fiscales ante los órganos judiciales.

Necesario es reconocer que la efectividad de la reforma solo será posible merced al esfuerzo y dedicación de los miembros del Ministerio Fiscal en superar el reto de adaptación que el cambio legislativo supone.

Falta aún el desarrollo reglamentario exigido por el Estatuto de 1981, siendo difícil la aplicación del Reglamento de 1969 al no contemplar la realidad actual del Ministerio Fiscal, y supliendo sus insuficiencias la Fiscalía General del Estado por medio de Instrucciones y Circulares, la adaptación de los órganos fiscales a la reforma procesal penal exige cambios en el funcionamiento del Ministerio Fiscal y Fiscalías, haciendo necesario reconsiderar el número y dotación de las actuales adscripciones para su incremento en un futuro próximo, reordenando organización y plantillas en correspondencia con la distribución territorial de la organización judicial.

En esta línea, la figura de los «Fiscales Delegados de la Jefatura» que pretende instaurar la próxima reforma del Estatuto del Ministerio Fiscal, puede contribuir a tal objetivo de adaptación.

Mientras tanto, la próxima entrada en vigor de la reforma procesal hace preciso revisar cometidos, aprovechar los medios personales del Ministerio Fiscal, y variar la planificación de sus servicios.

### 2. Servicio de Guardia en las Fiscalías

Por Acuerdo Reglamentario 2/2003, de 26 de febrero, el Pleno del Consejo General del Poder Judicial ha modificado el Reglamento 5/1995, de aspectos accesorios de la actuaciones judiciales, en lo relativo a los servicios de guardia.

El Acuerdo del Consejo impone el diseño de un nuevo sistema de guardias –muy pormenorizado– para afrontar las actuaciones judiciales que se derivan de la tramitación de los juicios rápidos, del enjuiciamiento inmediato de determinados delitos en caso de conformidad y enjuiciamiento de las faltas, a la vez que atender adecuadamente al resto de actuaciones y diligencias propias del servicio de guardia. Diferencia distintos grupos de servicios de guardia en función al número de Juzgados con que cada partido judicial cuenta, aunque en síntesis se puede hablar de:

- a) Servicio de guardia de 24 horas y de enjuiciamiento diario de faltas.
- b) Servicio de guardia ordinaria de 48 horas y de enjuiciamiento diario de faltas.
- c) Servicio de guardia semanal y de enjuiciamiento diario de faltas.
- d) Servicio de guardia durante ocho días.
- e) Servicio de guardia permanente en partidos judiciales con un único Juzgado de Primera Instancia e Instrucción.

El nuevo diseño provocado por la reforma procesal, que refuerza sensiblemente el actual sistema de guardias de los Juzgados de Instrucción, afecta directa y notablemente a las Fiscalías, que han de adaptarse al sistema de guardia de los correspondientes órganos judiciales de su territorio.

La prestación del servicio de guardia, en correspondencia con lo dispuesto en el reformado artículo 42.1 del Reglamento 5/1995, es obligatoria para los miembros del Ministerio Fiscal y su personal auxiliar, y la presencia en las guardias de 24 y 48 horas de duración, como en aquellas que impongan un régimen de permanencia, se acomodará al régimen establecido en el Reglamento para el titular del órgano judicial y su personal auxiliar, realizándose en iguales condiciones de permanencia y disponibilidad. La guardia la prestarán tanto fiscales como órganos judiciales de guardia se hayan constituido en la provincia con las excepciones que luego se indicarán.

El Fiscal Jefe, en todo caso, por razones de organización de la Fiscalía podrá encomendar específicamente este cometido a determinados fiscales o funcionarios auxiliares.

La reforma procesal y el sistema de asignación de guardias involucra en el proceso a un mayor número de fiscales ante la participación activa y concentración de actuaciones que la reforma pretende se produzca durante el servicio de guardia en los Juzgados de Instrucción, debiendo atender el fiscal especialmente la tramitación de las diligencias urgentes y procedimiento de enjuiciamiento rápido, formulando en su caso escrito de acusación.

La guardia deberá llevarse a cabo con carácter general por el fiscal adscrito al Juzgado, aunque el Fiscal Jefe puede acordar la alteración de este sistema cuando la organización de la Fiscalía así lo requiera.

En las guardias diarias de 24 o 48 horas, a su término, el Fiscal que haya permanecido prestando el servicio desde las 21 horas hasta las 9 de la mañana, a la vista de las circunstancias y condiciones de especial penosidad en que el mismo se haya desarrollado, podrá, previa comunicación al Fiscal Jefe, dejar de asistir al despacho el propio día de la conclusión de la guardia.

El proyecto de Orden ministerial regulador del servicio de guardias ha previsto un número de fiscales de guardia paralelo al de órganos judiciales, aunque se prevé que el Fiscal Jefe, para la mejor organización de los servicios, pueda acordar que un fiscal simultanee el servicio de guardia de dos partidos judiciales, siempre que el régimen establecido para los mismos sea de disponibilidad y nunca de permanencia. Igualmente ha dispuesto para los servicios de guardia semanal un sistema de guardia de permanencia igual que el establecido para los Juzgados, pero faculta también a los Fiscales Jefes –en atención a la menor carga de trabajo de algunos de ellos y sistema organizativo de Fiscalía– para sustituir la permanencia por un régimen de disponibilidad, simultaneando este servicio de guardia con la realización de otras tareas, facilitando su cumplimiento y restantes servicios de Fiscalía.

Personal auxiliar de Fiscalía colaborará con el fiscal de guardia. Uno de ellos colaborará en el servicio de guardia de permanencia para enjuiciamiento inmediato de faltas, y en los partidos judiciales donde no haya sede de Fiscalía asistirá al fiscal alguno de los funcionarios auxiliares del Juzgado de guardia, que designará el Secretario Judicial.

### **3. Planificación de los servicios en las Fiscalías**

La planificación y organización de los servicios a que debe asistir el Fiscal es otro aspecto que juega un papel fundamental para que pueda llevarse a efecto la reforma procesal penal, dado que la plantilla de Fiscales es muy inferior a la de titulares de órganos judiciales. La citación del fiscal para comparecer a dispersos actos judiciales de los plurales y disgregados órganos judiciales podría impedirlo.

Para evitar estas disfunciones, la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (disposición adicional primera) acordó que el Consejo General del Poder Judicial

dictara un Reglamento para ordenar coordinadamente con el Ministerio Fiscal los señalamientos de juicios orales de procedimientos rápidos por los Juzgados de guardia ante los Juzgados de lo Penal (800.3). Similar previsión recoge para el juicio de faltas (965.2), para ordenar los servicios de guardia de los Juzgados y practicar citaciones coordinadamente con la Policía Judicial, y para citar a comparecencia en el juicio de faltas (962.4 y 796.2).

En ejecución de aquel mandato, el Consejo por Acuerdo 2/2003, de 26 de febrero, modifica el Reglamento 5/1995 de servicios de guardia, y además de diseñar un nuevo sistema de guardias judiciales, exige la adopción de determinadas medidas de coordinación que incidirán de manera positiva en la concentración de esfuerzo que exige la intervención del Ministerio Fiscal.

El deber de coordinación tiene las siguientes manifestaciones:

– El artículo 47.2: el señalamiento de los juicios ante los Juzgados de lo Penal se realizarán conforme a una agenda programada de señalamientos, en un turno semanal de lunes a viernes.

– El artículo 47.4: el establecimiento de protocolos de colaboración de ámbito provincial en el seno de las Comisiones de Policía Judicial y de ámbito de partido judicial.

– El artículo 47.5: creación de la Comisión mixta de seguimiento de los juicios rápidos.

– El artículo 57.2: participación de la Fiscalía en determinar los días de relevo de los Juzgados en servicio de guardia en partidos judiciales con ocho o más Juzgados de Instrucción.

– El artículo 58.1: los Juzgados que prestan servicio de guardia de ocho días, dedicación del octavo día para enjuiciamiento de faltas y celebración de audiencias de los artículos 798 y 800 LECrim. en causas sin detenido.

– El artículo 59.2: elaboración de un calendario mensual anticipado, con concentración de las actuaciones que requieran presencia del fiscal, en partidos judiciales con un único Juzgado en servicio de guardia permanente.

Las Fiscalías a través de estos mecanismos deben actuar procurando se introduzca la máxima racionalidad en los servicios, señalamiento de vistas y comparecencias, que exijan la intervención del fiscal ante los diversos órganos judiciales de su territorio. A tal efecto se deberá remitir a la Inspección Fiscal las actas de constitución de las referidas Comisiones o los protocolos firmados con indicación de los acuerdos adoptados. Lo que tendrá especial trascendencia en los casos a que nos referiremos a continuación.

Parece incuestionable que la mayor dificultad para hacer frente a las exigencias de la reforma, se puede presentar en Juzgados de localidades con elevada carga de trabajo donde no existe sede de Fiscalía, lo que necesariamente va a suponer unos servicios de guardia con múltiples asuntos a atender a través del procedimiento de enjuiciamiento rápido. Prácticamente todos estos juzgados estarán sometidos al sistema de guardia de 8 días de duración (art. 58 Reglamento 5/95).

En este sistema el CGPJ ha diferenciado dos modalidades, una para partidos judiciales con Juzgados de Instrucción puros (en número inferior a 8) y partidos judiciales con jurisdicción mixta que cuenten con más de tres Juzgados, donde establece un sistema de guardia de permanencia, de 9 a 14 horas y de 17 a 20 horas de lunes a sábado, y de 10 a 14 los domingos y festivos. Y otra, para partidos judiciales con jurisdicción mixta que cuenten con dos o tres Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, estableciendo un sistema de guardia de disponibilidad, fuera de la jornada ordinaria de trabajo.

La diversidad de partidos judiciales que se corresponden bajo este sistema de prestación del servicio de guardia hace sumamente difícil establecer unas normas comunes.

Hay que tener en cuenta que bajo este modelo de guardias puede haber adscripciones permanentes donde la plantilla de fiscales no sea suficiente para cubrir todos los servicios de guardia de los Juzgados de su ámbito territorial. En estos casos, el Fiscal Jefe deberá encomendar la realización de la guardia a cualquiera de los fiscales que componen la plantilla de la Fiscalía, sean de la capital o de otra adscripción permanente, completando así el número de fiscales suficiente para cubrir el servicio en todo el ámbito territorial de la adscripción permanente.

Este servicio de guardia requerirá, en cualquier caso, una especial atención por parte del Fiscal en el octavo día –coincidiendo dos Fiscales de guardia–, en el que con horario de 9 a 14 horas y de 17 a 20 horas, se llevarán a cabo las audiencias de los artículos 798 y 800 que durante la semana se hayan programado, y la realización de los juicios de faltas.

Una vez que las Fiscalías determinen conforme a sus necesidades el sistema de guardia procedente en los diversos partidos judiciales de su territorio, cumplimentarán y remitirán a la Inspección Fiscal la ficha de servicio de guardias que se adjunta a esta Instrucción, y elaborarán un cuadro de servicio de guardias para atender los órganos judiciales del territorio, de manera que los Fiscales puedan conocer anticipadamente los días que deberán prestar servicio.

Igualmente, por cada de guardia a su finalización se cumplimentarán los modelos impresos de asistencia que se detallan en los Anexos I y II de esta Instrucción.

Se recuerda el deber de remitir a la Inspección Fiscal las actas de Juntas –ordinarias o extraordinarias– que se celebren en cuanto se proceda a su redacción y firma, lo que debe tener lugar a la mayor brevedad posible.

Especialmente cuidarán enviar los Fiscales Jefes las actas de Juntas convocadas ante la entrada en vigor de la reforma procesal de 2002.

#### **4. Reparto de trabajo en las Fiscalías**

El nuevo reparto de trabajo entre los fiscales, consecuencia de la redistribución de servicios, ha de ser lo más equitativo posible, constituyendo objetivo de la organización de Fiscalía el procurar la mejor prestación del servicio público a la Justicia. Para ello, serán factores a tener en cuenta: los diferentes días que se presta la guardia y su número, la carga que supone el distinto servicio de guardia (celebración juicio de faltas o atención a la tramitación e instrucción de procedimientos por delitos), el lugar donde se presta (en la capital, en sedes de adscripciones, en otras localidades) y su diversa retribución.

La distribución equitativa del trabajo es exigida por el Reglamento de 1969 (art. 108). En cada Fiscalía es diferente la situación geográfica y número de órganos judiciales y partidos, la carga de trabajo, número de fiscales y adscripciones permanentes, pero los servicios de guardia a prestar son relativamente equivalentes en todas ellas.

La distribución del trabajo entre los fiscales de plantilla y la organización de los servicios es competencia del Fiscal Jefe de cada órgano fiscal (art. 18.1 del Estatuto y 108 Reglamento), oída la Junta de Fiscalía. No obstante, de existir discrepancias, quienes se consideren perjudicados –por falta de equidad– pueden acudir al Consejo Fiscal para revisión y, en su caso, modificación de los criterios adoptados (art. 14.1.h. y 24 del Estatuto, 110 Reglamento, Instrucción 1/1987).

La ejecución del servicio de guardia debe rentabilizar la dedicación del fiscal que lo presta. En algunos casos debe permitir variar el habitual régimen de reparto de trabajo para atribuirle al Fiscal de guardia otros servicios que señale el Juzgado durante esos días (sea materia civil o penal).

Por ejemplo, cuando el Reglamento 5/1995 trata el servicio de guardia que se prestará en los partidos judiciales con un único Juzgado de Primera Instancia e Instrucción (art. 59), previene que se concentrará en unas mismas fechas *todas aquellas actuaciones que requieran la presencia del Ministerio Fiscal*, juicios de faltas y audiencias de los artículos 798 y 800. Parece lógico que el Fiscal de guardia, durante la semana que preste el servicio, intervenga en todas las actuaciones ante ese Juzgado, aunque no sean de estricta naturaleza penal.

En línea con la idea de rentabilizar la dedicación de los Fiscales, debe establecerse en Fiscalías y adscripciones el principio general de vinculación del Fiscal al procedimiento informado anteriormente. Esta vinculación será hasta finalizar la calificación de la causa, aunque el Fiscal se traslade a otro servicio o destino dentro de la misma Fiscalía o adscripción. La medida comportará mayor estabilidad en el mantenimiento del destino dentro de las Fiscalías, y asegura la uniformidad de criterio.

### III. ADSCRIPCIONES PERMANENTES DE LAS FISCALÍAS

La Exposición de Motivos de la Ley 38/2002 describe que el proceso especial de enjuiciamiento rápido por delitos tendrá especial impacto en las grandes ciudades, aunque está pensado para que pueda y deba ser aplicado en todos los partidos judiciales de España, con independencia de su tamaño e índice de delincuencia.

De otra parte, la aceleración de la justicia penal que pretende la reforma procesal ha afectado también al enjuiciamiento de las faltas para permitir que, en no pocos casos, el juicio se celebre de inmediato ante el propio Juzgado de guardia o en un breve plazo.

Todo ello incide sensiblemente en la organización del Ministerio Fiscal, que se encuentra distribuido en el territorio de manera muy diferente a los órganos de la Carrera Judicial, siendo el número de Fiscales muy inferior. No existe un Fiscal por cada órgano judicial.

La plantilla del Ministerio Fiscal, aparte las de órganos fiscales de ámbito nacional, se concentra en las capitales donde tienen su sede los Tribunales Superiores de Justicia y las Audiencias Provinciales (art. 19 Estatuto), y en las ciudades sede de las adscripciones permanentes que se determinen reglamentariamente (art. 18 Estatuto).

Adscripciones permanentes existen en las dos Ciudades Autónomas, en localidades con un importante número de habitantes o que disponen de Juzgado de lo Penal, en poblaciones muy distantes de la capital sede de la Fiscalía, y en la mayoría de las islas. Su creación comenzó en 1989, y el número actual de adscripciones —muy inferior al de partidos judiciales— asciende a 76 (RD 995/2002). Las plazas de Fiscales con destino en ellas es de 381.

Frecuentemente, el extenso ámbito territorial que abarca la adscripción no permite a los Fiscales de sus plantillas prestar servicio adecuado a los órganos judiciales que lo integran. Por otra parte, los destinos fiscales en adscripciones tienen una asignación económica relativamente inferior que los de Fiscalías.

También con más facilidad se producen vacantes en sus plantillas, y la cobertura con fiscales sustitutos resulta más duradera. Todo ello hace necesario que desde Fiscalía muchas veces deba atenderse algunos de los órganos judiciales de las adscripciones.

La situación descrita puede incrementarse con la entrada en vigor de la reforma, lo que supondrá un plus de mayor intervención fiscal ante los órganos judiciales penales, últimamente impuesta también por el legislador en áreas distintas a la estrictamente penal.

Muchas adscripciones no son autosuficientes y habrán de colaborar con ellas Fiscales de la capital. Las vacantes por traslado de Fiscales en los concursos, o la simple ausencia del Fiscal titular por enfermedad o disfrute del permiso de vacaciones, repercute más significativamente en la organización del trabajo en la adscripción.

Aunque las plazas de Fiscales en adscripciones son distintas de las de Fiscalía, los Fiscales destinados en ellas dependen a todos los efectos de ésta y de su Fiscal Jefe, quien les puede encomendar también –cuando las necesidades del servicio así lo aconsejen– el ejercicio de funciones ante órganos distintos de los radicados en la Adscripción a que estén destinados (art. 3 RD 671/1989; art. 2 RD 1980/82; y art. 2 RD 298/1996).

De igual manera, todos los Fiscales destinados en la sede de una Fiscalía tienen competencia para actuar –por orden del Fiscal Jefe respectivo– ante cualquier órgano judicial de la provincia, incluidos los radicados dentro del ámbito territorial de las adscripciones permanentes (art. 2 párrafo segundo RD 298/1996).

Esta última previsión legal es concreción de la regla que otorga a los miembros del Ministerio Fiscal capacidad para actuar en cualquier punto del territorio de la Fiscalía (art. 20 Estatuto), pudiendo el Fiscal Jefe acordar su adscripción temporal ante órgano judicial con sede distinta al de la respectiva Fiscalía (art. 21 Estatuto).

La necesidad de apoyar desde las Fiscalías la actuación de los Fiscales de adscripciones permanentes –no sólo en las guardias– resulta inexcusable, más en estos momentos, ante los numerosos servicios a prestar y la insuficiente dotación de muchas de ellas para llevarlo a efecto.

Las adscripciones no constituyen apéndice diferenciado de las Fiscalías, forman parte integrante de las mismas, y no pueden quedar abandonadas a su suerte, como tampoco los Fiscales con destino en ellas, titulares o sustitutos.

El entendimiento de esa responsabilidad hace que los Fiscales Jefes deban adoptar cuantas medidas permitan el efectivo cumplimiento de los cometidos del Ministerio Fiscal en el íntegro ámbito territorial de cada Fiscalía, planificando los servicios y aprovechando adecuadamente los medios personales disponibles sin exclusión, con equitativo reparto de trabajo entre los Fiscales, sean de capital o adscripción, de manera que el reparto aun ponderando la realidad del destino en adscripciones permanentes, evite sobrecargas derivadas de una estricta concepción de distribución meramente territorial.

El despacho de procedimientos de Juzgados del ámbito de la adscripción desde Fiscalía, el destacamento temporal de Fiscales en apoyo del trabajo desarrollado en aquellas, la designación de fiscales de la capital –normalmente con mayor experiencia– para coordinar o dirigir la actividad en la adscripción, una mayor proximidad de Fiscalías y mandos superiores con los integrantes de las adscripciones y sus problemas... pueden configurar algunas de esas medidas.

Esta actividad de apoyo, a su vez, podría tener una adecuada consideración vía asignación del complemento de productividad cuando reglamentariamente se establezca.

#### IV. CUMPLIMIENTO DE PLAZOS

La inmediatez y aceleración en la respuesta estatal ante la delincuencia es una de las finalidades primordiales que persigue la reforma procesal, como dice la Exposición de Motivos de la Ley 38/2002. Este objetivo aparece firmemente desarrollado

en la Ley cuando considera los plazos en que los fiscales deben despachar los procedimientos.

Uno de los deberes primordiales del fiscal es actuar con prontitud (art. 48 Estatuto). Los Fiscales Jefes, por corresponderles la dirección y jefatura de la Fiscalía respectiva (art. 22.4 Estatuto), tienen entre sus deberes el comprobar posibles retrasos en el despacho de causas (art. 114 párrafo 4.º Reglamento 1969), circunstancia que puede originar responsabilidad disciplinaria.

La Fiscalía General del Estado ha manifestado en numerosas ocasiones que la falta de celeridad en la tramitación de los procedimientos penales incide en el Derecho constitucional a un proceso público sin dilaciones indebidas, y que siendo el Fiscal garante de los derechos fundamentales, tiene la obligación institucional de hacer desaparecer las razones de tal tardanza.

El elogiado principio de celeridad, informador del nuevo procedimiento «rápido», exige la formulación oral o escrita de la acusación provisional del fiscal de manera inmediata, o bien en el plazo improrrogable de dos días, una vez abierto el juicio oral (art. 800.2 y 4). De no llevarse a efecto, el artículo 800.5 contempla un *requerimiento al superior jerárquico del Fiscal* para que en dos días presente el escrito que proceda, entendiendo que de no hacerlo considera procedente el sobreseimiento libre.

También el nuevo artículo 781.2, en el procedimiento abreviado, exige del Fiscal –al trasladarle las diligencias previas– la petición de apertura del juicio oral formulando escrito de acusación o el sobreseimiento de la causa dentro del plazo de diez días, susceptibles de prórroga por otro período igual a instancia del Ministerio Fiscal *previa información a su superior jerárquico*.

El apartado 3 del mismo artículo 781, previene que si el Ministerio Fiscal no presenta el escrito en el plazo anterior, el Juez de Instrucción *requerirá al superior jerárquico del Fiscal actuante*, para que en el plazo de diez días presente el escrito que proceda, dando razón de los motivos de su falta de presentación en plazo.

El particular tratamiento legal del control judicial de estos plazos (efecto preclusivo a modo de sanción, sobreseimiento libre sobreentendido contrario a oposita manifestación inmediatamente anterior, requerimientos, dación de motivos...), hace que los Fiscales deban observar especial esmero en no superar los tiempos señalados en ambos procedimientos, para evitar que las drásticas consecuencias recogidas en esos preceptos puedan desencadenarse.

La oportuna comunicación de los fiscales con la superioridad dando cuenta de la imposibilidad de cumplir los plazos legales, y la coordinación de los servicios, debe evitar la aparición de sorpresivos requerimientos, y permitir que los Fiscales Jefes adopten cuantas medidas sean procedentes para –desplegando un esfuerzo institucional– hacer frente de la manera más eficaz al despacho de esas causas, como a continuación se señala y sin perjuicio de cuantas otras se estimen, supliendo deficiencias en los servicios que las Fiscalías establecerán para acomodar su operatividad a las exigencias legales.

En los procedimientos abreviados, cuando el Fiscal considere insuficiente el plazo de diez días previsto en el artículo 780 para calificar la causa (por su complejidad, por la acumulada remisión de otros procedimientos del Juzgado en la misma o inmediatas fechas...), expondrá por escrito los motivos que lo impiden al Fiscal Jefe o a quien éste haya delegado, proponiendo solicitar prórroga del plazo.

En estos casos, por regla general y para cada procedimiento penal, se cursará al Juzgado la petición de prórroga por diez días prevista en el artículo 781.2, pero el Fiscal Jefe o el Fiscal coordinador en quien se delegue controlará que el fiscal encargado despacha la causa prorrogada en tiempo.

Si las circunstancias lo exigieren, o de cumplirse la previsión del apartado 3 del artículo 781, como medida excepcional de apoyo, el Fiscal Jefe podrá designar a

cualquier Fiscal titular –valorando su idoneidad– para colaborar en el despacho de causas de otros miembros de la plantilla, haciendo uso de la facultad prevista en el artículo 26 del Estatuto, oída la Junta de Fiscalía. Se recuerda que la Instrucción 1/1995 contempló la posibilidad de designar Fiscales –como órganos de apoyo– asistiendo en la ejecución de su cometido a los Fiscales Especiales Antidroga (coordinadores a nivel autonómico y a nivel provincial).

En los procesos especiales para enjuiciamiento rápido, de no constituirse acusación particular, la Ley exige la formulación inmediata de la acusación provisional, oralmente o por escrito, en la comparecencia sucesiva y única prevista en los artículos 798 y 800. De existir acusación particular, se otorga un plazo de dos días para tal fin.

La respuesta, por tanto, debe ser inmediata o en plazo legal exiguo.

En el primer caso (acusación particular inexistente) que será el más frecuente, en cuanto se reciba en el servicio de guardia de Fiscalía la copia del «específico atestado policial» que pueda originar la apertura de diligencias urgentes, se procederá a su estudio por el Fiscal de guardia, siendo prioridad los que tengan detenidos que se pongan a disposición judicial, de manera que pronto pueda aventurarse por la entidad de los hechos investigados la posibilidad de tramitar diligencias urgentes y formular acusación provisional en procedimiento para enjuiciamiento rápido.

En estos casos, cuando sea preciso, se contará con el apoyo que puedan prestar los restantes Fiscales de guardia del territorio, o con el Fiscal específico de apoyo que el Fiscal Jefe pueda designar al efecto.

La Circular 1/2003, de la Fiscalía General del Estado, destaca la importancia de la presencia física del Fiscal en la práctica de las diligencias urgentes, y que la «participación activa» (797.1) habilita otros cauces distintos – especialmente en partidos judiciales en los que no existe deber de residencia del Fiscal– a través de la utilización de medios tecnológicos, que permitirán convertir su ausencia física en presencia jurídica, como contempla el artículo 3 del Proyecto de Ley de modificación del Estatuto del Ministerio Fiscal.

La Circular recuerda la vigencia del artículo 202 LECrim. en nuestro ordenamiento jurídico, y la posibilidad de aportación, aún tardía, del correspondiente acta de acusación cuando la falta de presentación obedezca a disfunción organizativa.

Los Fiscales Jefes deberán poner en conocimiento de la Inspección Fiscal los requerimientos que puedan dirigir los Jueces de Instrucción por traspasar en los procedimientos los plazos previstos (arts. 781.3. y 800.5), con breve resumen del incidente y su resolución, así como del uso que se haga del artículo 26 del Estatuto. La asignación del complemento de productividad –cuando reglamentariamente se establezca– podrá considerar el trabajo de los fiscales que colaboren en actualizar causas.

El apartado 3 del artículo 781 alude *al superior jerárquico del Fiscal actuante* como destinatario del requerimiento judicial. Por tanto, el receptor del requerimiento será el Fiscal Jefe de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia o de la Audiencia Provincial según que el fiscal que demore el despacho del procedimiento sea de una u otra plantilla.

De ser el Fiscal Jefe de una Audiencia Provincial el encargado del despacho de la causa, es su superior el Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma. De serlo el Fiscal Jefe de un Tribunal Superior de Justicia, su superior jerárquico es el Fiscal General del Estado. El criterio se ajusta a la interpretación sostenida en la Instrucción 5/1989, sobre el Ministerio Fiscal y los Tribunales Superiores de Justicia, que entiende que los Fiscales Jefes de Tribunales Superiores de Justicia constituyen escalón intermedio entre los Fiscales Jefes de Audiencias Provinciales y el Fiscal General del Estado.

## V. REGISTRO DE CAUSAS PENALES Y ESTADÍSTICA

### 1. Registro

Ante la importancia del transcurso de los plazos, cobra especial interés la acreditación de la fecha en que los procedimientos penales tienen entrada en Fiscalía, así como la rápida puesta a disposición del Fiscal para despacho, una vez registrado.

A la tarea de registro de entrada y salida de procedimientos deberá darse prioridad en la Secretaría fiscal.

El día en que tenga lugar la recepción efectiva del procedimiento en Fiscalía debe quedar reflejado en los asientos de los libros o soportes informáticos de la oficina fiscal (art. 112 y siguientes Reglamento Ministerio Fiscal 1969), sin que haya impedimento para acreditar esta fecha al personal del órgano judicial remitente.

Un acto de constancia de esta naturaleza puede realizarse por el auxiliar de Fiscalía encargado de canalizar la tramitación del procedimiento, por quien ejerza las veces de secretario o se halle autorizado (art. 106 Reglamento 1969, 25 y 41 Ley 30/92). Del sistema obligatorio de registro se deriva el derecho a obtener copia sellada de los documentos presentados ante cualquier organismo (arts. 38 y 35 c, Ley 30/1992).

La Consulta 3/1994 de la Fiscalía General del Estado, sobre notificaciones por correo al Ministerio Fiscal, entendió que «la firma estampada por un miembro del personal auxiliar de la Fiscalía en el acuse de recibo acredita que el testimonio de la resolución se ha recibido en Fiscalía, y ésta es la fecha relevante»... Las actuaciones judiciales del nuevo procedimiento especial para el enjuiciamiento rápido de delitos se registrarán como «diligencias urgentes» (art. 797), abriéndose a tal efecto el correspondiente libro o soporte informático para constancia en sus asientos de los diversos trámites e intervención del Fiscal.

A las diligencias urgentes se abrirá carpetilla, guardando en su interior cuanta documentación genere, y especialmente copia de los escritos de acusación o del acta judicial que recoja su formulación en forma oral, copia de los dictámenes de sobreseimiento o de petición de diligencias.

Las actuaciones judiciales relativas a delitos que han de enjuiciarse por procedimiento abreviado seguirán registrándose como «diligencias previas» (nuevo art. 774), guardando en el interior de la carpetilla abierta al procedimiento copia de los dictámenes del Fiscal.

Los juicios de faltas incoados por cada Juzgado de Instrucción se registrarán en libro o soporte informático, debiendo constar los que se celebren con intervención del Ministerio Fiscal. En los asientos se guardará espacio para reflejar el hecho infractor, la fecha de celebración de la vista cuando tenga efectivamente lugar (lo que deberán comunicar los Fiscales asistentes), y el sentido de la sentencia. En el mismo asiento se hará constar el archivo provisional o definitivo de la ejecutoria. De esta manera, las Fiscalías controlarán el regular dictado de sentencias y su ejecutoria.

### 2. Estadística

Los datos estadísticos correspondientes a incoación, calificaciones, juicios, sentencias, grado y porcentaje de conformidad, en diligencias urgentes y nuevo procedimiento rápido, habrán de ser recogidos junto con los otros datos de procedimientos que deben tratar las Memorias de las diversas Fiscalías, a los que alude la Instrucción 7/2001 FGE, sobre elaboración de la Memoria Anual.

## VI. VISADOS

Para garantizar la unidad de actuación de los miembros del Ministerio Fiscal, y como medida de control interno, el Reglamento de 1969 estableció la figura del visado.

El artículo 116 párrafo 2.º exige que los proyectos de calificación sean visados y corregidos o aceptados por el Fiscal Jefe, que adoptará las medidas pertinentes para que la conclusión primera de la calificación fiscal responda a la realidad del procedimiento, y para que las demás conclusiones sean perfecta aplicación del Derecho positivo a lo afirmado en la primera.

El visado permite corregir errores y subsanar omisiones, aunque siempre debe contrastarse el texto definitivo –impreso o pasado a máquina una vez visado– con el del proyecto, recayendo la responsabilidad sobre el fiscal firmante del escrito que se incorporará a la causa penal.

La Instrucción 1/1987, sobre normas de funcionamiento interno del Ministerio Fiscal, dedicó un capítulo al visado, indicando que la unidad de criterio en la actuación de los Fiscales hace necesaria su conservación. Reconociendo la realidad compleja de las grandes Fiscalías y previendo las adscripciones, autorizó a los Fiscales Jefes a delegar la función de visado de escritos en la forma que más se adecuase a las características de cada órgano, con constante contacto de estos Fiscales delegados con el Jefe.

La Instrucción 6/1992, sobre aplicación de la Ley 10/1992 de medidas urgentes de reforma procesal, mantuvo la exigencia del visado –de acuerdo con la estructura organizativa de cada Fiscalía– en las calificaciones que hubieran de presentarse ante el servicio de guardia (anterior art. 790.1).

La Instrucción 2/2000, sobre aspectos organizativos de las Secciones de Menores de las Fiscalías, impone el deber de visar –aún por delegación– los escritos de alegaciones de los expedientes de menores (de igual forma que las calificaciones en los procesos de mayores) y las solicitudes de sobreseimiento, considerando su conveniencia en los desistimientos del artículo 18 de la Ley Orgánica 5/2000.

Pese al incremento de plantillas producido durante los últimos años, la actividad de control que implica el visado sigue siendo hoy día fundamental para lograr el mantenimiento de la unidad de criterio en las Fiscalías. La magnitud de las Fiscalías –se reitera– hace que el deber de visado del Fiscal Jefe deba delegarse a veces en otros Fiscales, instándose a que en estos casos su número sea el más reducido posible.

El dictamen de visado debe efectuarse con prontitud (art. 48 Estatuto). El visado, y en su caso la subsiguiente corrección de calificaciones, han de respetar los plazos de evacuación de los procedimientos, que no quedan legalmente suspendidos por motivo del control reglamentario de Fiscalía. Por ello, caso de retrasarse el visado de procedimientos más de siete días, deberán los Fiscales Jefes poner en conocimiento de la Inspección Fiscal las razones que lo determinan.

El Fiscal Jefe –al margen de la conveniencia de mantener algunos visados para sí– coordinará a los fiscales en quienes haya delegado la tarea de visado para mantener criterios homogéneos en su función.

Frecuentemente, el Teniente Fiscal esta encargado de efectuar tareas de visado, y en época de vacaciones o cuando reglamentariamente proceda le corresponde sustituir al Fiscal Jefe en esta función (art. 22.4 Estatuto).

La mejor preparación jurídica del fiscal designado debe ser causa determinante para encomendar el cometido de visado.

El visado de causas de las adscripciones puede realizarse desde la sede de la Fiscalía, remitiendo los proyectos de calificación vía fax o por cualquier otro medio,

pero igualmente rápido. También podrá encargarse un fiscal coordinador de la adscripción, u otro fiscal en quien el Jefe delegue, debiendo contrastar ambas cuantas cuestiones controvertidas se planteen.

El Proyecto de Ley que modifica el Estatuto del Ministerio Fiscal, de 2002, prevé la novedosa figura de los «Fiscales Delegados de Jefatura» (anteponiendo esta expresión a otras como decanos o coordinadores), nombrados por el Fiscal General del Estado, a propuesta del Fiscal Jefe respectivo, oído el Consejo Fiscal, con el fin de asumir funciones de dirección y coordinación específicamente encomendadas (art. 22). Los Fiscales Delegados de Jefatura parecen llamados –en su momento– a desempeñar tareas de visado.

El visado –con rúbrica y fecha en que tiene lugar– se reflejará en el proyecto de calificación aceptado que se guardará en la carpetilla (art. 116 Reglamento), sin perjuicio de poder quedar reflejado también en su carátula.

El Fiscal encargado de la causa al que por disconformidad se le devuelva el proyecto de calificación, procederá a su inmediata rectificación. De disentir de la corrección, cuando el visado esté delegado y no se alcance acuerdo tras contrastar pareceres, a la mayor prontitud se acudirá al Jefe para resolver definitivamente la controversia. Pequeñas correcciones se subsanarán por el Fiscal visador sin mayor espera.

Los Fiscales encargados de visado darán cuenta al Fiscal Jefe de las cuestiones jurídicas que susciten dudas. Igualmente de los atrasos en despacho de causas que el visado permita detectar. Del retraso se advertirá al fiscal causante, sin perjuicio de cuantas otras actuaciones puedan derivarse.

Las diferencias de criterio entre fiscales encargados del visado se trataran en junta de todos ellos, decidiendo el Fiscal Jefe sin perjuicio de elevar consulta en su caso a la Fiscalía General del Estado (art. 92.1.3.º Reglamento).

El visado, por su relevante valor, no puede suprimirse, aunque es preciso adaptarlo a la inmediatez y celeridad que pretende la reforma procesal.

En este sentido, las instrucciones internas de los Fiscales Jefes estableciendo criterios de actuación (art. 25 Estatuto) deben permitir homogeneizar la solución de cuestiones sustantivas y procesales que con mayor frecuencia suscita el despacho de causas, aunque no sustituyan la específica labor de revisión de cada proyecto de calificación.

Las instrucciones internas pueden recordar la obligada introducción de datos en las conclusiones de los escritos de acusación, fijar criterios ante cuestiones susceptibles de diferente apreciación, atender los específicos problemas de criminalidad de cada territorio, delimitar márgenes de penalidad a interesar, establecer criterios indemnizatorios...

Los fiscales procurarán remitir al Fiscal Jefe o al encargado del visado el proyecto de escrito de acusación antes de su presentación cuando reconozca los hechos delictivos el acusado (art. 779.1.5.º). Igualmente cuando formulen escrito en el juicio rápido en el plazo de dos días previsto en el artículo 800.4.

Mayores dificultades de visado puede ofrecer la formulación de acusación provisional inmediata, oral o escrita, ante el juzgado de guardia en el juicio rápido (art. 801.2), y muchas veces ese control no será posible. En estos casos, el fiscal de guardia ajustará las calificaciones a los criterios fijados en las instrucciones internas y practicas habituales de Fiscalía, debiendo dar cuenta posterior de los escritos presentados al órgano judicial para ser visado antes de la vista del juicio oral. Quedará copia de ellos, o del acta judicial que lo recogió, en la carpetilla interna abierta al procedimiento.

Los señores Fiscales extremarán el cuidado para que faltas de atención no trasciendan a los datos incorporados a las conclusiones. Alguna sentencia del Tribunal

Supremo ha considerado la nulidad de la calificación fiscal por omisión de la petición de pena.

Para facilitar el visado, cabrá utilizar los medios tecnológicos disponibles: correo electrónico, teléfono, fax, videoconferencia... posibilidad de utilización enmarcada en el ámbito de los actos no estrictamente procesales que refiere la Instrucción 3/2002.

En fines de semana y festivos, en función del número de Fiscales de guardia de cada territorio, las normas organizativas de cada Fiscalía podrán configurar un sistema que asegure la función de visado o consulta, con posible delegación en alguno de los propios Fiscales de guardia en la provincia.

Por último, en aras de evitar dilaciones indebidas, se recuerda a los Fiscales Jefes la conveniencia de cuidar y controlar –incluso a través del visado– la petición de práctica de diligencias en el procedimiento abreviado (art. 780.2, anterior 790.1). La Circular 1/89 exigía que la solicitud sólo se fundase en ausencia de datos que permitieran fijar o asegurar alguno de los elementos integrantes del tipo penal objeto de acusación, pero no en insuficiencia de prueba, cuando ésta podía ser complementada en el juicio oral o en éste podían confirmarse los datos. Igual cuidado debe merecer el informe del Fiscal sobre insuficiencia de diligencias en el procedimiento de enjuiciamiento rápido (art. 798).

## VII. CONFECCIÓN DE EXTRACTOS

El artículo 116 del Reglamento de 1969 impone al Fiscal que solicita la apertura del juicio y califica la causa, la obligación de confeccionar un extracto de las declaraciones de los acusados y testigos, de los informes de peritos y de la prueba documental, que ha de ser suficientemente expresivo para que el Fiscal asistente al juicio tenga conocimiento del contenido de dichos informes, declaraciones y actuaciones.

La Instrucción 1/1987, sobre normas de funcionamiento interno del Ministerio Fiscal, consideró tarea fundamental la elaboración del extracto, exigiendo redacción clara y un especial cuidado en su confección. De incorporar fotocopias, la adecuada ordenación debía permitir su fácil comprensión.

La Instrucción 2/2000, sobre aspectos organizativos de las Secciones de Menores, impuso la confección de extracto al efectuar el escrito de alegaciones, consistiendo en un somero resumen de la prueba al que el Fiscal podía acompañar copia de diversa documentación (atestado, declaraciones, informes...), destacando en ella los apartados o párrafos procedentes para conseguir una adecuada y rápida comprensión.

La confección del extracto corresponde al Fiscal que estudia y hace la calificación. Pretende procurar al fiscal asistente al juicio –frecuentemente distinto– un adecuado y rápido conocimiento de la prueba en la fase de instrucción del proceso, en texto relativamente breve, sin necesidad de reexaminar la causa.

Como su nombre indica, debe ser un resumen o compendio que sintetice significativamente los medios probatorios.

Sin embargo, la necesidad del extracto debe adaptarse a las novedades procesales que introduce la reforma, flexibilizando su realización.

El extracto carece de finalidad si el juicio no tiene lugar. Por ello, no ha de confeccionarse en caso de reconocimiento de hechos y manifestación de conformidad del acusado y su defensa antes de la conclusión de la fase instructora de diligencias previas (art. 779.1.5.<sup>a</sup> LECrim.).

La intermediación, celeridad y participación activa que la reforma exige del Fiscal ante el Juzgado de Instrucción, requiere dotar de la mayor flexibilidad al despacho de

causas para no lastrarlo con la confección de extractos –aún breves– cuando se adviertan indicios relevantes de una solución de consenso, permitiendo reducir la carga de trabajo.

Por ello, no se confeccionará en los procedimientos abreviados cuando por la previa negociación extraprocesal se prevea alcanzar conformidad (art. 784.3), ni en los juicios rápidos cuando se alcance similar previsión fundada de conformidad (art. 800.2 y 4). Tampoco se realizará extracto ni calificación en los supuestos de archivo provisional del 779.1.4.<sup>a</sup>, hasta tanto se reabra el procedimiento tras oír al imputado.

En los juicios rápidos, al tener que presentarse la acusación provisional de inmediato, si las circunstancias lo impusieren, se pospondrá la redacción del extracto.

En todo caso, la copia del atestado que debe entregar la Policía Judicial al Ministerio Fiscal (art. 772.2), subrayando adecuadamente la prueba de cargo que contenga, puede bastar para cumplir el deber reglamentario de confeccionar el extracto cuando el servicio de guardia debe atender un alto número de asuntos, sin perjuicio de adicionar de igual forma copia de declaraciones y documentación del procedimiento. Posteriormente, siempre será posible su incremento para conseguir la finalidad expuesta.

## VIII. PETICIÓN DE SOBRESEIMIENTO Y FUNDAMENTACIÓN

La Instrucción 3/1993, sobre el Ministerio Fiscal y la defensa de los derechos de los ciudadanos a un proceso público sin dilaciones indebidas, consideró que el interés social –cuya adecuada defensa incumbe al Ministerio Fiscal– demanda explicación justificadora de los motivos de petición de sobreseimiento en las causas penales, y que por ello era menester que la petición del Fiscal tuviera a su alcance un razonamiento esclarecedor de la verdadera dimensión del proceso...

La Instrucción 2/2000, sobre aspectos organizativos de las Secciones de Menores, dispuso que los decretos del Fiscal solicitando el sobreseimiento en los expedientes de menores debían contener motivación suficientemente justificadora de la decisión o pedimento, evitando escuetos y formularios dictámenes, exigencia de motivación establecida para los procesos de mayores en la Instrucción 3/1993. Además, extendió el deber de visado a estos proyectos.

Explicar en autos la razón de pedir el sobreseimiento y controlar a través del visado los dictámenes de esta naturaleza, resulta tan necesario como visar los proyectos de escritos de acusación y que estos recojan las conclusiones del artículo 650 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Motivar la petición de sobreseimiento excluyendo formulaciones rituarías de mera cita de artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, e imponer el control de exteriorización de los motivos a través del sistema de visado, permite conocer y valorar las circunstancias determinantes de semejante dictamen, y discrepar, evitando hipotéticas decisiones erróneas o precipitadas. Añade en definitiva, un plus a la intervención transparente y ajustada a la legalidad que del Ministerio Fiscal se espera.

A raíz de la vigencia de la Instrucción 3/93, ambas prácticas no resultan ya extrañas a la mayoría de las Fiscalías y adscripciones.

La aplicación de ambas medidas debe extenderse a todos los casos en que el Fiscal –por iniciativa propia o a instancia del Juzgado– dictamina solicitando el sobreseimiento durante la instrucción de diligencias previas fuera de los trámites ordinarios del artículo 779.

Los Fiscales Jefes cuidarán se cumpla la efectividad de motivación y se produzca el visado de los dictámenes de sobreseimiento, especialmente en los juicios rápidos, ajustándose al sistema de control establecido en Fiscalía para el visado de calificaciones.

En última instancia, en los juicios rápidos los fiscales darán cuenta con posterioridad, como con los escritos de acusación, del dictamen de sobreseimiento formulado, incorporando copia del mismo a la carpetilla del procedimiento.

El nuevo artículo 782.2.b) de la Ley Procesal Penal mantiene la previsión de que el Juez de Instrucción pueda remitir la causa al «superior jerárquico del Fiscal» para que resuelva si procede sostener la acusación cuando el Ministerio Fiscal haya solicitado el sobreseimiento. La reforma ha impuesto en este punto un significativo cambio, el anterior texto aludía al «superior jerárquico del Fiscal de la Audiencia respectiva» (art. 790.4).

Esta previsión remisoria, aplicable al procedimiento abreviado y al procedimiento de enjuiciamiento rápido (art. 800.1), no puede sino entenderse referida al superior jerárquico del Fiscal actuante que solicitó el sobreseimiento.

Abona este criterio la dicción literal del nuevo artículo 781.3, que expresamente alude al superior jerárquico del Fiscal actuante. A estos efectos, se reitera lo expuesto sobre la expresión «superior jerárquico» en el apartado «cumplimiento de plazos».

De la discrepancia judicial con la petición fiscal de sobreseimiento en sumarios ordinarios y procedimientos de jurado conocerá la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia o la Fiscalía General del Estado (arts. 644 LECr. y 26.2 LO 5/1995).

Junto a este control legal-judicial interno, el legislador ha reinstaurado en el procedimiento abreviado, y para el juicio rápido, el control externo del sobreseimiento recurriendo a la posible intervención de los ofendidos no personados en la causa (art. 782.2.a), previsión mantenida para el sumario y procedimiento de jurado (art. 642 LECr. y 26.2 de la LO 5/1995).

El visado de las peticiones de sobreseimiento, y el posible ofrecimiento judicial de la defensa de la acción penal a los ofendidos (art. 782.2.a), ha de contribuir a que planteamientos discrepantes judiciales ante los Fiscales Jefes sean excepcionales.

De producirse, serán puestos en conocimiento de la Inspección Fiscal, con breve resumen del incidente y su resolución, pero los Fiscales Jefes no deberán resolver sobre si procede o no mantener la acusación en tanto el órgano judicial no se pronuncie motivadamente sobre la improcedencia del sobreseimiento interesado por el Fiscal, sin que baste el auto por el que el Juzgado se limite a remitir las actuaciones al Fiscal Jefe (Consulta de 16 de abril 1925).

Por último, cuando se solicite el sobreseimiento en procedimientos por conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, en su caso habrá de pedirse al Juzgado que notifique la pertinente resolución a la Jefatura Provincial de Tráfico por si la conducta mereciere reproche como ilícito administrativo (Instrucción 4/1991 FGE).

## IX. CONFORMIDADES

La reforma ha supuesto importantes novedades en esta materia: la conformidad privilegiada por reducción de un tercio de la pena (art. 801), la conformidad antes de concluir la instrucción de diligencias previas (art. 779.1.5.<sup>ª</sup>), la conformidad conjunta prestada en cualquier momento anterior a las sesiones del juicio oral rectificando el escrito de acusación provisional (784.3), las garantías en la prestación de conformidad (787).

La Circular 1/1989, sobre el procedimiento abreviado, señaló que la introducción del principio del consenso suponía un cambio en los modos de actuación del Ministerio Público para promover soluciones facilitadoras de la sentencia, no apartándose de la legalidad, pero sí utilizando todos los márgenes de arbitrio legal para llegar a situaciones de acuerdo con acusado y defensa, especialmente en las infracciones penales conocidas como «bagatelas». Dispuso que en el ámbito de cada Fiscalía, las pautas para promocionar soluciones consensuadas debían discutirse y establecerse en Junta, con adopción de criterios flexibles, apelando a la responsabilidad del Fiscal, y que la rectificación de calificación al inicio del juicio (art. 793.3) no permitía apreciar hecho distinto del contenido en el escrito de acusación original, aunque autorizaba a suavizar peticiones de forma más aceptable para el acusado (dentro de los términos de la facultad de arbitrio que la Ley autoriza y la interpretación de los hechos permitan legalmente apreciar).

La reforma procesal de 2002, manteniendo el nuevo artículo 787.1 igual redacción que el anterior 793.3, potencia la solución negociada del proceso, debiendo facilitarse en las Fiscalías una relación de los Fiscales de guardia con las defensas, de manera que pueda reducirse o evitarse la práctica de diligencias de instrucción, imprimiendo celeridad a la solución del proceso. A tal efecto se facilitará a los Colegios de Abogados el número de teléfono de la Fiscalía de guardia para que a través del funcionario auxiliar de guardia se establezca un enlace para las comunicaciones con aquéllos.

La conformidad implica aceptación voluntaria de la pena, rehabilitación por arrepentimiento, resocialización por el reconocimiento de la culpa. Pero no hay que olvidar la búsqueda de la verdad material, el interés por la justicia y la sujeción al principio de legalidad, debiendo el Ministerio Fiscal consignar tanto las circunstancias adversas como favorables al imputado en el relato de hechos de la acusación (art. 2 y 650 LECr.). Las anteriores referencias de la Circular 1/1989 siguen teniendo plena vigencia, siendo responsabilidad de cada fiscal la aplicación de la Ley dentro de los límites permitidos.

Las nuevas calificaciones rectificadas –sin apreciar hechos distintos (art. 787.1 y 784.3 párrafo 2.º)– no deben apartarse de los referidos márgenes de arbitrio legal. El nuevo escrito de acusación provisional de conjunta conformidad (art. 784.3 párrafo segundo) que rectifique otro anterior, visado y presentado al Juzgado, deberá ponerse en conocimiento del Fiscal Jefe o de quién ejerza tareas de visado.

## X. DILIGENCIAS INVESTIGADORAS DEL FISCAL

Reguladas tras la reforma en el artículo 773.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el nuevo texto ofrece escasa variación de contenido respecto del anterior artículo 785 bis. De la naturaleza de estas diligencias, y de su compatibilidad con las diligencias previstas en el artículo 5 del Estatuto del Ministerio Fiscal de 1981, se ocupó la Circular 1/1989 de la Fiscalía General del Estado, y también la Consulta 2/1995. Algunos aspectos formales de tramitación de las «diligencias informativas» –como generalmente se denominan– y la exigencia de imprimirles celeridad, principio que informa la reforma del proceso penal, hacen necesaria las siguientes líneas.

La apertura de diligencias informativas penales (art. 5 Estatuto y 773.2 LECr.) debe siempre registrarse en libro o aplicación informática, recogiendo en asientos numerados los datos de incoación, objeto, persona o entidad denunciante, petición de diligencias, resolución final y fechas. Diligencias informativas de naturaleza disci-

plinaria, diligencias preliminares de reforma de menores, asuntos de orden gubernativo, y otras actuaciones que no tengan por estricto objeto la investigación de hechos de aparente carácter delictivo cometidos por mayores de edad, deben tener acogida registral separada en Fiscalía.

Cuando se acuerde remitir las diligencias –debidamente foliadas– al órgano judicial, quedará copia de su contenido y de la denuncia o querrela presentada en la carpetilla interna que se le abrirá, guardándose ordenadamente en la Secretaría de Fiscalía.

El acuerdo de archivo por no revestir los hechos investigados carácter de delito se hará constar mediante decreto debidamente motivado, y las diligencias se guardarán tras dejar constancia de su notificación al denunciante a los efectos de posible reiteración ante el Juzgado de Instrucción.

La notificación del decreto al denunciante se anotará en el libro-registro general de salida, y una copia –con el sello y numeración del asiento y fecha– se incorporará a las informativas junto con el acuse de recibo de la notificación cursada por correo certificado.

Cuando la tramitación de las diligencias informativas no esté a cargo directo del Fiscal Jefe, éste asumirá su supervisión para determinar si se dan en los hechos investigados los mínimos elementos para presumir la existencia de delito.

En aras a imprimir mayor celeridad a la resolución, y dado el valor funcional de las diligencias, se impulsará y simplificará la investigación, sin perjuicio de ser más detallada cuando entren en juego relevantes intereses públicos y sociales, se trate de hechos de gran complejidad, como recoge la Circular 1/89. El Fiscal no está obligado a agotar la investigación, gozando de plena autonomía para decidir en que momento resulta aconsejable la judicialización de las diligencias de investigación (Consulta 2/1995).

En todo caso, los Fiscales Jefes –con la debida reserva– darán cuenta a la Inspección Fiscal del estado de tramitación de las diligencias informativas cuando haya transcurrido más de tres meses desde su incoación, especificando las razones de la falta de conclusión, y cada año en el mes de enero comunicarán el número de diligencias informativas abiertas la anualidad anterior, su finalización o estado de investigación en que se encuentren.

Lo dispuesto se entiende sin perjuicio del tratamiento en la Instrucción 1/1996 de las diligencias informativas abiertas por la Fiscalía Especial para la Represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción, y de las instruidas por los Fiscales Especiales Antidroga (art. 18 bis Estatuto, e Instrucción 1/1995)

## XI. CONCLUSIONES

Sin perjuicio de tener en cuenta todo lo anteriormente expuesto se resaltan seguidamente las siguientes conclusiones:

1. La prestación del servicio de guardia, en correspondencia con lo dispuesto en el reformado artículo 42.1 del Reglamento 5/1995, es obligatoria para los miembros del Ministerio Fiscal y su personal auxiliar, y la presencia en las guardias de 24 y 48 horas de duración, como en aquellas que impongan un régimen de permanencia, se acomodará al régimen establecido en el Reglamento para el titular del órgano judicial y su personal auxiliar, realizándose en iguales condiciones de permanencia y disponibilidad. La guardia, salvo la excepciones que se prevén, la prestarán tanto Fiscales como órganos judiciales de guardia se hayan constituido en la provincia, debiendo

atender especialmente la tramitación de las diligencias urgentes y procedimientos de enjuiciamiento rápido así como a la asistencia de juicios de faltas inmediatos.

2. Las Fiscalías a través de los mecanismos de coordinación establecidos en el Reglamento 5/95 deben actuar procurando se introduzca la máxima racionalidad en los servicios, señalamiento de vistas y comparecencias, que exijan la intervención del fiscal ante los diversos órganos judiciales de su territorio.

3. Los Fiscales Jefes deban adoptar cuantas medidas permitan el efectivo cumplimiento de los cometidos del Ministerio Fiscal en el íntegro ámbito territorial de cada Fiscalía, planificando los servicios y aprovechando adecuadamente los medios personales disponibles, con equitativo reparto de trabajo entre los fiscales, sean de capital o adscripción, de manera que el reparto aún ponderando la realidad del destino en adscripciones permanentes, evite sobrecargas derivadas de una estricta concepción de distribución meramente territorial.

4. El tratamiento legal del control judicial de los plazos (efecto preclusivo a modo de sanción, sobreseimiento libre sobreentendido contrario a opuesta manifestación inmediatamente anterior, requerimientos, dación de motivos...), hace que los Fiscales deban observar especial atención en no superar los tiempos señalados en los procedimientos, para evitar las drásticas consecuencias previstas en la Ley.

5. En los casos de formulación de acusación provisional inmediata en los juicios rápidos, en que no sea posible el visado previo, el Fiscal de guardia ajustará las calificaciones a los criterios fijados en las instrucciones internas y prácticas habituales de Fiscalía, debiendo dar cuenta posterior de los escritos para ser visados antes de la vista del juicio oral.

En las peticiones de sobreseimiento los Fiscales Jefes cuidarán que se cumpla el deber de motivación visando los dictámenes de sobreseimiento conforme al sistema establecido para el visado de las calificaciones.

6. Las actuaciones judiciales del nuevo procedimiento especial para el enjuiciamiento rápido de delitos se registrarán como «diligencias urgentes» (art. 797), abriéndose a tal efecto el correspondiente libro o soporte informático para constancia en sus asientos de los diversos trámites e intervención del fiscal. Las relativas a delitos que han de enjuiciarse por procedimiento abreviado seguirán registrándose como «diligencias previas» (nuevo art. 774). Los juicios de faltas incoados por cada Juzgado de Instrucción se registrarán en libro o soporte informático, debiendo constar los que se celebren con intervención del Ministerio Fiscal.

7. En las Fiscalías se establecerán los mecanismos necesarios para establecer un servicio de enlace que permita la fluida relación con los Colegios de Abogados a los fines previstos en la Ley.

8. Una vez que las Fiscalías determinen conforme a sus necesidades el sistema de guardia procedente en los diversos partidos judiciales de su territorio, cumplimentarán y remitirán a la Inspección Fiscal la ficha de servicio de guardias que se adjunta a esta Instrucción, y elaborarán un cuadro de servicio de guardias para atender los órganos judiciales del territorio, de manera que los fiscales puedan conocer anticipadamente los días que deberán prestar servicio.

9. Los datos estadísticos correspondientes a incoación, calificaciones, juicios, sentencias, grado y porcentaje de conformidad, en diligencias urgentes y nuevo procedimiento rápido, habrán de ser recogidos junto con los otros datos de procedimientos que deben tratar las Memorias de las diversas Fiscalías, a los que alude la Instrucción 7/2001 FGE, sobre elaboración de la Memoria Anual.

## XII

Por último, a los fines de conocer la Fiscalía General del Estado los problemas que suscite la aplicación de la reforma y nuevo proceso especial, se remitirá a la Inspección Fiscal –antes del día 5 de junio de 2003– un resumen de las incidencias surgidas durante el primer mes de su vigencia, sin perjuicio de poner en conocimiento en cualquier momento cuantas cuestiones dificulten la correcta intervención del Ministerio Fiscal y hacer lo propio de forma trimestral a los mismos efectos.

Todos los datos e informes que se solicitan de las Fiscalías deberán remitirse a la Inspección puntualmente, con el fin de tener pleno conocimiento de todo aquello que, de interés, acontezca con ocasión de la entrada en vigor de la reforma introducida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y poder valorar, en cada caso concreto, las necesidades reales de las Fiscalías y efectuar el correspondiente balance, poniéndolo en conocimiento de las diferentes Administraciones que tienen competencia sobre la materia, para que los defectos detectados, en su caso, puedan solventarse adecuada y satisfactoriamente.

## INSTRUCCIÓN NÚMERO 2/2003 SOBRE ACTUACIÓN Y ORGANIZACIÓN DE LAS FISCALÍAS EN MATERIA DE COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL

### I. MARCO DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL

La cooperación judicial internacional constituye en la actualidad un instrumento indispensable para la eficacia de la justicia. En particular, en el ámbito penal, una pluralidad de factores ya expuestos en la Instrucción 3/2001 de 28 de junio, entre los que se encuentran la progresiva eliminación de fronteras en el seno de la Unión Europea y la consolidación de la existencia de una delincuencia organizada de carácter transnacional, ha convertido el auxilio entre autoridades judiciales de distintos países en el mecanismo idóneo y, sobre todo, necesario para la lucha contra la delincuencia.

La extensión del mecanismo de transmisión directa entre autoridades judiciales, que permite en caso de urgencia el artículo 15.2 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia Penal de 1959, generaliza el artículo 53 del Convenio de Aplicación de los Acuerdos de Schengen y se amplía, con la idea de creación de un Espacio Judicial Europeo, en el Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados miembros de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000, implica un crecimiento importante en las demandas recibidas de las autoridades judiciales europeas.

Es un hecho, que en gran número de países europeos la instrucción de los procedimientos penales corresponde al Ministerio Público. De ello se deriva un crecimiento en el número de comisiones rogatorias recibidas directamente en las Fiscalías competentes o en la Fiscalía General del Estado, habida cuenta de la tendencia de las instituciones a la comunicación internacional con su homólogo.

En este sentido, la Recomendación (2000) 19 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el papel del Ministerio Fiscal en el sistema de justicia penal, tras declarar en su Preámbulo que el Ministerio Fiscal desempeña un papel determinante tanto en el sistema de justicia penal como en la cooperación penal internacional, proclama en su principio número 37 que «deberán facilitarse los contactos direc-

tos entre miembros del Ministerio Fiscal de diferentes países en el ámbito de convenios internacionales vigentes o, en su defecto, mediante medios prácticos».

El Ministerio Fiscal, consciente de este nuevo marco, ha de poner todos los medios a su alcance para asumir y desempeñar el relevante papel que en esta materia le está legalmente atribuido.

El Convenio Europeo de Asistencia Judicial firmado en Estrasburgo el 20 de abril de 1959 y completado con el protocolo adicional al convenio de 17 de marzo de 1978, fue ratificado por España el 18 de agosto de 1982, formulando una declaración respecto del artículo 24, según la cual «a los efectos del presente convenio serán consideradas como autoridades judiciales (...) los miembros del Ministerio Fiscal».

Esta condición del Ministerio Fiscal como autoridad judicial a los efectos de cooperación judicial internacional se mantiene en el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen y en el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000, pues ambas normas se configuran como complementarias del Convenio de 1959.

Finalmente, el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal tras la reforma operada por la Ley 14/2003, de 26 de mayo, manteniendo el texto del antiguo artículo 3.14, dispone en el nuevo artículo 3.15 que corresponde al Ministerio Fiscal «promover o, en su caso, prestar el auxilio judicial internacional previsto en las leyes, tratados y convenios internacionales».

Y, en su artículo 16, establece que, sin perjuicio de las competencias encomendadas a otros órganos, «la Secretaría Técnica asumirá el ejercicio o, en su caso, la coordinación de aquellas funciones que las leyes atribuyan al Ministerio Fiscal en materia de cooperación judicial internacional».

Ello implica configurar a la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado, como órgano central del Ministerio Fiscal en materia de cooperación jurídica internacional, correspondiéndole, bajo la supervisión del Fiscal General del Estado, facultades no sólo operacionales sino, lo que es más importante, de coordinación de la actividad del Fiscal en el ámbito de las relaciones internacionales.

Además, la existencia de nuevos instrumentos jurídicos (Convenio de asistencia judicial en materia penal de 2000, Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea relativa de la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros de 13 junio de 2002) y la aparición de novedosas estructuras de cooperación en el ámbito de la Unión Europea (Magistrados de Enlace, Red Judicial Europea, Eurojust, etc.) aconsejan el establecimiento de mecanismos organizativos dentro del Ministerio Público que permitan dar respuesta adecuada y eficaz a las, cada vez más intensas, tareas del Fiscal en el campo de la cooperación judicial internacional.

En este sentido, debe recordarse que en cada una de las Fiscalías Especiales, al menos uno de sus integrantes es punto de contacto de la Red Judicial Europea. En el resto de las Fiscalías, tal y como había sido anunciado en la Instrucción 3/2001, se creó una estructura interna o Red del Ministerio Fiscal en materia de cooperación judicial internacional formada, en cada una de las Fiscalías de Audiencia Provincial y de Tribunal Superior de Justicia, por uno o dos miembros –dependiendo del volumen de asuntos de cooperación de la Fiscalía–, con la excepción de alguna que provisionalmente no cuenta con ningún Fiscal miembro de la Red.

Tras la celebración de la primera actividad formativa de especialización, concretamente el «Seminario sobre Cooperación Judicial Internacional» que tuvo lugar en el CEJAJ en abril de 2002, se comunicó a todos los Fiscales Jefes por oficio de 22 de Julio de 2002 la designación de los puntos de contacto de esta Red Interna.

En esta comunicación, en la que se oficializaba la creación de la Red, se decía que «*como especialistas en cooperación judicial internacional, la idea básica que*

*preside su designación es convertirlos en puntos de referencia para la canalización, orientación y prestación de la ayuda judicial internacional de forma ágil y efectiva».* Igualmente, se concretaba como objetivo de creación de la Red el dar respuesta a las crecientes necesidades que ya se vienen generando en esta parcela y, en general, en el ámbito de la cooperación jurídica internacional.

La desigual experiencia en el tiempo transcurrido desde su creación aconseja establecer una serie de pautas organizativas y de funcionamiento que faciliten la unidad de actuación de los señores Fiscales en esta materia.

## II. ORGANIZACIÓN DE LAS FISCALÍAS

### II.1. Creación de un Servicio Especial de Cooperación Judicial Internacional

Hoy en día resulta incuestionable la complejidad del campo de la cooperación judicial internacional. Esta materia exige no sólo un manejo de los Convenios internacionales, con sus declaraciones y reservas, o un conocimiento y una relación estrecha con las estructuras creadas en el ámbito internacional para el favorecimiento de la cooperación y coordinación del auxilio judicial internacional, sino también un mínimo conocimiento del Derecho comparado, y el dominio de lenguas extranjeras. Ello aconseja la creación de un servicio especial en materia de cooperación judicial internacional que permita realizar las tareas de auxilio internacional con mayor eficacia y exactitud, dado el grado de especialización que el desarrollo de las mismas exige.

La Recomendación REC (2000) 19 del Consejo de Europa en su punto 39 insiste en que «con el fin de mejorar la racionalización y conseguir la coordinación de los procedimientos de ayuda mutua, los esfuerzos tenderán a: a) promover en el conjunto de los miembros del Ministerio Fiscal la conciencia de la importancia de su participación activa en la cooperación internacional; y b) facilitar la especialización de determinados miembros del Ministerio Fiscal en el campo de la cooperación internacional.

Por consiguiente, se procederá al establecimiento de un Servicio Especial de Cooperación Internacional en cada Fiscalía de Audiencia Provincial y de Tribunal Superior de Justicia. Dicho servicio estará integrado por el o los Fiscales de cada Fiscalía que pertenezcan a la Red de cooperación judicial internacional del Ministerio Fiscal, quienes por su formación específica estarán preferentemente cualificados para el desempeño de las funciones que en esta Instrucción se les encomiendan.

Corresponderá al Fiscal Jefe respectivo la determinación del concreto *status* de dicho Fiscal en orden al reparto de trabajo dentro de la Fiscalía, teniendo en cuenta el carácter preferente con que dicho Fiscal debe asumir su cometido dentro de la Red y el volumen de asuntos existentes en materia de cooperación judicial internacional en cada Fiscalía.

En las Fiscalías especiales dicha labor será desempeñada primordialmente y en la medida en que el volumen de asuntos lo permita, por el Fiscal o Fiscales que sean puntos de contacto de la Red Judicial Europea.

La centralización de la cooperación internacional en un servicio especial en cada Fiscalía integrado por los Fiscales pertenecientes a la Red comporta otras ventajas adicionales. Ante todo permitirá a la Secretaría Técnica la realización de la labor de coordinación que en esta materia le atribuye el nuevo Estatuto. Además, la predeterminación que conlleva de la competencia para el despacho de estas materias en los puntos de contacto de la Red interna constituye un medio de agilización de la labor

de intermediación activa que corresponde a los puntos de contacto de la Red Judicial Europea y de la tarea de coordinación que pueda llevar a cabo Eurojust en los asuntos que le sean atribuidos.

Finalmente, se facilita la obtención de la información necesaria sobre omisiones rogatorias en ejecución o sobre el estado de las denuncias con fines procesales realizadas al amparo del artículo 21 del Convenio de 1959, que debe ser proporcionada en determinados casos a la autoridad central.

El ejercicio de las funciones que conforme al apartado tercero les son encomendadas a los Fiscales de la Red, exige que los mismos cuenten con acceso a Internet y correo electrónico además de con una línea telefónica con extensión internacional. En el caso de que alguno de sus miembros no tenga a su disposición en la actualidad las citadas herramientas, los Fiscales Jefes procurarán adoptar cuantas medidas estimen necesarias para la obtención de la dotación de estos medios.

## **II.2. Sistema informático para el registro de asuntos de cooperación judicial internacional**

La necesidad de contar con una información segura acerca del número de comisiones o solicitudes de asistencia judicial responde a dos órdenes de consideraciones: a nivel interno debe contarse con un conocimiento cierto de la incidencia de los asuntos de cooperación judicial internacional en el ámbito de la actividad de los Fiscales y, a nivel internacional, facilitará la respuesta a las demandas solicitadas para las evaluaciones internacionales que periódicamente realizan instituciones de la Unión Europea y el Consejo de Europa sobre el estado y los mecanismos de cooperación judicial internacional en España.

Por estas razones, el Fiscal encargado del servicio de Cooperación Judicial Internacional o el Fiscal o Fiscales integrantes de la Red Judicial Europea en las Fiscalías especiales, asistidos del personal auxiliar necesario, asumirán la llevanza de un sistema informático de Registro de las comisiones rogatorias o solicitudes de asistencia judicial internacional cuya tramitación deba efectuarse en el territorio de su Fiscalía.

En dicho sistema se harán constar, tanto las comisiones rogatorias pasivas, como las activas que se emitan desde su propia Fiscalía.

Respecto de estas últimas, los señores Fiscales deberán poner en conocimiento del Fiscal encargado del servicio de Cooperación Judicial Internacional o del Fiscal o Fiscales integrantes de la Red Judicial Europea, la existencia de cuantas solicitudes de asistencia judicial internacional hayan realizado en el seno de diligencias practicadas en la Fiscalía.

El sistema informático de registro se alimentará con los datos de interés que se extraigan de las correspondientes comisiones rogatorias entre los que habrán de figurar necesariamente los siguientes: el país de procedencia o de destino, la vía convencional utilizada, las personas o datos que permitan la inmediata identificación de la comisión, las principales diligencias practicadas y la fecha de ejecución definitiva de la comisión rogatoria.

A estos efectos, toda comisión rogatoria o solicitud de asistencia judicial internacional que se reciba en una Fiscalía, bien directamente de una autoridad judicial de otro país, de la autoridad central, de la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado o de otra Fiscalía, dará lugar a la incoación de un expediente de cooperación judicial internacional. Dicho expediente constituirá el vehículo formal para la tramitación de la correspondiente comisión rogatoria y facilitará la obtención de una estadística completa y fiable.

A su vez, toda comisión rogatoria que se dirija desde una Fiscalía a una autoridad judicial extranjera originará un apunte en el sistema informático de registro con los datos ya mencionados.

Con el objeto de proceder a la unificación de criterios registrales y facilitar la necesaria homogeneidad a estos efectos, se remitirá desde la Inspección Fiscal a todas las Fiscalías el correspondiente programa informático elaborado conforme a las necesidades antes enunciadas, incumbiendo la efectiva instalación de dicho programa a cada una de las Fiscalías. Además, el uso, almacenamiento, y, en su caso, tratamiento automatizado de tales datos habrá de acogerse a los principios definidos por la LO 15/1999, de 13 de diciembre. Por último, este sistema informático de registro de cooperación internacional deberá ser incluido en la relación de ficheros de datos personales de que dispone Ministerio Fiscal para el cumplimiento de sus funciones, en los términos y a los efectos prevenidos en la Instrucción 6/2001, de 21 de diciembre de la Fiscalía General del Estado.

### II.3. Elaboración de la estadística

Las informaciones obtenidas mediante el citado programa permitirán contar con datos fiables y reales para la creación de una estadística que, conforme a lo dicho, servirá para valorar la incidencia de estas funciones en la cargas de trabajo de las Fiscalías y dar respuestas exactas a las demandas de las organizaciones internacionales en la elaboración de las evaluaciones de las tareas de los Estados en esta materia.

En este sentido, los datos que se obtengan deberán ser objeto de tratamiento en las Memorias anuales de cada Fiscalía y se recogerán de modo unificado y general en el Capítulo III, apartado I) de la Memoria de la Fiscalía General del Estado dedicado a la actividad internacional del Ministerio Fiscal. El Servicio de Cooperación Internacional remitirá anualmente a la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado los datos estadísticos que se obtengan, sin perjuicio de que, excepcionalmente, puedan recabarse los mismos en períodos distintos por razones fundadas.

## III. FUNCIONES DE LA RED DE FISCALES DE COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL

La diversidad de actuaciones que puede llegar a requerir la cooperación judicial internacional y la inexistencia, al margen de fórmulas genéricas como las contenidas en los artículos 3.15 y 16.2 del EOMF, de criterios concretos preestablecidos sobre cuál deba ser el papel a desempeñar por el Fiscal en este ámbito, hacen preciso perfilar, siquiera sea de forma esquemática, las principales funciones que deberán desarrollar los Fiscales integrantes de la Red interna.

En perjuicio de las que la práctica aconseje les sean atribuidas en un futuro, cabe mencionar las siguientes:

- La ejecución o al menos la coordinación y el seguimiento de la ejecución de todas las comisiones rogatorias pasivas que deban, conforme a lo expuesto en el apartado V ser ejecutadas por la Fiscalía en la que presten sus servicios, incluyendo los destacamentos.

- El auxilio, cuando fuera necesario, al resto de los Fiscales de la plantilla en la redacción de las comisiones rogatorias activas, para lo cual contarán, cuando sea útil, con el modelo de comisión rogatoria elaborado por la Red Judicial Europea.

- La colaboración con el resto de los Fiscales en la elaboración de los informes solicitados por los órganos judiciales de su respectiva Fiscalía en materia de cooperación judicial internacional.

- La facilitación de los contactos directos de la Fiscalía con las autoridades judiciales internacionales cuando dichos contactos fueran necesarios para la ejecución o la elaboración de una petición de auxilio judicial internacional.

- El apoyo a los puntos de contacto españoles y extranjeros de la Red Judicial Europea que requieran información sobre el estado de ejecución de las solicitudes de auxilio judicial internacional pendientes, tanto en la Fiscalía como en los órganos judiciales pertenecientes al territorio de su respectiva Fiscalía, ejercitando en su caso la facultad prevista en el artículo 4.1.º del Estatuto Orgánico, procurando la agilización de la ejecución de dichas solicitudes.

- La asistencia necesaria a los Magistrados de Enlace y al Colegio o a los miembros de Eurojust en las tareas que les son propias y cuando fueran requeridos para ello.

- La llevanza del sistema informático de registro conforme se indica en el apartado II.

- El seguimiento de las denuncias recibidas en la Fiscalía conforme al artículo 21 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal de 1959, informando al Ministerio de Justicia en el caso de que la denuncia hubiera sido remitida por éste o al Estado requirente si la hubiera recibido directamente acerca de los siguientes extremos: 1) curso dado a la denuncia: admisión a trámite o no, y en caso afirmativo, Juzgado, tipo y número de procedimiento; y 2) decisión firme adoptada al finalizar el proceso, archivo, condena, absolución o cualquier otra resolución que ponga término al procedimiento.

- Participar en todas las actividades formativas que se organicen u ofrezcan por la Fiscalía en esta materia, procurando también tomar parte en las actividades que se lleven a cabo por otras instituciones españolas o extranjeras en esta materia y en las que se oferte la asistencia a miembros del Ministerio Fiscal.

Precisamente con el objeto de perfeccionar estos conocimientos necesarios para la realización de sus funciones los Fiscales miembros de la Red gozarán en determinados casos de preferencia en la selección para la asistencia a cursos, seminarios y jornadas de formación sobre temas de cooperación judicial internacional o relacionados con ellos en España o en el extranjero.

- Colaborar en la elaboración de estudios destinados al perfeccionamiento y actualización de los instrumentos y herramientas dirigidos a la mejora de la cooperación judicial internacional cuando sean requeridos para ello por la Secretaría Técnica en su labor de coordinación.

- Tomar parte, cuando sean designados para ello, en reuniones internacionales de coordinación de investigaciones penales en alguna materia específica o relativa a asuntos concretos cuyas diligencias se lleven a cabo en el territorio de la Fiscalía a la que pertenecen, debiendo enviar a la Secretaría Técnica el correspondiente informe sobre el resultado o las conclusiones de la reunión.

#### IV. SELECCIÓN, NOMBRAMIENTO Y SUSTITUCIÓN DE LOS MIEMBROS DE LA RED

Habida cuenta de que corresponde a la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado la coordinación de la cooperación judicial internacional conforme a lo dispuesto en el artículo 16 del EOMF, resulta congruente que la designación de los Fis-

cales que como integrantes de la Red van a desempeñar la función de apoyo a la Secretaría Técnica en esta materia, se atribuya al Fiscal General del Estado.

Sin embargo, en la medida que su labor se ejerce en las Fiscalías Territoriales, la misma no puede estar desconectada de las facultades de dirección y distribución de trabajo que corresponde a los Fiscales Jefes.

El oficio de 22 de julio de 2002 comunicó a los Fiscales Jefes los integrantes de la Red, conforme a la convocatoria interna realizada por oficio de 9 de enero de 2002.

Conviene, sin embargo, precisar que esta designación no es permanente y que corresponderá en lo sucesivo a la Secretaría Técnica en su labor de coordinación, la valoración de las tareas realizadas por los miembros de la Red y la propuesta al Fiscal General del Estado de su sustitución por incumplimiento o ejercicio defectuoso de las funciones que se les atribuyen en esta Instrucción. Para ello, y como elemento imprescindible, deberá tenerse en cuenta el criterio del Fiscal Jefe respectivo, quien incluirá en la Memoria anual un informe sobre el trabajo realizado por el miembro de la Red en el ejercicio de sus funciones.

Habida cuenta de la necesaria especialización en la materia podrá ser causa de sustitución como miembro de la Red la no participación sin razón justificada en las actividades formativas que se organicen por la Fiscalía General del Estado para los Fiscales miembros de la Red.

También será posible el cese de las tareas como miembro de la Red a petición propia, con el informe favorable del Fiscal Jefe.

Igualmente cesarán automáticamente en sus funciones en la Red, los Fiscales que por traslado de destino cambien de Fiscalía.

## V. EJECUCIÓN DE LAS COMISIONES ROGATORIAS

### V.1. Tramitación general de las solicitudes de auxilio judicial internacional

Con el fin de facilitar la labor de los señores Fiscales en el despacho de las comisiones rogatorias parece procedente abordar determinadas cuestiones que pudieran plantearse a la hora de llevar a la práctica la ejecución de una solicitud de asistencia judicial internacional. No se trata de realizar un análisis exhaustivo de todas y cada una de las eventuales dificultades que pudieran surgir en su tramitación, sino tan sólo de ofrecer pautas de actuación que permitan mantener criterios unitarios sobre la actividad de las Fiscalías en esta materia.

En este punto es conveniente recordar lo ya expuesto en la Instrucción 3/2001, de la que la actual es continuación, sobre el contenido y las técnicas básicas de cooperación judicial internacional. En particular, ostentando, el Fiscal la condición de autoridad judicial a los efectos del Convenio de 1959 y complementarios, podrá ejecutar por sí mismo con plena autonomía todas aquellas comisiones rogatorias que tengan por objeto funciones de investigación que le corresponden en el ámbito interno.

Estas diligencias, que no han de considerarse como diligencias de investigación y por tanto no están sujetas al plazo de seis meses previsto en el artículo 5 del EOM, pueden ser ejecutadas bien directamente por el Fiscal o bien ordenando su práctica a la Policía Judicial. Sin ánimo de exhaustividad, el Fiscal puede recibir declaración a testigos, víctimas o sospechosos; realizar notificaciones o citaciones; acopiar y enviar documentos, informes policiales y reseñas dactilares y fotográficas; solicitar y enviar informes periciales; enviar en determinados casos cuando la información no

afecte a derechos fundamentales, informes sobre bienes, cuentas corrientes, identidad de titulares de teléfonos, etc.

Por supuesto, también más concretamente, puede autorizar entregas vigiladas o la actuación de agentes encubiertos conforme a lo dispuesto en el artículo 263 bis y 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En el caso de que la comisión rogatoria hubiera sido enviada directamente a la Fiscalía y la única o las únicas diligencias solicitadas afectaran a derechos fundamentales y requiriesen autorización judicial, el Fiscal deberá remitirla a la autoridad judicial, conforme a lo dispuesto en el artículo 18 del Convenio del 59, notificando a la autoridad judicial extranjera remitente quién es el órgano judicial competente para la ejecución de la solicitud. Es conveniente recordar que, además de las disposiciones convencionales mencionadas, el Consejo de la Unión Europea aprobó el 29 de junio de 1998 la Acción Común de Buenas Prácticas de Asistencia Judicial en materia penal, en las que se insiste en la necesidad de acusar recibo de las solicitudes de asistencia y proporcionar al tiempo a la autoridad requirente el nombre y las señas de la autoridad encargada de la ejecución de la solicitud.

En la práctica es frecuente que la solicitud recibida en la Fiscalía contenga diligencias que pueden ser ejecutadas por el Ministerio Fiscal junto a otras que requieran autorización judicial. En estos casos, los señores Fiscales deberán valorar las circunstancias del caso para decidir sobre la remisión total de la comisión rogatoria al Juzgado en caso de que la íntima relación de las diligencias solicitadas o la accesoriadad de las que pueda practicar el Fiscal, aconsejen su ejecución conjunta. La otra posibilidad es la ejecución parcial en cuyo caso, procederán los señores Fiscales a la ejecución de las diligencias que les competan, con devolución a la autoridad requirente de las diligencias practicadas y enviarán a la autoridad judicial la comisión rogatoria para la ejecución de aquellas que requieran autorización judicial, comunicando, en este caso, al requirente este hecho y los datos de la autoridad competente para la ejecución de tales diligencias, tal y como se dispone en el apartado *d*) del artículo 1 de la Acción Común de Buenas Prácticas. En este último caso, el Juzgado puede optar por la devolución directa a la autoridad extranjera de emisión o al Fiscal que una vez recibida deberá enviarla a la autoridad judicial remitente.

## V.2. Devolución de la Comisión rogatoria

Conviene recordar que las comisiones rogatorias, una vez ejecutadas, deben ser remitidas por la misma vía por la que fueron recibidas, es decir, se devolverán bien a la autoridad judicial remitente si se enviaron directamente, bien a la autoridad central si fueron enviadas a través de la misma. La excepción a esta regla se encuentra en el artículo 15 de Convenio del 59 que establece la necesidad de devolución a través de la autoridad central de las comisiones rogatorias enviadas directamente como urgentes, salvo que fuera aplicable el número 4 del artículo 15 por tratarse de diligencias preliminares al procesamiento.

Por ello, a efectos de agilización, los señores Fiscales procederán a remitir directamente a la autoridad central española (el Ministerio de Justicia) o a la autoridad judicial requirente, una vez ejecutadas, las comisiones rogatorias que, procedentes de dichas autoridades, hayan recibido a través de la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado, enviando a esta última, por cualquier medio de comunicación, copia de las diligencias practicadas.

Es preciso destacar que el conocimiento de la autoridad judicial extranjera competente para la ejecución de una petición de auxilio judicial de las autoridades judiciales españolas es en el caso de los Estados de la Unión Europea, perfectamente

identificable a través del atlas judicial europeo –instrumento creado en el seno de la Red Judicial Europea– al cual los miembros de la red tienen acceso al haberseles facilitado las claves necesarias para su utilización que deben asimismo difundir entre el resto de los Fiscales.

En todo caso, siempre que quepa la transmisión directa debe recordarse la posibilidad de envío a través de Interpol.

### **V.3. Lengua de las comisiones rogatorias**

El Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia penal de 1959 establece como regla general la no exigencia de traducción de las solicitudes de asistencia judicial ni de los documentos anexos (art. 16). Sin embargo, España, en declaración hecha a dicho artículo, se ha reservado la facultad de exigir que las solicitudes de asistencia judicial y los documentos anexos que se le cursen se acompañen de una traducción al idioma castellano debidamente autenticada.

Ahora bien, en aquellas ocasiones en que las comisiones rogatorias se reciban sin traducción, los señores Fiscales procederán a su ejecución si ello fuere factible con el objeto de evitar dilaciones innecesarias. No obstante cuando la ausencia de traducción constituya una dificultad insalvable se procederá a su devolución a la autoridad remitente para el cumplimiento de dicho requisito.

Excepcionalmente, entre España y Portugal existe un Convenio bilateral, firmado en Madrid el 19 de noviembre de 1997 (que entró en vigor el 19 de diciembre de 1999) por el que ambos Estados admiten que se remitan las comisiones rogatorias en el idioma original sin necesidad de traducción.

Por otra parte, respecto de la orden europea de detención y entrega, la misma deberá traducirse a una de las lenguas oficiales del Estado miembro de ejecución o a cualquier otra lengua aceptada por éste (art. 8.2 de la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 y art. 3 de la Ley 3/2003, de 14 de marzo), correspondiendo al Juzgado Central de Instrucción, como autoridad judicial de ejecución española, la comprobación de que las recibidas estén traducidas al español y la obligación de proceder de oficio a la traducción de la orden cuando la detención de la persona reclamada sea consecuencia de la introducción de su descripción en el sistema de información Schengen (art. 10.2 de la Ley 3/2003). Por lo tanto, la remisión de una orden europea de detención y entrega exigirá su traducción a una de las lenguas oficiales del Estado de ejecución.

### **V.4. Coordinación de la ejecución de solicitudes de auxilio en territorio de varias Fiscalías**

Puede ocurrir que la ejecución de una determinada comisión rogatoria exija la práctica de diligencias en territorios pertenecientes a diversas Fiscalías. En tales casos, resulta procedente arbitrar un sistema que asegure una tramitación ágil y coordinada y facilite el control último de su ejecución.

Por ello, recibida una comisión rogatoria en una Fiscalía, el Fiscal de la Red, solicitará directamente, a través de cualquier medio de comunicación, incluso el telefónico, el auxilio necesario al Fiscal o Fiscales de la Red destinados en las Fiscalías en las que deban de practicarse diligencias, remitiéndoles, de forma inmediata, copia de la citada comisión a efectos de la realización de las actuaciones que les competan.

En el menor tiempo posible y debidamente, se remitirá las diligencias cumplimentadas. La petición y el auxilio fiscal prestado deberán constar, mediante las oportunas anotaciones, en los expedientes de cooperación internacional incoados.

## INSTRUCCIÓN NÚMERO 3/2003 SOBRE LA PROCEDENCIA DEL RETORNO DE EXTRANJEROS MENORES DE EDAD QUE PRETENDAN ENTRAR ILEGALMENTE EN ESPAÑA Y EN QUIENES NO CONCURRA LA SITUACIÓN JURÍDICA DE DESAMPARO

### I. PLANTEAMIENTO

El creciente incremento de los movimientos migratorios hacia los países de la Unión Europea ha provocado que la política de inmigración pase a estar integrada en el programa de políticas comunes de los Estados miembros. La política común sobre inmigración de la Unión Europea se sustenta sobre una idea básica, ya anunciada en la Conferencia de Tampere y que viene siendo objeto de progresivo afianzamiento: la inmigración legal, promovida desde las Instituciones comunitarias, ha de tener su adecuado contrapeso en la lucha decidida contra cualquier forma de inmigración ilegal y el tráfico de seres humanos. En especial, se han de extremar las precauciones para que el sistema de derechos y garantías de los Estados de la Unión Europea no pueda ser fraudulentamente utilizado por los infractores de las respectivas legislaciones de extranjería para forzar una residencia de todo punto improcedente.

Un ejemplo evidente de lo que se acaba de exponer se refleja en el tratamiento jurídico y asistencial que, hasta la fecha, se está dando en España a la avalancha de extranjeros menores de edad e indocumentados, que, sin familia ni medios de vida, acceden ilegalmente a nuestro país por los más variados medios. La situación en que se encuentran estos menores determina, por regla general, la tutela automática de la Administración y, como consecuencia, la futura residencia legal en España.

Los datos ofrecidos por la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración demuestran la gravedad del problema. En el año 2002 los organismos públicos de protección acogieron a 6.239 menores extranjeros no acompañados –un 56 por 100 más que el año anterior–, con una tasa estimada de crecimiento anual de 1.000 menores. La mayor parte de ellos proceden de Marruecos. Concretamente 4.738 llegaron de este país, lo que representa un 75 por 100 del total y un incremento del 86 por 100 respecto al año 2001. Estas cifras han de ponerse en relación con otras estadísticas oficiales, con arreglo a las cuales, en el año 2000, la población marroquí superaba los 28.700.000 habitantes, de los que el 32 por 100 tenía menos de 15 años. Ello conduce a una cifra de 9.184.000 niños menores de 15 años. De éstos el 40 por 100 se encuentra sin escolarizar, –y su familia en una precaria situación económica–, viéndose empujados a emigrar a edades cada vez más tempranas.

Hemos de ser conscientes de que los recursos materiales de los llamados países de acogida, entre los que se encuentra España, no son ilimitados, ni pueden asumir los actuales flujos migratorios sin poner en peligro su bienestar económico.

Las entidades españolas de protección nunca van a disponer de los ingentes medios personales y materiales que serían necesarios para atender a todos los menores de edad que intentan acceder irregularmente a nuestro país, ni los tejidos productivos de la sociedad española serán capaces de absorberlos.

Por lo demás, no podemos más que constatar el desbordamiento del sistema español de protección de menores frente a un colectivo humano que, en la mayoría de los casos, rechaza sistemáticamente la escolarización y las atenciones que se le ofre-

cen en los centros públicos. Ello es congruente con la precaria situación que les impulsa a la aventura de la inmigración clandestina. Frente a aquellos otros casos en que la entrada regular permite un proceso de escolarización que conduce a la integración social del joven, el objetivo del menor irregular no es llegar a España huyendo de una situación de desamparo afectivo, sino con la esperanza de incorporarse al mercado de trabajo y, en su caso, ayudar con sus ingresos a su familia de origen. Sin embargo, por razones obvias, la mayor parte de ellos sólo consiguen ser explotados por personas sin escrúpulos o convivir en la marginalidad y la delincuencia.

La Fiscalía General del Estado no puede permanecer indiferente ante este problema de dimensiones sociales, económicas y culturales imprevisibles. Tampoco puede permitir que la minoría de edad se convierta en la coartada legal que legitime la violación sistemática de las normas jurídicas del Estado, asegurando por sí sola, a través de una mecánica declaración de desamparo, la residencia en España de todos los extranjeros menores de edad que acceden ilegalmente a nuestro país. Lo impiden, tanto exigencias inherentes a las más elementales reglas de convivencia, como el sentido mismo de las instituciones tutelares. El ya apuntado desbordamiento de los servicios sociales españoles puede generar a medio plazo que su función primordial, esto es, la asistencia a menores efectivamente desamparados, resulte irrealizable ante la necesidad de atender casos en los que no concurren los presupuestos que justifican la atención tuitiva. No se trata, pues, de cerrar las puertas a aquellos jóvenes extranjeros cuya desesperada situación familiar y social reclama una atención preferente por parte del sistema de protección social. Lo que se busca mediante la presente Instrucción es contribuir a racionalizar la capacidad de asistencia de las autoridades españolas. Y lo hace en el ámbito funcional que es propio de la Fiscalía General del Estado, unificando un criterio hasta ahora disperso, cuya mejor muestra es la ocasional interposición por alguna Fiscalía de recurso contencioso-administrativo con el objeto de impugnar la decisión de retorno al alcance de las autoridades administrativas.

Conviene, pues, realizar dos afirmaciones iniciales orientadas hacia ese objetivo antes indicado: a) la minoría de edad, sin el referente de una persona de mayor de edad, no debiera asegurar por sí sola una declaración de desamparo; b) la figura del retorno o devolución puede ser aplicada a los extranjeros menores de edad que accedan ilegalmente a nuestro país.

Han de ser ambas premisas las que permitan en lo sucesivo a los señores Fiscales el examen de los supuestos que sean sometidos a su consideración. Sólo mediante la adecuada ponderación de los presupuestos que definen el desamparo, se estará poniendo el sistema tuitivo al servicio de los casos que preferentemente reclaman la atención asistencial de los poderes públicos. Lo contrario, esto es, la resignada aceptación de una estadística en imparable progresión y de unas cifras expresivas de la incontrolada avalancha de inmigrantes clandestinos menores de edad, puede suponer la parálisis del sistema asistencial, con la consiguiente frustración de los fines que le son propios.

## II. EXTRANJERO MENOR DE EDAD Y DECLARACIÓN DE DESAMPARO

Antes de adentrarnos en el análisis de la legislación estatal y autonómica aplicable a los extranjeros menores de edad, se hace preciso definir qué se entiende por extranjero a los efectos de la legislación de extranjería y quiénes, de entre ellos, pueden ser atendidos en los centros españoles de protección, ya que la emancipación, legal o de hecho, del menor de edad veta cualquier tipo de intervención pública.

### A) Concepto de extranjero

Tradicionalmente, la condición de extranjero se ha venido definiendo, de una forma bastante simple, por oposición al concepto de nacional. Éste ha sido el criterio acogido en el artículo 1.1 la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (en adelante Ley de Extranjería o LE), para señalar que «se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española».

Sin embargo, hoy en día asistimos a un proceso ya consolidado de creación de comunidades supraestatales en las que los Estados miembros entregan parte de su soberanía originaria para, entre otras cosas, reconocer a los ciudadanos de la Unión el derecho a la libre circulación y residencia dentro de los límites territoriales de cualquiera de ellos. Por esta razón el número 2 del artículo 1 LE hace la salvedad de que «lo dispuesto en esta Ley se entenderá, en todo caso, sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los Tratados internacionales en los que España sea parte».

Concretamente, el Tratado Maastrich, de la Unión Europea, de 7 de febrero de 1992, creó la que denomina *ciudadanía de la Unión*, complementaria y no sustitutiva de ciudadanía nacional (art. 17 del Tratado de Roma), que permite a todos los ciudadanos de la Unión a circular, residir (art. 18 Tratado de Roma) y trabajar (art. 39) en cualquiera de los Estados miembros.

Esta nueva nacionalidad supraestatal evidentemente no modifica el concepto tradicional de extranjería, pero sí que nos obliga a distinguir entre los nacionales de uno de los Estados de la Unión, que tienen un específico régimen jurídico, y los extranjeros propiamente dichos, o nacionales de países extracomunitarios, que son los genuinos destinatarios de la legislación encaminada a mantener dentro de los límites de lo razonable los actuales flujos de población entre países.

### B) Minoría de edad del extranjero

La respuesta jurídica del Estado no es la misma para los inmigrantes ilegales mayores o menores de edad, siendo mucho más rígida con los adultos que con los niños o jóvenes que acceden irregularmente a nuestro país.

No se trata de incidir sobre el procedimiento para acreditar la edad biológica del extranjero indocumentado, materia que ya fue tratada por la Instrucción 2/2001, de 28 de junio, a la que desde aquí resulta obligado remitirse. Tampoco, se trata de recordar la vigencia de algunos preceptos legales, no siempre debidamente considerados en el momento del juicio ponderativo sobre la mayor o menor edad. Es el caso del artículo 9.1 del Código civil, conforme al cual, la mayor edad se rige por la ley nacional del sujeto, por lo que, en puridad de principios, no será la legislación civil española, sino la del país de origen la que determinará la menor o mayor edad del extranjero en España. Teniendo presente que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el contenido y vigencia del Derecho extranjero debe ser objeto de prueba en juicio, sin perjuicio de que el propio Tribunal pueda valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación.

Pese a todo, está fuera de dudas que las circunstancias en que se produce la entrada clandestina descartan cualquier solución basada en principios de corte teórico acerca de la carga de la prueba o el examen de soluciones jurídicas comparadas. Pero también es claro que la existencia de una posible referencia cronológica inferior a los 18 años no es impensable en algunos países. Basta para ello repasar la legislación internacional, nacional y autonómica aplicable a la materia.

El artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, considera menor de edad a «todo ser humano menor de dieciocho años, *salvo que, en virtud de ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*»; para el artículo 12 de la Constitución española, son los españoles quienes adquieren la mayoría de edad a los dieciocho años; el artículo 1 de la LO 1/96, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, claramente advierte que sus normas se aplicarán a «los menores de 18 años que se encuentren en territorio nacional, *salvo que en virtud de la Ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad*»; pronunciándose en parecidos términos el artículo 2 de la Ley de la Comunidad Canaria 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores o el artículo 2 de la Ley cántabra 7/1999, de 28 de abril, de Protección de la Infancia y la Adolescencia.

Como quiera que la inmensa mayoría de los Estados fija el límite biológico de la mayoría de edad en los dieciocho años, suele ser usual, en los casos de interceptación de inmigrantes ilegales, que, una vez constatado que aquélla todavía no se ha alcanzado, se proceda, sin necesidad de mayores comprobaciones, a la automática aplicación de los mecanismos tuitivos previstos en la legislación española. Este entendimiento, inspirado en el más rígido de los automatismos, olvida, sin embargo, que la minoría de edad no es el único elemento necesario para someter a la legislación española de protección de menores a una persona determinada, pues a la menor edad del sujeto habrá de añadirse la incapacidad civil de obrar. O dicho de otro modo, las normas estatales o autonómicas de protección de menores no pueden ser aplicadas a los menores de edad emancipados.

Nótese que «la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor...» (art. 323 CC), razón por la que la Ley 1/1995, del Principado de Asturias, señala en su artículo 22 que con carácter general las medidas de protección establecidas en la presente Ley cesarán, entre otros motivos, por la habilitación de edad; el artículo 17 f) de la Ley 7/1995 de las Islas Baleares, dispone que las medidas de protección descritas en el artículo 15 se extinguen por la emancipación del menor por concesión judicial; o el artículo 37 a) de la Ley 4/1998 de la Comunidad Autónoma de La Rioja, dice que las medidas de protección señaladas podrán cesar por emancipación.

De acuerdo con esta idea, los menores de edad extranjeros podrán beneficiarse de las normas de protección de menores en tanto carezcan de la capacidad civil de obrar, esto es, siempre que sean menores de dieciocho años y no puedan entenderse emancipados. Carecería de sentido que las entidades públicas de protección no pudieran intervenir sobre los españoles mayores de dieciséis años que, con consentimiento expreso o presunto de sus padres, tengan un trabajo remunerado por cuenta ajena (vid. art. 7 b) del Estatuto de los Trabajadores), viven de forma independiente (art. 319 CC), o incluso, habiendo contraído matrimonio, tienen su propia familia (art. 316 CC) y, sin embargo, estuvieran obligados a hacerlo sobre los extranjeros que se hallen en las mismas condiciones personales. En definitiva, respecto de aquellos que pretenden la entrada clandestina sin estar acompañados de sus padres, no cabe imaginar otra prueba más notoria de vida independiente que ésta.

De lo expuesto podemos colegir que la Administración española no está obligada a asumir la tutela automática de todo extranjero menor de 18 años de edad.

Los mecanismos de protección de menores sólo habrán de ponerse en marcha una vez que se haya comprobado la presencia de una efectiva situación de desamparo, pues no resulta razonable que aquellos que son tratados como adultos en su propio país de origen, regresen a la infancia nada más traspasar los límites físicos de nuestras fronteras.

### III. SITUACIONES DEL MENOR EXTRANJERO EN ESPAÑA

La idea de que todo extranjero menor de edad no acompañado se encuentra en una palmaria situación de desamparo ha llegado a convertirse en un axioma incontrovertible –sin duda propiciado por el tenor literal del artículo 62 del RE–, del que se derivan dos consecuencias encadenadas, la tutela automática de la Administración y la regularización de su situación ilegal en España.

Sin embargo, esta forma de proceder no puede ser compartida, pues la declaración de desamparo nunca es automática y, además, resulta discutible que todos los menores que carezcan de la asistencia de un mayor de edad se encuentren desamparados.

#### A) La declaración de desamparo nunca es automática

El desamparo es un concepto abierto e indeterminado, circunstancial y mutable, que, por la gravedad de las consecuencias jurídicas que lo acompañan, se ha de acreditar por los organismos públicos de protección caso por caso y tras la tramitación contradictoria del oportuno expediente administrativo. La tramitación del expediente administrativo no es baladí, pues durante la misma se pretenden alcanzar las siguientes fases o utilidades:

- En primer lugar, han de ser atendidas las necesidades inmediatas del menor, con suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria, que asumirán, por ministerio de la ley, los organismos públicos de protección;

- Después, se intentarán acreditar de forma individualizada las deficiencias que plantea la situación personal, familiar, psicológica y social del menor, y que aconsejaron la intervención administrativa.

- Y, por último, se procederá a diseñar el plan de actuación administrativa más adecuado para paliar los problemas concretos planteados (tutela administrativa y acogimiento residencial; acogimiento familiar, simple o preadoptivo; reintegro en su familia de origen, etc.).

No todos los expedientes abiertos por la Administración acaban con una declaración de desamparo. Muchos de ellos resultan archivados por no haberse confirmado suficientemente las circunstancias que motivaron su incoación o por haberse modificado aquéllas a lo largo de la tramitación del expediente. Por tanto, aunque nos hallemos frente a uno de los supuestos de desamparo taxativamente enumerados en la legislación autonómica de protección de menores (*vid.* p. ej., art. 23.1 Ley andaluza 1/98, de los Derechos y la Atención del Menor) la declaración de desamparo nunca es automática. La comprobación indiciaria de uno de los supuestos tasados de desamparo justifica, en principio, la intervención cautelar e inmediata de la Administración, pero ni los supuestos se agrupan en un catálogo cerrado o *numerus clausus*, ni hacen prueba *iusuris et de iure*, que releve a la Administración de tramitar el correspondiente expediente administrativo (art. 172.6 CC, implícitamente).

Además, no basta la constancia actual de una situación de desprotección para que ésta lleve inexorablemente al desamparo, pues el incumplimiento de los deberes de protección que lleva a la declaración administrativa de desamparo ha de tener una vocación de permanencia en el tiempo. No son suficientes las situaciones episódicas de desprotección en que pueda encontrarse un menor de edad para justificar la adopción de las graves medidas que, sobre él y su familia, entraña un proceso jurídico de desamparo.

En estos casos, la intervención de la entidad pública competente, –sin declaración jurídica de desamparo y a instancias de los padres, tutores o Autoridad Judicial–

se limita a asumir la guarda temporal del menor mientras subsistan las circunstancias que impiden a sus padres o tutores prestarle la debida atención y cuidado (arts. 172.2 CC y 19 LO 1/1996).

Haciendo traslación de estos razonamientos al objeto que nos ocupa, se puede concluir afirmando que la presencia de un menor de edad, español o extranjero, sin la referencia de una persona adulta en el territorio nacional no es igual a desamparo, ni éste tiene por qué ser declarado automáticamente por la Administración. El desamparo sólo puede ser estimado a la conclusión del expediente administrativo, sin perjuicio, claro está, de que se puedan adoptar las medidas cautelares de protección que se consideren necesarias en cada caso.

## **B) La menor edad sin asistencia no es igual a desamparo**

Conforme al razonamiento del anterior apartado, el desamparo se fundamenta en situaciones de hecho de muy difícil concreción legal, razón por la que el artículo 172.1 CC ofrece un concepto de desamparo lo suficientemente amplio y flexible como para abarcar la diversidad de supuestos que se nos puedan presentar. Dice el artículo 172.1 CC que, «se considera situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material».

En esta definición legal se pueden distinguir claramente dos elementos: un elemento objetivo, el incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección, y otro subjetivo, la falta de asistencia moral o material que sufre el menor de edad.

La concurrencia de ambos presupuestos en cada caso concreto es imprescindible para que resulte jurídicamente viable una declaración administrativa de desamparo, de ahí que el mayor de dieciséis años que vive de forma independiente, como contempla y permite el artículo 319 CC, sin recibir la asistencia moral y material inherente a la patria potestad (elemento subjetivo) no pueda considerarse técnicamente desamparado. Y a la inversa, podemos encontrar situaciones de desamparo en el marco de relaciones paternofiliales, de tutela o guarda, cuando las personas que las tengan atribuidas se muestren incapaces física, moral o económicamente de cumplir con sus deberes legales de asistencia (elemento objetivo).

Parece claro, pues, que del mismo modo que el absentismo escolar no siempre da lugar a una declaración de desamparo, tampoco hay por qué caer en el automatismo a la hora de entender desamparados a todos los extranjeros menores de 18 años que, sin familia, intentan acceder a España. No faltarán casos en que estos menores sean empujados y alentados a emigrar por su propia familia, que obviamente no aspira a su retorno, ni los reclama, puesto que su deseo no es «velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral» (art. 154.1.º CC), sino que continúen en el extranjero con la esperanza de que consigan un trabajo con el que puedan ayudarles a mejorar sus precarias condiciones vida.

Los efectos de ese automatismo pueden llegar a ser más nocivos que el mal que se pretende evitar. El inabarcable número de menores que cruzan la frontera subrepticamente está generando el indeseable efecto de que los centros de protección españoles no atienden a las expectativas vitales del inmigrante menor de edad. A menudo los menores extranjeros se sienten engañados, desconfían de la atención que se les presta, entienden el ingreso en el centro de protección como una especie de sanción privativa de libertad, una amenaza para su estancia en España y una pérdida de tiempo, por lo que se fugan nada más ser ingresados, adentrándose en un submundo donde abunda la marginación social y la delincuencia.

En definitiva, no es cierto —como se ha expuesto *supra*— que todos los extranjeros menores de 18 años de edad que se encuentran en España sin el referente de una persona adulta se hallen en situación de desamparo, y tampoco lo es que la legislación española de extranjería prohíba el retorno o devolución de los mismos. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 60 LE, los extranjeros menores de edad que sean interceptados por las autoridades españolas en el acto de entrada ilegal en España, salvo que se aprecie en ellos una especial situación de desamparo, deben ser retornados a su punto de origen en el plazo más breve posible. Si el retorno fuera a demorarse más de veinticuatro horas, la autoridad gubernativa lo comunicará al Fiscal de Menores quien, dentro de las cuarenta y ocho horas de la detención se dirigirá al Juez de Menores competente para que autorice el internamiento en el centro de menores que designe la correspondiente Comunidad Autónoma (arts. 45 y 46 LO 5/2000), hasta que llegue el momento del retorno (art. 60.1 LE).

## V. CONCLUSIONES

Por cuanto antecede, en los casos de interceptación de la entrada clandestina de inmigrantes menores de edad, los señores Fiscales habrán de acomodar su intervención a las siguientes consideraciones:

1.<sup>a</sup> Salvo prueba en contrario (art. 281.2 LEC), los extranjeros mayores de dieciséis años que viven independientes de sus padres y con el consentimiento de éstos (art. 319 CC), tienen capacidad para regir su persona y bienes como si fueran mayores de edad (art. 323 CC).

2.<sup>a</sup> En tales casos, no será procedente entender que concurre la situación jurídica de desamparo, con las consecuencias legales que ello conlleva en el régimen jurídico de la repatriación del extranjero.

3.<sup>a</sup> La detención de los extranjeros menores de edad que pretendan entrar en España será notificada inmediatamente, y en todo caso dentro de las veinticuatro horas, a los Fiscales de Menores (art. 17.1 LO 5/2000). Los señores Fiscales, salvo en aquellos supuestos excepcionales en que aprecien una palmaria situación de desamparo, dictaminarán a favor del retorno del menor a su punto de origen a la mayor brevedad posible (art. 60.1 LE).

4.<sup>a</sup> En el caso de que el retorno no pudiera llevarse a cabo dentro de las cuarenta y ocho horas de la detención, el Fiscal de Menores se dirigirá al Juez de Menores para que autorice el internamiento en el centro de menores que designe la correspondiente Comunidad Autónoma.

5.<sup>a</sup> El Fiscal que, en atención a la excepcionalidad de las circunstancias concurrentes, se propusiera interponer un acto impugnativo contra la decisión administrativa de repatriación del menor de edad no desamparado, habrá de contar con la autorización expresa del Fiscal Jefe, quien, a la mayor urgencia posible, elevará informe motivado al Fiscal General del Estado argumentando las razones que avalan la procedencia del recurso.

## BIBLIOGRAFÍA

SANZ DELGADO, Enrique: *El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*. Ed. Edisofer, Madrid, 2003, 322 páginas

En un relativo breve espacio de tiempo, lógico por otra parte, para elaborar ciencia, mi discípulo el profesor Enrique Sanz Delgado, nos ofrece un nuevo libro referido a la materia del Derecho penitenciario. Si las prisiones privadas fue su doctoral investigación, celebrada como única en nuestra literatura, completa y acabada, ejemplo y punto de arranque de otros ajenos trabajos, el texto que hoy comento, relativo al humanitarismo penitenciario, centrado en el siglo XIX español, es la consagración de un penitenciarista fuera de serie.

Hoy ya no se escriben monografías de la especialidad como la presente. Ahora se busca la crítica sin fundamento, en el peor de los casos, o el análisis técnico de las instituciones y preceptos legales, en metodología más correcta. Pero abordar de manera exhaustiva la filosofía intrínseca de la histórica reforma penitenciaria española desde otra luz, como aquí se ha efectuado, no tiene cabida en las publicaciones científico-penales del momento. Para dar a conocer una obra como la actual hay que estudiar mucho, estar convencido de los resultados obtenidos y escribir muy bien. Todo ello se reúne armoniosamente en este estudio.

¿Qué ha hecho el autor para presentarnos una investigación tan lograda? En primer lugar, entiende que el sentido humanitario impregna cualquier avance carcelario en nuestro país. Y no es una suposición gratuita. La demuestra esforzadamente analizando, desde las originarias formas de cumplimiento de la pena privativa de libertad, el sentido corrector y sensible de aquel principio rector, la humanidad en la ejecución penal, y su engarce en preceptos específicos de las normas que van desbrozando la diferenciación española respecto a otras legislaciones del momento (pp. 53 y ss.). Cuando la aplicación de los castigos a minas, presidios o arsenales aparece más oscura, siempre sabe advertir el profesor Sanz Delgado la raíz de progreso entre tanta hojarasca con atisbos de rigor propios de la época (pp. 118 y ss.).

En segundo término, el estudio busca la verdad del sistema progresivo de cumplimiento de penas. Reivindica su importancia, anula las críticas difamatorias que ha recibido y demuestra la relación directa entre la tarea práctica de los grandes reformadores penitenciarios (Abadía o Montesinos) y la clara mejora de nuestras instituciones (pp. 161 y ss.). Sin aquéllos no hubiera existido ésta.

En tercer lugar, al emprender la exposición e interpretación de nuestras señeras Ordenanzas y Leyes del XIX, sabe el autor distinguir machadiana-

mente las voces de los ecos. No creo que exista una orientación más terminante de esfuerzo penitenciario en la Europa del momento, que la impregnación en las disposiciones mencionadas (pp. 189 y ss.) del carácter correccional que se detecta en cada figura jurídica, bien sea lo referido al tema del trabajo extramuros o a las rebajas de penas. Incluso, partiendo de la reflexión de Enrique Sanz la denostada cláusula de retención (pp. 121 y ss.), merece una revisión.

Por último, al adentrarnos en los primeros años del siglo xx (pp. 268 y ss.), el profesor Sanz Delgado nos ofrece una diáfana exposición de las dos vías que tomará para siempre nuestro Derecho penitenciario: la cadalsiana, con el Decreto de 1901 y la salillista con la norma promulgada dos años después. Y este camino divergente se presenta honestamente, si bien se aprecia la atracción que el gran Salillas ejerce sobre mi discípulo.

Cuanto se ha mencionado mérito insuperable del libro, se fundamenta y apoya en un aparato bibliográfico y unas notas a pie de página (en número de 856) inimaginables (pp. 303 y ss.). Extensísimas, sinceras, consultadas en su totalidad, generoso en la cita con nuestros grandes penitenciarios históricos (los ya citados Cadalso y Salillas, o Lasala, más moderno), y con una de mis más queridas discípulas (Figueroa) y, desde luego, con quien esto escribe; sin apartar un renglón de lo leído aunque no se refleje en las notas, sin manipular las referencias, profundizando en el pensamiento de los escritores de entonces, en fin, demostrando y convenciendo, que no pontificando.

Todo lo señalado revela la envergadura del trabajo de Enrique Sanz Delgado, la alcurnia de sus conocimientos.

Este mismo Anuario (tomos LV y LVI) acaba de recibir en sus páginas su enjundiosa investigación acerca de los regímenes disciplinarios penitenciarios históricos y sobre la evolución de las cárceles, que pueden venir a culminar su labor en este campo, terreno en el que, en muy pocos años, se ha impuesto definitivamente como una de nuestras máximas autoridades. Y es que el profesor Sanz Delgado escribe ahora obras para ser recordadas después.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Alcalá

ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamentos y límites*, Marcial Pons, Barcelona, 2003

1. A mediados del año pasado vio la luz el libro que abarca en gran parte los contenidos de la tesis doctoral del profesor catalán el doctor Ricardo Robles Planas, discípulo del profesor Silva Sánchez y como éste profesor de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. *La participación en el delito: fundamentos y límites* constituye una prueba más del método de trabajo y del rigor científico del área de Derecho penal de aquella Universidad.

2. La normativización de conceptos, en concreto del tipo objetivo, es una constante en la dogmática contemporánea que ha llevado a poner en discusión y replantear los límites de la tipicidad jurídico-penal (1). Sin embargo normalmente se ha abordado dicha tarea a partir de la conducta del autor individual. Robles utiliza el problema de la intervención en el delito a través de «conductas neutrales» como ejemplo y banco de pruebas de la necesidad de ampliar la normativización de la tipicidad a conductas diferentes a las del autor individual. Debe advertirse que la referencia a las «conductas neutrales» es tan sólo un punto de partida que conduce al tema central de la investigación de Robles: el fundamento y los límites de la participación en el delito. En este sentido, puede apuntarse ya una de las tesis principales del trabajo (sobre la que más adelante se volverá), esto es, la necesidad de vincular los aportes de los intervinientes –candidatos a ser autores o partícipes– al mismo suceso: el hecho típico de la Parte Especial.

3. La opción en el Código penal español de 1995 (2) por una posición aparentemente extensiva del castigo de la complicidad ha motivado la rápida y abundante intervención de la doctrina procurando desarrollar criterios limitadores de la intervención penal. Para Robles, desde una perspectiva criminológico-procesal, existe un importante filtro para las conductas neutrales antes de su llegada a la instancia judicial, pero sin perjuicio de ello es necesario proponer una solución jurídico-material desde la teoría de la participación en el delito con un aparato conceptual adaptado a la complejidad de los casos (p. 48), pues obviamente, los filtros pre-judiciales operan básicamente sobre la intuición que dichas conductas no contribuyen a la explicación social-comunicativa del hecho. Y de lo que se trata es de construir criterios que aporten seguridad jurídica: soluciones previsiblemente uniformes en casos estructuralmente similares.

4. La primera parte de la obra aborda el problema de las conductas neutrales de intervención y su ubicación sistemática. En el Capítulo I se desarrolla el concepto de «conductas neutrales» que son aquellas que se realizan de manera adecuada a un rol, estándar o estereotipo y con conocimiento por parte del sujeto que las lleva a cabo de su idoneidad directa o indirecta para producir un resultado delictivo. Así los conocidos ejemplos de conductas neutrales formulados, entre otros, por Jakobs «el panadero A vende una barra de pan a B sabiendo que éste la utilizará para envenenar a su esposa» o «el taxista que transporta, conociendo lo que va a suceder, a una persona X a un determinado lugar sabiendo que dicho sujeto cometerá allí un hecho delictivo» o «alguien paga, tal como estaba obligado, su deuda a un acreedor, sabiendo que el acreedor se procurará medios para cometer un delito con el dinero recibido».

---

(1) Como claros ejemplos de la renormativización de la tipicidad en la doctrina española los importantes trabajos de CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, Bogotá, 2001; RAGUES I VALLES, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona, 1999.

(2) Código penal español de 1995, artículo 29 «Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior (*autores, inductores y cooperadores necesarios*), cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos».

En el Capítulo II se desarrollan las distintas propuestas doctrinales sobre la ordenación de las conductas neutrales en el ámbito de la teoría del delito. Así, se analizan las teorías extensivas; las posturas que sostienen la exclusión de la antijuridicidad; las perspectivas subjetivas y finalmente la ubicación de la problemática de las conductas neutrales en la teoría del tipo objetivo. Para la teoría extensiva, desde una interpretación literal del precepto legal, las conductas neutrales constituyen claros supuestos de participación aunque su contenido de adecuación social o su insignificante aporte al hecho debería ser tenido en cuenta a la hora de la determinación de la pena (pp. 52-54). Otros, sin embargo, pensado fundamentalmente en las conductas desarrolladas en el ámbito de la actividad profesional han sostenido que la correcta ubicación sistemática de las conductas neutrales es en la exclusión de la antijuridicidad (pp. 54-56). Sin perjuicio de los dos grupos anteriores, como en casi todos los ámbitos de la dogmática jurídico-penal contemporánea la discusión se polariza entre las perspectivas subjetivas y quienes localizan la discusión en el ámbito del tipo objetivo. La más significativa perspectiva subjetiva considera el concepto de dolo eventual como factor delimitador, entre ellas las posturas de Roxin, Wohlleben y Otto. Para Robles lo subjetivo no siempre modifica la situación objetiva, a saber, el actuar sabiendo, en su caso con conocimientos especiales, no puede ser fundamento suficiente para la imputación. La estructura de la primera parte del libro es coherente con la última parte del mismo donde luego de una crítica a las teorías subjetivas se asume la posición objetiva de análisis tendiente a resolver el problema de las conductas neutrales en el ámbito de la imputación objetiva. Desde aquí el libro se dedica, como expresamente dice Robles a «... establecer los límites de la libertad de organización» (p. 75) o como afirmara Hassemmer a «... establecer los límites del Derecho penal frente a los espacios de normalidad cotidiana» (3). Y cabe destacar que, una vez pergeñada la problemática de las conductas neutrales, comienza el trayecto hacia la fundamentación y delimitación de la intervención delictiva, pues, en esta fase de la obra, Robles está demostrando que el aparato dogmático construido en torno a la participación en el delito es insuficiente para tomar posición respecto a la problemática de las conductas neutrales, lo que le llevará, más adelante, a adentrarse en los fundamentos mismos de la participación (deconstruyendo y construyendo).

5. Siguiendo con este trayecto, en la segunda parte de la obra se ocupa del desarrollo doctrinal de los límites del tipo objetivo y el fundamento del injusto del interviniente. En ese sentido, en el capítulo tercero, primero de la segunda parte, se analizan las principales teorías que proponen determinados límites objetivos a la participación en el delito. A saber, las distintas interpretaciones de la teoría de la prohibición de regreso; la teoría general de la adecuación social; la teoría de la adecuación profesional; la solidarización con el injusto ajeno; el pensamiento del incremento del riesgo y el principio de confianza y la autorresponsabilidad (pp. 80-117).

---

(3) HASSEMER, «Professionelle Adäquanz», *Wistra*, 1995, p. 43.

Partiendo de la idea de no limitarla a la problemática de la participación imprudente en los delitos dolosos se dedica, en esta parte del trabajo, particular atención a la teoría de la prohibición de regreso y sus distintas versiones en la dogmática penal. «El desarrollo de la teoría de la “prohibición de regreso” muestra que se trata de la teoría de la imputación aplicada a la participación» (p. 80). La construcción jakobsiana de la teoría de la prohibición de regreso es calificada por Robles como la única construida de manera auténticamente normativa, a saber, desvinculada de aspectos naturalísticos. Ello lleva al autor, aunque con matizaciones (para Robles la prohibición de regreso se extiende a la totalidad de los intervinientes en el hecho, independientemente que luego sean calificados como autores o partícipes!), a dedicar mayor atención a su propia construcción normativa de la teoría de la prohibición de regreso limitándose a presentar brevemente la teoría de la prohibición de regreso de Frank y las nuevas teorías de la prohibición de regreso «... como teorías que previamente afirman la presencia de imputación sobre la base de aspectos naturalísticos del actuar humano y excluyen el regreso a determinadas situaciones para evitar una extensión desmesurada de la responsabilidad» (p. 82).

En este punto se realiza un aporte que, aunque a primera vista parezca meramente terminológico, implica una forma distinta de interpretar la hasta ahora llamada prohibición de regreso. Sosteniendo que la existencia de prohibición de regreso no puede extraerse del mero dato subjetivo de la intervención dolosa o imprudente del primer interviniente, ni tampoco aquella posibilidad de regresar la imputación al primer interviniente puede depender del carácter subjetivo de la intervención del autor. Todo ello lleva a dar por supuesto lo que en realidad se pretende fundamentar con la teoría de la prohibición de regreso que no es otra cosa que «... si debe o no hacerse responder a quien obra con anterioridad a un sujeto autorresponsable» (p. 92). En ese sentido sostiene Robles que «... la verdadera naturaleza del problema sólo se aprehende si en vez de una *prohibición de regresar* a una conducta cuya desaprobación ya está fundamentada (por la causalidad o por otros criterios prejurídicos), se articula una *prohibición de retroceder* hasta hallar una conducta jurídico penalmente permitida (con arreglo a parámetros exclusivamente normativos)». A saber, lo decisivo para Robles es determinar cuáles son los presupuestos para afirmar que una determinada conducta está jurídico-penalmente desaprobada.

A la luz de la problemática central del trabajo se analizan desde una posición claramente crítica la teoría de la adecuación social de Welzel en sus distintas fases de desarrollo; la teoría de la adecuación profesional, fundamentalmente la desarrollada por Hassemer (4) y la teoría de la solidarización con el injusto ajeno; el pensamiento del incremento del riesgo y el principio de confianza y la autorresponsabilidad.

6. En el capítulo cuarto se analiza el fundamento del injusto de la participación como fundamento del castigo del partícipe *Strafgrund*, así afirma Robles que «la adopción de un criterio sobre el fundamento del injusto de la

---

(4) HASSEMER, «Professionelle Adäquanz», en *Wistra*, 1995, pp. 41 y ss.

participación tiene, sobre todo, importancia en la determinación de la extensión del castigo de las conductas de participación». Es decir, procura configurar el límite de la intervención penal, dejando fuera de su alcance ciertas conductas alejadas del llamado «núcleo duro» de la participación. Antes de desarrollar su propia teoría sobre el fundamento del injusto en la participación Robles analiza y critica en este capítulo las actuales teorías doctrinales afirmando desde el comienzo que el error de todas ellas es partir de la premisa de que la distinción entre autoría y participación reside en un injusto diferente. Entre ellas la teoría pura de la causación (5) para la cual el partícipe lesiona de forma indirecta o mediata el bien jurídico; en el sector opuesto la llamada teoría de la participación en el injusto (6) y finalmente la teoría del ataque accesorio al bien jurídico (7). Existen actualmente otras propuestas de fundamentación de injusto del partícipe que difícilmente pueden ser encuadradas entre las tres anteriores y a las que Robles dedica una mención aparte. A saber, en primer término debe agruparse un sector de la doctrina que construye el injusto del partícipe desde el análisis de la teoría de las normas concluyendo que autor y partícipe lesionan normas de conducta distintas (8). En segundo lugar la llamada teoría de la solidarización con el injusto ajeno desarrollada por Schumann, para quien «la participación exterioriza un desvalor socialmente insoportable en tanto que el partícipe se solidariza a través de su aportación con el injusto doloso ajeno...» (p. 128). En tercer y último lugar la teoría de la participación en el injusto referida al resultado desarrollada por Jakobs llegando a iguales consecuencias que la doctrina dominante aunque con diferente fundamentación (pp. 129-130).

7. En definitiva a esta altura del análisis y luego de analizar las modernas teorías, el autor está en condiciones de afirmar con total seguridad que el dilema fundamental pasa por la puja entre la fundamentación propia o la fundamentación accesorio de injusto del partícipe. Según Robles ambas posiciones chocan con dificultades insalvables, así, las teorías de la fundamentación derivada (teoría del favorecimiento o de la causación, teoría de la participación en el injusto y la teoría del ataque accesorio al bien jurídico) si bien tienen la ventaja de ser compatibles con la letra de la ley, al no dotar de contenido propio al injusto del partícipe resultan incompatibles con el principio de autorresponsabilidad. Por otra parte, la teoría del delito autónomo de participación «... debe rechazarse porque olvida la exigencia (dogmático-legal) de un hecho principal ejecutado por un sujeto que es, a su vez, autorresponsable». Por su parte, la fundamentación del injusto desde la teoría de las normas se encuentra con la enorme dificultad de legitimar una norma de conducta autónoma dirigida al inductor o al cómplice.

(5) Se destacan entre sus partidarios Lüderssen, Schmidhäuser, Herzberg y Sax.

(6) Considerada doctrina mayoritaria actualmente en Alemania y seguida entre otros por Jescheck/Weigend.

(7) Nacida como posición ecléctica entre las dos anteriores y defendida actualmente, entre otros, por Roxin, Samson, Stratenwerth y en España por Ruiz Antón, Gómez Rivero y López Pelegrín.

(8) En esa línea Rudolphi y posteriormente su discípulo Stein.

En definitiva, si bien se deduce la necesidad de una fundamentación autónoma del injusto del partícipe debe conciliarse esa autonomía con la idea de que el partícipe interviene en un hecho que para el Derecho penal debe ser típico. Por tanto concluye provisionalmente Robles que teniendo en cuenta que «... la intervención puede tener lugar antes del inicio de la realización del tipo, el injusto del partícipe no puede definirse como tal sin considerar el tipo de la parte especial, a no ser que se sacrifique la perspectiva del hecho» y con ello se niegue el principio del Derecho penal de hecho (p. 139).

8. La tercera, más extensa y última parte del libro constituye sin dudas la de mayor interés para el lector. En ella se propone una novedosa (podría calificarse incluso como «revolucionaria») visión del fundamento y la estructura del injusto del interviniente y a partir de allí se delimita la intervención en el delito y en consecuencia se definen los límites de la intervención jurídico penal. Resulta difícil desde estas páginas reflejar con la precisión necesaria el importante alcance que tienen las afirmaciones del autor en la segunda mitad del libro. En este sentido, quisiera destacar algunos aspectos (sin perjuicio de que más adelante se vuelva sobre los mismos). La teoría de la intervención en el delito de Robles se construye sobre la idea fundamental de que hecho y autor no son la misma cosa. El hecho típico no pertenece en exclusiva al autor. Para poder hablar de intervención en el delito es necesario abandonar la idea de que hay un interviniente (el autor) que responde por la existencia del hecho típico, mientras que los otros intervinientes (partícipes) responden por haber favorecido al autor. Por el contrario, el hecho pertenece a todos aquellos intervinientes a los que se le pueda imputar objetivamente el mismo. En la medida en que hay varios sujetos vinculados con un mismo hecho, éste se objetiviza, se independiza del autor y puede así tener lugar la intervención en el mismo. Esta novedosa idea –sustentada en intuiciones básicas muy fuertes compartibles por todos– se concreta en una teoría de la intervención en el delito basada en dos niveles de análisis. En un primer nivel de análisis debe procederse a determinar cuál es el círculo de intervinientes que han de responder de la existencia del hecho típico. En este primer nivel de análisis no procede aún pronunciarse sobre la clase de intervención (autoría o participación), sino que se trata de determinar si se ha creado un riesgo penalmente relevante con relación al hecho típico acaecido. Se llega así a formular la teoría de la conducta típica de intervención. En un segundo nivel de análisis es donde procede la valoración sobre las diversas aportaciones que han llevado a considerar a un círculo de sujetos como intervinientes en ese hecho. En este segundo nivel de análisis, se trata de determinar quién o quiénes de entre esos intervinientes ha o han configurado en mayor medida el hecho típico. Aquellos que, por así decirlo, «tengan la mayor parte del pastel» serán autores (y por consiguiente merecerán una pena mayor), el resto, pese a merecer una porción, ésta será más pequeña y su aportación se valorará como participación (generalmente con una pena inferior).

9. Sentado lo anterior, retomemos el hilo cronológico de la monografía, avanzando por la misma tal y como lo hace el autor. Antes de desarrollar

la posición personal y en el contexto de un repaso de las posiciones dogmáticas y la regulación legal de la intervención en el delito, aprovecha el autor para realizar una crítica importante a la teoría de los delitos de infracción de un deber. La crítica se centra contra las relativamente nuevas propuestas de Sánchez-Vera (9), afirmando que su asunción comporta el abandono del principio del hecho, irrenunciable en nuestro actual sistema de Derecho penal (p. 147). La exposición y crítica de la construcción de los delitos de infracción de un deber no es gratuita, sino que se lleva a cabo al exponerse el primer nivel de análisis del fenómeno de la intervención (nivel constitutivo de la responsabilidad), y específicamente como intento de superación de los problemas que genera la fundamentación de la responsabilidad por intervención en los delitos especiales. En este punto habrá que esperar si el tiempo da la razón a Robles o bien si se impone la capacidad de rendimiento de la estructura de los delitos de infracción de deber, que parece estar demostrando ser, fundamentalmente en el ámbito del Derecho penal económico, un instrumento válido para la interpretación teleológica de los tipos de la parte especial (10).

10. Desde allí continúa Robles analizando la estructura del injusto del partícipe deteniéndose en un punto de vital importancia, a saber, la intervención antes del inicio de la tentativa. Sin duda la posición de partida que se adopte será definitiva en este punto, así, si el injusto del partícipe se deriva del autor debe llegarse a la conclusión de que los actos de participación realizados antes de la ejecución no son antijurídicos. Por el contrario, si se pretende una fundamentación autónoma del injusto del partícipe éste tendrá lugar con independencia de los actos ejecutivos del autor (p. 150).

Luego de una serie de consideraciones llega a la conclusión de que tanto para el autor como para el partícipe el objeto de imputación es idéntico y está dado por la ejecución del hecho típico. Ahora bien, corresponden entonces hacerse la siguiente pregunta ¿en virtud de qué puede el comienzo de la tentativa convertir en prohibida una conducta del partícipe que cuando concluyó aún era permitida? (p. 152). El punto significativo para responder a este interrogante es considerar el criterio de la pertenencia también para los partícipes. Si los partícipes también «cometen» el delito, como intenta demostrar Robles, no existirían mayores dificultades para considerar que no sólo para el autor el inicio de la tentativa confiere relevancia penal a los actos por él realizados.

---

(9) Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*.

(10) Así, en nuestro ámbito, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico. Parte general*, ARA editores, Lima 2003, pp. 323 y ss; el mismo, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Marcial Pons, Barcelona, 1999; GONZÁLEZ GUERRA, «La protección penal del derecho a la verdad sobre la información empresarial. Espacios de riesgo penalmente irrelevante en el delito de falsedad en documentos sociales», en Silva Sánchez (dir.), *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, Marcial Pons, Barcelona, 2003, pp. 163 y ss.

Antes de abordar el análisis de la conducta típica del interviniente el autor dedica una buena cantidad de páginas al estudio del principio de accesoriadad. La propuesta de Robles, que se adelanta en cada una de sus líneas, lleva necesariamente a una reformulación del clásico principio de accesoriadad como dependencia del castigo del partícipe del hecho del autor. Para el autor, debe reinterpretarse tal principio como aquella relación «mínima necesaria» que debe concurrir entre todo interviniente y hecho para poder atribuir responsabilidad penal (p. 169). Esa relación es de carácter normativo-objetivo y su formulación tiene importantes repercusiones en materia de participación en delitos imprudentes, en materia de participación en hechos justificados y, por supuesto, en materia de delitos especiales. En cada uno de estos ámbitos Robles propone soluciones radicalmente diferentes a las que sostiene la doctrina dominante. Con ello se superan muchas de las dudas y callejones sin salida a los que se había llegado con la clásica teoría de la participación. Los resultados son verdaderamente sorprendentes. Un adelanto: puede participarse en un delito imprudente, cabe la participación en un hecho subjetivamente justificado y no es posible castigar al *extraneus* en los «delitos especiales de deber». Por cierto, con respecto a esta última problemática, Robles propone una nueva clasificación que deja en evidencia la tradicional y formalmente orientada distinción entre delitos comunes, especiales impropios y propios. Más adelante nos detendremos en alguno de estos aspectos.

11. En definitiva, las principales propuestas de Robles sobre la estructura y fundamentos del injusto del partícipe puede resumirse en (pp. 177-180):

1. El único argumento respetuoso del principio de responsabilidad por el propio hecho para fundamentar la responsabilidad del interviniente es sostener que el partícipe con su conducta, dispone una razón para que le sea imputado, como propio, el hecho típico.
2. La conducta del partícipe es en sí misma atípica. Sin embargo, se le imputa el tipo que el autor realiza, a lo que Robles denomina imputación por accesoriadad. El sentido de la imputación por accesoriadad es «... la retroacción de la tipicidad propia de quien exterioriza un hecho con significado delictivo a quien no exterioriza nada típicamente relevante pero ha puesto una razón (que materialmente es la idoneidad de la comisión del delito) para que opere tal forma de imputación».
3. «El cómplice responde de la existencia (si bien en grado distinto) de la actividad tanto como el autor, puesto que también a él le pertenece el hecho principal». «La aportación del partícipe fundamenta la idoneidad de la comisión del delito haciendo suyo el hecho, con su aporte dispone una razón para acceder al hecho típico».
4. Con ello se salvaguarda el principio de autorresponsabilidad, pues el hecho injusto es constitutivamente tan propio del partícipe como del autor, si bien, valorativamente al primero le pertenece en menor medida.

12. Los dos últimos capítulos (VI y VII) del libro se dedican respectivamente a la conducta típica de intervención y a los criterios de imputación de la misma. Una vez demostrado que el partícipe responde por hacer con su conducta también propio el hecho del autor cabe determinar los límites objetivos de su conducta para poder hablar de intervención punible. Para ello estudia Robles, y en detalle, la teoría de la conducta típica o teoría de la imputación objetiva de la conducta. En el contexto del estudio de la conducta típica se dedica un importante apartado a la problemática de los conocimientos especiales como parte fundamental de la discusión sobre las conductas neutrales de participación. La conclusión en los casos de creación indirecta de riesgos, a saber, en aquel grupo de casos donde es un segundo sujeto el que lleva hasta la conducta delictiva la aportación del primero es que el primer sujeto se mueve en un ámbito que no puede ser considerado de riesgo. Por tanto, si el primer sujeto se mueve en un ámbito que no puede ser valorado como de riesgo los conocimientos especiales que posea serán irrelevantes. La única excepción a tal irrelevancia penal se da en los casos en que el primer sujeto mediante su conducta genere el riesgo de que su aportación sea llevada hasta lo delictivo por el segundo sujeto, debiendo asumir consecuentemente la gestión de ese riesgo especial y adaptar su conducta a las circunstancias que conozca para evitar la realización del delito (p. 215).

13. Como se dijo antes, la accesoriedad para Robles deja de ser un concepto secundario para convertirse en la propia posibilidad de imputación, acceso. La relación de dependencia ya no se produce entre interviniente y autor (accesoriedad en términos clásicos) para producirse entre interviniente y hecho (imputación por accesoriedad). Así sostiene Robles «en tanto la conducta de un interviniente sea en sí misma considerada atípica (no realización completa de un tipo), sólo podrá ser llevado a la responsabilidad mediante la imputación por accesoriedad, esto es, por el *acceso a un tipo* y no por la realización completa del mismo» (p. 220). En consecuencia, deberán determinarse los requisitos del hecho al que se accede y los requisitos que debe presentar el partícipe con relación a ese hecho. En ese sentido se sostiene que el interviniente accede al hecho «siempre y cuando cumpla en su propia conducta con los requisitos de la imputación objetiva y, además, su conducta no esté objetivamente justificada». Tal interpretación del principio de accesoriedad conlleva importantes y novedosas consecuencias dogmáticas; así, la irrelevancia de la clásica distinción entre accesoriedad mínima, limitada y máxima; y, como consecuencia de determinar el hecho típico y de la conducta del interviniente de manera objetiva es posible, entre otras cosas, castigar a quien participa en un hecho en el que concurren los presupuestos objetivos de una causa de justificación, pero el sujeto actúa desconociéndolos o en error sobre los mismos; admitir la participación en el delito imprudente (11) o participar en un hecho cometido en error de tipo que

---

(11) En este sentido ya se había expresado el autor en ROBLES, «Participación en el delito imprudente», en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 6, 2000, pp. 223 y ss.

no excluya la imputación objetiva, a saber, vencible o personalmente invencible. Además de estas importantes consecuencias dogmáticas el concepto de accesoriadad desarrollado por Robles produce importantes consecuencias en el ámbito de los delitos especiales a los que dedica un estudio más detenido (pp. 225-246).

14. Precisamente al analizar los delitos especiales y la discusión en torno a la imputación del *extraneus* en los delitos especiales propios vuelve el autor a la carga contra los delitos de infracción de un deber y en particular contra la propuesta de Sánchez-Vera siguiendo la estructura de los delitos de competencia institucional desarrollados por su maestro Jakobs. Su crítica concluye con la propuesta de una nueva clasificación en *delitos de posición* en los que incluye aquellos delitos que son especiales por limitar el círculo de posiciones desde las que se otorga relevancia típica a la lesión y los *delitos especiales de deber* caracterizados por establecer limitaciones ya en el nivel de reconocimiento de las normas de conducta que dan lugar a la aplicación de la norma de sanción típica (p. 238). En el contexto de estos últimos se propone en el libro una propuesta de solución para el tan debatido tema del «instrumento doloso no cualificado». Así, propone Robles distinguir en dos momentos, el primero es el momento constitutivo del injusto del hecho, mientras que el segundo momento consiste en la determinación de que clase de aportación realiza el sujeto en cuestión. En ese sentido, en el primer momento el injusto del hecho queda fundamentado por la organización defectuosa de la esfera de libertad del *intraneus*. Mientras que en el segundo momento según la importancia de la configuración se determinará la autoría o la participación (p. 245).

15. En el último capítulo de la obra se desarrollan los criterios de imputación. La insuficiencia de los criterios naturalísticos, a saber, del favorecimiento de la comisión del delito y el propio conocimiento de dicho favorecimiento, llevan al autor a concluir siguiendo a su maestro que el criterio para fundamentar la imputación en caso de concurrencia de aportaciones de varias personas es normativo y fundamentalmente objetivo-normativo (12) (p. 280).

En ese sentido los criterios de imputación propuestos son:

1. La infracción de deberes especiales preexistentes. Quien en virtud de deberes especiales se encuentra en una posición jurídica (posición de garante) responde si el incumplimiento de esos deberes puede conducir a la producción de resultados lesivos por las conductas de terceros que posteriormente deriven las consecuencias hacia lo delictivo (p. 293).
2. La adaptación de la conducta al hecho delictivo posterior, objetivizada contextualmente según algunos criterios. Así, por ejemplo,

---

(12) SILVA SÁNCHEZ, «Zur Gestaltung des strafrechtlich missbilligten Risikos beim Zusammenwirken mehrerer Person», en Eser/Huber/Cornills, *Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht*, pp. 205 y ss.

resulta más sencillo alegar la imputación en los casos de proximidad a la producción del resultado; mientras que por el contrario será más difícil arribar a tal solución en cuanto más disponible o ubicua sea la prestación (p. 307).

16. En consecuencia, afirma gráficamente Robles: «... en principio, no se tiene el deber de prever qué es lo que otro va a realizar con las propias aportaciones a no ser que exista una posición jurídica específica o bien que el sujeto actúe adaptando su conducta a un plan ajeno» (p. 308). Sin embargo, existe un grupo de casos que no pueden ser solucionados con estos criterios de imputación, para ellos recurre Robles a un interesante concepto de infracción agravada de deberes generales de solidaridad, en la que la agravación se fundamenta en la presencia de una conducta causal y consciente en la infracción del propio deber de solidaridad (p. 313). En tales supuestos y cuando no pueda afirmarse la intervención punible en el delito resta la opción de imputar por el delito de omisión del deber de impedir determinados delitos que el Código penal español tipifica en el artículo 450.

17. No es sencillo intentar condensar en pocas páginas tantas nuevas ideas sobre un tema tan complejo como es la intervención en el delito. Por lo menos espero que el lector haya recibido unas primeras impresiones acerca del pensamiento de Robles. El prólogo de nuestro común maestro confirma la importancia de las aportaciones de Robles a la dogmática jurídico-penal contemporánea: «... ya no podrá hablarse de autoría y participación sin confrontar cualquier afirmación con las tesis (una auténtica teoría de la intervención en el delito) de Ricardo Robles». El libro logra, con enorme claridad, poner al alcance de los prácticos del Derecho penal las discusiones más abstractas de la dogmática; cumpliendo con la función social de los juristas que no es otra que aportar soluciones para alcanzar la Justicia en los casos concretos.

CARLOS M. GONZÁLEZ GUERRA  
Departamento de Derecho Penal  
Universidad Austral  
Buenos Aires (Argentina)

MORRIS, Norval, *Maconochie's Gentlemen. The story of Norfolk Island and the Roots of Modern Prison Reform*. New York, 2002, Oxford University Press, 213 páginas

La aparición de obras como la que se presenta supone una llegada de aire fresco, desde y frente al enrarecido y endurecido ambiente punitivo resultante de la actual política criminal norteamericana, que gradualmente se advierte filtrándose a ambos lados del Atlántico. De ahí que las reflexiones que incorpora este texto de 2002 puedan resultar aptas para el análisis de las importaciones locales, y ello habida cuenta que la aludida corriente ha

conseguido finalmente impregnar al reciente legislador español. Así, reformas como la introducida en nuestro ordenamiento por LO 7/2003, de 30 de junio, de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, favorecen y ajustan similares y regresivos principios inocuidadores, muy propios de la reinante orientación penal estadounidense, a la singularidad de nuestra normativa, deformándola, desnaturalizándola, y devolviéndola, en fin, a un pasado superado, con caracteres muy decimonónicos, en sus más restrictivas modalidades. Si la moderna penología había favorecido el impulso de toda medida aperturista, reinsertadora, de anticipar el retorno a la vida social, la involución a la que nos enfrentamos, con reformas como la citada norma de cumplimiento íntegro, y el consiguiente deterioro de instituciones vertebrales como el régimen abierto o la libertad condicional, puede encontrar útiles censuras, si bien desde otra óptica sociocultural, en este libro de Morris que recoge parte de su origen y reivindica una filosofía humanitaria y amenazada.

La obra en cuestión, ya desde su título, procura en esencia otorgar el mérito adecuado y trascendente a las realizaciones de Alexander Maconochie, a mediados del siglo XIX, desde que asumiera la superintendencia de la colonia, destino de penados reincidentes, de la isla de Norfolk en Australia, con la estimable pretensión de poner a prueba su proyecto dignificador en la administración de convictos. De ahí la inclusión, intitulado el trabajo, del singular apelativo que acompañó a los finalmente liberados bajo su responsabilidad. Las raíces de la reforma a la que asimismo se alude son las del naciente sistema progresivo y la libertad condicional, que tuvieron un sustrato inequívoco y necesario en la autorresponsabilidad de las personas a su cargo, que el propio Maconochie favorecía. Tal ha sido el núcleo de cualquier posibilidad aperturista o reduccionista de la punición adecuada al objetivo final reinsertador. Los notorios avances que surgían entonces y se presentan en esta monografía, los compara Morris con la actualidad de la ejecución penal y sus principios rectores. El célebre sistema de puntos o «marks system» que impulsara Maconochie en aquel lejano enclave prisional, conformará una parte fundamental en la estructura del acreditado «sistema irlandés» o «de Crofton», puesto en práctica en Inglaterra y universalizado años más tarde. La similar y anterior experiencia en este sentido de Manuel Montesinos desde la dirección del presidio de Valencia nos deja, no obstante, otra prioridad y varios paralelismos con la obra de Maconochie que en esta ocasión nos muestra Morris, tras otros trabajos de autores que se han acercado a su atrayente figura.

Lo anterior se ofrece en el libro de Morris desde dos propuestas diferenciadas a la par que complementarias. La primera nos aporta un inusual acercamiento al momento histórico determinante. El medio empleado por el autor es un relato de ficción, si bien sobre cierta base real, acerca de la vida en la isla de Norfolk a partir del año de 1840, tras la llegada a la misma de Maconochie y su familia. Esta forma de presentar la acción reformadora del capitán británico, se justifica por el autor en estos términos: «la historia es cierta si puedo alcanzar una verdad psicológica en el despliegue de la vida personal, social y moral de los personajes. Está basada en hechos, configura-

dos por medio de la intuición y la especulación» (1). Ello se lleva a cabo efectivamente, desde una original y pluriangular visión, acudiendo a diversas perspectivas que incluyen la narración, en primera persona, del propio reformador, de sus familiares, y la de algunos de los reclusos de la isla, aportando datos y reflexiones acerca del trascendente experimento penal que allí tuvo lugar.

La segunda parte, expone las motivaciones, y las negativas consecuencias, de la destitución de Maconochie de su cargo en la isla, tras cuatro años de eficaz actividad y resultados. Ello vino a significar, para la vida penitenciaria de aquel enclave colonial, la restauración de los viejos modos retributivos, más acordes con la sensibilidad prevalente en la metrópoli, tras las críticas vertidas hacia Maconochie por lo que se consideraba un trato indulgente en exceso a los penados; y refleja, asimismo, el desánimo del autor por la pérdida y olvido de los principios inspiradores del sistema que el protagonista del relato impulsara en aquella colonia penal. Tras su regreso a Inglaterra, y a su labor de difusión del sistema por él diseñado, recibía Maconochie una segunda oportunidad en la responsabilidad de dirigir la recién abierta prisión de Birmingham y lo haría con arreglo a su esquema y principios. El final de su iniciativa práctica, que ya no recoge Morris, iba a llegar con su escandalosa (2), por inaudita, destitución en 1851, tras dos años de aplicación del sistema cuyos principales caracteres había hecho públicos en 1846 y condensado en otro texto de veinte páginas dos años más tarde (3). Con estas premisas, Morris termina por enlazar aquel deterioro de los fundamentos impulsados por Maconochie entre sus propios contemporáneos, y opta por reconducirlos eficazmente hacia la crítica del presente en relación con los cimientos ideológicos de la actual realidad penitenciaria norteamericana.

Tales fundamentos recogidos en la primera parte del libro del criminalista neozelandés establecido en EE.UU., remarcaban sustancialmente la acción relativa al «marks system», como aportación fundamental de Maconochie y núcleo de su esquema práctico. Y, de modo principal, su plasmación de la idea que queda para la historia de que cada convicto podía tener la llave de su propia prisión. El «aparato», como denominaba Maconochie a su esquema organizativo, respondía a un sencillo planteamiento, reconocido en obras anteriores como las de John Howard o Jeremy Bentham: la gradual preparación del penado para su futura libertad, entendiendo que nada había de otorgarse gratuitamente, que todo debía ganarse por el propio esfuerzo. Esto se articulaba en un sistema de etapas para el penado. La obtención de

---

(1) Vid. MORRIS, N.: *Maconochie's Gentlemen. The story of Norfolk Island and the Roots of Modern Prison Reform*. New York, 2002, p. xi.

(2) Vid., acerca de su posterior rehabilitación pública, que no funcional, tras una comisión que investigara el caso, BARRY, J. V.: *Alexander Maconochie of Norfolk Island. A Study of a Pioneer in Penal Reform*. Melbourne, 1958, pp. 201 y ss.; y en lo relativo a las envidias y los enemigos creados por su política penitenciaria, el capítulo relativo al «Escándalo de Birmingham», en HOWARD, D. L.: *The English Prisons. Their Past and Their Future*. London, 1960, pp. 88 y ss.

(3) Vid. MACONOCHE, A.: *Secondary Punishment. The Mark System*. London, 1848, *passim*.

puntos o marcas por la vía de la aplicación laboral en la isla hasta conseguir los suficientes para la consecución del *ticket of leave*, procedimiento antecedente de la libertad condicional que, si bien existía con anterioridad a la llegada de Maconochie a Norfolk (4), venía a cerrar exitosamente su sistema. Como otros pilares básicos, se resalta en la obra su creencia en la reforma de los convictos a través de la tolerancia y de actuaciones estimulantes, definidas por un sistema de castigos y recompensas, y de este modo la correcta disciplina y la certeza del castigo deberían sustituir a la dureza aleatoria y a los modos brutales y degradantes. Esto se vería respaldado por la propia voluntad y colaboración de los penados, que valoraban positivamente el esfuerzo frente a la penalidad vigente y respetaron el novedoso sistema. Otra nota característica, que el autor no duda en resaltar, asimismo advertida en la biografía de otros reformadores como Howard o el propio Montesinos en España, es el conocimiento personal y directo del significado de la reclusión por parte del capitán británico como resultado de la vida y campañas militares.

La tercera parte de la obra se conforma en torno a un sugestivo interrogante que plantea el profesor de la Universidad de Chicago en estos términos: «¿Qué ha motivado a los reformadores penales y penitenciarios a lo largo de la historia a dejar sus confortables existencias para interesarse por la vida de los demás?». Queda sin resolver del todo la cuestión, enfocándose hacia la inexcusable defensa de los derechos fundamentales y a las condiciones carcelarias que el autor estima suficiente motivo para aquel empeño reformador. Sin embargo, se pasa por encima de una derivación imprescindible y poco advertida en otras aproximaciones, que Morris toca para otro propósito, pero que en relación con la obra y su protagonista ha de visualizarse desde un ángulo distinto del convencional en esta materia. La significativa interpelación *quis custodiet ipso custodes?*, que reproduce el autor para exponer lo relativo al régimen disciplinario en la isla (5), precisaría, en este caso, como en otras manifestaciones prácticas de reforma penitenciaria, de una inversión de su contenido, de otra atención cuando se contemplan las realizaciones y los modos de mitigar el rigor penal que precisamente el custodio llevara a cabo, en variedad de ocasiones frente a la legalidad establecida. Y ello es digno de mención por sus efectos humanitaristas, reconocidos en otros modos de ejecución comparada, distantes de la normativa estrictamente penal. Otra cosa es el resultado y la responsabilidad de la delegación de la vigilancia en los escasos responsables directos de los penados, y en los propios presos, que el autor no duda en señalar como circunstancia necesaria y positiva en aquel momento.

El mismo planteamiento habrá de surgir en nuestra evolución ante realidades como Ceuta o iniciativas personales como la de Montesinos, dispensando en lo positivo la responsabilidad de los cabos de vara. Pero los paralelismos favorables no acaban ahí. A la aludida condición castrense de ambos

---

(4) Vid. ERIKSSON, T.: *The Reformers. An Historical Survey of Pioneer Experiments in the Treatment of Criminals*. New York/Oxford/Amsterdam, 1976, p. 90.

(5) Vid. MORRIS, N.: *Maconochie's Gentlemen... op. cit.*, p. 149.

y a su conocimiento previo del encierro, se añade la derivada capacidad organizativa de las personas bajo su responsabilidad y su decidida voluntad por dignificar la vida de los penados. Maconochie, procurando su lealtad como súbditos de la Corona, rescatando su dignidad y su condición de ciudadanos, y Montesinos, de igual modo, promoviendo el espíritu castrense, la actividad conjunta y el respeto por la legalidad. En ambos casos resalta el primordial impulso de la actividad formativa laboral, y resultado de tales iniciativas será un exiguo índice de reincidentes y el hecho ejemplar del libre desplazamiento de penados y visitantes, sin aparente peligro en aquellos años, por la isla de Norfolk, circunstancia insólita con anterioridad a la llegada de Maconochie, similar a los usos en Ceuta; o los variados ejemplos de autorresponsabilidad en los traslados de presos, sin control militar, que, por la geografía española, llevara a cabo Montesinos. No quedan muchas dudas del contacto epistolar entre ambos habida cuenta que el británico hablaba castellano (6), y de la difusión que procuró de la prioritaria experiencia de Montesinos desde el presidio valenciano, haciéndola pública y resaltando sus virtudes en Inglaterra. Esa idea de dar noticia, de trascender y reivindicar sus sistemas, también común a ambos, se halla en las publicaciones de Maconochie del momento y en las procedentes de la imprenta del presidio valenciano que quedan para el estudio y para la historia.

La posibilidad de reducción de la pena, del beneficio de salir antes, ha sido y sigue siendo el único estímulo viable y efectivo para la consecución de determinados objetivos regimentales y favorables comportamientos de los reclusos en cualquier legislación penitenciaria, pasada y actual. Ambos reformadores hicieron uso de tales medidas; el británico desde su método experimental y el español haciendo un buen uso de la Ordenanza de 1834, y ambos terminaron por enfrentarse a manifestaciones legislativas adversas. Maconochie a realidades como Pentonville o la Penal Servitude Act de 1857 y Montesinos al rigorista Código penal de 1848 (7), que terminaba por inhabilitar su sistema. Y es que, como afirma García Valdés con referencia a aquella etapa de la práctica española, pero perfectamente aplicable a supuestos de la actualidad, como la normativa de 2003, «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 penitencia-

---

(6) Así lo señala su principal biógrafo, BARRY, J. V.: *Alexander Maconochie of Norfolk Island... op. cit.*, pp. 6, 7 y 219.

(7) *Vid.* MONTESINOS y MOLINA, M.: «Informe elevado a la superioridad por don Manuel Montesinos, en relación con los efectos reconocidos en las penitenciarías del reino después de la promulgación del nuevo Código penal». 1849. Reproducido por *Revista de Estudios Penitenciarios* (Homenaje al Coronel Montesinos), núm. 159, octubre-diciembre, 1962, p. 298; o, un poco más tarde, sus críticas a dicho cuerpo legal en estos términos recogidos por el recorder de Birmingham, Matthew Davenport Hill: «Antes de la promulgación del nuevo Código Penal, el trabajo y la buena conducta del recluso daban como resultado una disminución de la estancia en prisión; el máximo de remisión que gradualmente podía conseguirse era de una tercera parte de la pena, nada más. Informado por los principios estrictos de la justicia, el bien producido por esta reglamentación fue inmenso». Cfr. HILL, M. D.: *Suggestions for the Re-pression of Crime, contained in Charges delivered to Grand Juries of Birmingham*. London, 1857, p. 573.

ria nunca actuó así» (8). En todo caso ante la posibilidad reformadora que emanaba de aquellos sistemas, queda en ambos casos la misma solución insatisfactoria, pues en la práctica la represión y el rigor amparados en manifestaciones profanas con apoyo de una opinión pública desinformada o mediatizada, cancelaron aquellos mejores esfuerzos.

Es la cuarta y última parte de esta obra la que ofrece el verdadero sentido y utilidad de la misma, bajo el título «Aplicaciones actuales al experimento de Maconochie». La síntesis de Morris se enfoca hacia la actualización de principios como el favorecimiento de la sentencia indeterminada ante las condenas fijas, la implantación del sistema de puntos o marcas para medir el progreso de los penados hacia su puesta en libertad y el impulso de un sistema gradual de libertad condicional vigilada para reinsertar a aquellos en la comunidad (9). Tras estos pilares básicos, despliega el autor su desánimo ante el detrimento de los criterios preventivo-especiales y el empuje y prelación de la disuasión en su vertiente más negativa. Ante esta realidad, Morris señala la utilidad de retomar las ideas de Maconochie, no obstante exponer los errores que aprecia en aquel sistema, especialmente en lo relativo a la indeterminación absoluta en las sentencias. Por otro lado, el autor se aplica al realce de los principios de autorresponsabilidad de los penados con base en efectivas posibilidades laborales durante la reclusión que entiende fundamentales. La adopción de fórmulas para «comprobar el uso de la libertad en el laboratorio del mundo exterior, fuera del irreal entorno prisional, mediante la supervisión del comportamiento» (10), son otras de las pretensiones de Morris, siempre superando el obstáculo que la realidad política suele interponer ante las fórmulas de probabilidad o de valoración del riesgo.

La actual realidad penitenciaria norteamericana, desde el impulso en los últimos veinticinco años de las condenas fijas o determinadas, exige, en opinión del autor, la aplicación de sistemas de reducción de pena como los advertidos en la obra de Maconochie. Morris expresa, con buen criterio, que «al faltar indefinición en las condenas, la administración penal argumenta, con razón, que les falta una herramienta importante en la tarea de mantener el orden y la disciplina dentro de la prisión. En consecuencia, la reducción de pena es un elemento necesario en todos los confinamientos de EE.UU. y en el mundo occidental en general» (11). Ante los aumentos en el tiempo de condena, Morris también atiende a las negativas consecuencias propias de este tipo de encierros de larga duración, y presta especial atención a la promoción gubernamental de los centros de máxima seguridad y, más específicamente, de los denominados «supermax», que se extienden por la geo-

---

(8) Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: «Estar mejor y salir antes: premios y beneficios condicionados a la conducta del recluso en la legislación penitenciaria del XIX y principios del XX», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Vol. LIV, 2001 (2003), pp. 28 y ss.; en el mismo sentido, SANZ DELGADO, E.: *El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*. Madrid, 2003, pp. 108 y ss.

(9) Vid. MORRIS, N.: *Maconochie's Gentlemen... op. cit.*, p. 177.

(10) Vid. MORRIS, N.: *Maconochie's Gentlemen... op. cit.*, p. 182.

(11) Vid. MORRIS, N.: *op. cit.*, p. 188.

graffa norteamericana. La descripción de sus caracteres técnicos y arquitectónicos, de su escasa o ninguna actividad programada ni laboral, de su incapacidad sensorial y de relación personal, presentan una oscura realidad y un futuro muy poco alentador. En conclusión, si bien no lo plantea así Morris, quien todo lo más aproxima esa redescubierta y rigurosa modalidad a lo existente en Norfolk, con estos modelos se trataría, en fin, del alarmante retorno al primer cuarto del siglo XIX, a una reedición del modelo de aislamiento pensilvánico que surgiera a partir de penitenciarías como Cherry Hill.

En último término el autor otorga parte de su atención a la confusión en los centros penitenciarios de personas sanas y sujetos con patologías mentales y exige una respuesta humanitaria y coherente ante tal realidad, para terminar exigiendo una mayor dignidad en las condiciones carcelarias al margen de los criterios de disuasión o rehabilitación que considera mitos en ambos casos.

No obstante su posible valía literaria, y su interesante análisis final, en esta obra de Morris se advierten diáfanos las ideas pero se echan en falta las referencias documentales y las fuentes bibliográficas, que quedan reducidas, en sucinto aviso preliminar y muy escasas referencias posteriores, al libro del australiano John Vincent Barry, principal biógrafo del capitán de origen escocés. No obstante, tal carencia documental (12) no empañaría las conclusiones que aporta el autor tras la plataforma conceptual de la primera parte de la obra.

---

(12) *Vid.*, para mayor información, MACONOCHE, A.: *Australiana, Thoughts on Convict Management and Other Subjects Connected with the Australian Penal Colonies*. London, 1839; el mismo: *On the Management of Transported Criminals*, London, 1845; el mismo: *Crime and Punishment, the Mark System, Framed to Mix Persuasion with Punishment and Make Their Effect Improving, Yet Their Operation Severe*. London, 1846; el mismo: *Norfolk Island*. London, 1847; el mismo: *Secondary Punishment, The Mark System*. London, 1848; el mismo: *Account of the Public Prison of Valencia. With Observations by Captain Maconochie, R. N., K. H.*, London, 1852; el mismo: *Three Letters Suggested by the Interest Taken in the Recent Inquiry in Birmingham*. London, 1853 (referida la segunda de ellas a la labor de Montesinos en Valencia); el mismo: *On National Education as Bearing on Crime*. London, 1855; el mismo: *On the Mark System of Prison Discipline*. London, 1855; el mismo: *Supplement to a previous Summary of the two Pamphlets on the Mark System of Prison Discipline and on National Education as Bearing on Crime*. London, 1856; BARRY, J. V.: «Alexander Maconochie», en *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 47, núm. 2, July-August 1956, pp. 145 y ss.; el mismo: «Captain Alexander Maconochie», en *The Victorian Historical Magazine*. Vol. 27, núm. 2, June 1957, pp. 5 y ss.; el mismo: *Alexander Maconochie of Norfolk Island... op. cit., passim*; y, de modo menos específico, entre los más destacados, WINES, E. C. (Ed.): *Transactions of the National Congress on Penitentiary and Reformatory Discipline held at Cincinnati, Ohio, October 12-18, 1870*. Albany, 1871, pp. 170, 208 y 549; TALLACK, W.: *Penological and Preventive Principles with Special Reference to Europe and America*. London, 1889, pp. 119, 218, 278; WINES, F. H.: *Punishment and Reformation. A Study of the Penitentiary System*. New York, 1919, pp. 192-195; BARNES, H. E./TEETERS, N. K.: *New Horizons in Criminology*, 3.<sup>a</sup> ed., New Jersey, 1959, pp. 417 y ss.; HOWARD, D. L.: *The English Prisons... op. cit.*, pp. 87 y ss.; SHAW, A. G. L.: *Convicts and the Colonies. A Study of Penal Transportation from Great Britain & Ireland to Australia & others parts of the British Empire*. London, 1966, pp. 268 y ss., 290-294 y 344; ERIKSSON, T.: *The Reformers... op. cit.*, pp. 81 y ss.; o en nuestra reciente bibliografía, entre otros, TÉLLEZ AGUILERA, A.: *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones. Derecho y realidad*. Madrid, 1998, pp. 81 y ss.; RENART GARCÍA, F.: *La libertad condicional: Nuevo régimen jurídico*. Madrid, 2003, pp. 33 y 34.

Se aprecia, de igual modo, en el trabajo de Morris, una muy limitada alusión al contexto histórico temporal de la reforma penitenciaria en el cual enmarcar, en toda su trascendencia, el diseño y la acción del capitán británico. Así, además de los positivos experimentos de Maconochie en Norfolk, cabe hacer mención de los de Montesinos en Valencia, Fry en Newgate, Von Obermaier en Múnich, Crofton en Irlanda o Sollohub en Moscú como otras localizadas experiencias, contemporáneas entre sí, y en los casos paradigmáticos de Maconochie o Montesinos, con apoyo limitado y distante. Hasta 1837, dos años después de hacerse cargo Montesinos del presidio valenciano, no pone Maconochie su atención principal en la situación de los convictos. El contexto reformador en el que desarrollaba su pensamiento se advierte en los esfuerzos complementarios de otros británicos de mitad del siglo XIX por la mejora de las condiciones y tratamiento de los delincuentes. Iban a surtir su efecto las iniciativas de Romilly, Buxton, Fry, Lushington, Brougham, Russell, Jebb, Clay, Crofton, Mayhew, Organ, Carpenter, los hermanos Hill (Frederick y Matthew Davenport), Shaftesbury, Derby, Kelly, Bright, Bowring, Adderley, Teignmouth, Lichfield, Aspland, Hastings, Hanbury, Perry, Turner, Baker, Sturge, Hibbard, Ewart, Gilpin, Fowler, Pearson, etcétera. En todo caso, la legitimación institucional del sistema de Maconochie surgía del comité de 1837-1838 que llevara el nombre de Sir William Molesworth y que, en su informe condenando la pena de transportación (13), expuso al respecto: «El modo de gobernar a los reclusos, sugerido últimamente por el Capitán Maconochie podría, al menos en parte, ser ensayado con provecho... Sería conveniente averiguar, de modo experimental, el efecto de establecer un sistema de recompensas y penas, no basado únicamente en la perspectiva del dolor inmediato o la inmediata gratificación, sino haciéndolo descansar, en mayor medida, sobre el efecto que puede producir la esperanza de su obtención futura, o el temor a perder futuras y lejanas ventajas» (14).

Aprobado el proyecto, la distancia colonial traerá como favorable consecuencia la de permitir plasmar, al menos durante unos años, en la práctica, la idea matriz de Maconochie (15), en el sentido de aproximar gradualmente la vida penitenciaria a la libre, tan similar al factor social (16) asimismo característico de la vida penitenciaria ceutí; mientras, en contraste, en la otra

(13) Vid. WINES, F. H.: *Punishment and Reformation...* op. cit., p. 176 nota.

(14) Vid. Molesworth Committee, House of Commons, London, 1838, texto que sí es citado en MORRIS, N.: *Maconochie's Gentlemen...* op. cit., p. s/n; acerca de tal comité, con más detalle, vid. SHAW, A. G. L.: *Convicts and the Colonies...* op. cit., pp. 272 y 273.

(15) Así lo estima Eriksson, certero señalando el aturdimiento del Gobierno británico de aquellos años ante la cuestión reformadora y ante las múltiples propuestas, así como la lejanía de la metrópoli, como circunstancias favorables para la puesta en funcionamiento de los principios que sustentaron el sistema de Maconochie. Vid. ERIKSSON, T.: *The Reformers...* op. cit., pp. 82 y 86.

(16) A tal «factor social», como positiva coyuntura en suelo español, se refería un visionario Salillas en estos términos, comparativos de aquellas realizaciones foráneas con mayor proyección: «En Ceuta se manifestó espontáneamente el sistema progresivo, y esta experiencia, perfectamente comprobada, es el testimonio de que el sistema progresivo inglés fue determinado por la experiencia colonial con el procedimiento del *ticket of live*. Lo determinante, lo mismo en nuestro régimen de presidio militar que en el sistema colonial inglés, es el factor social». Cfr. SALILLAS, R.: *Evolución penitenciaria en España*. Tomo I, Madrid, 1918, pp. 19, 264 y 265.

orilla geográfica e ideológica, crecía la aceptación de las rigoristas concepciones norteamericanas del momento. Son los años del resplandor y del ardor celular, del auge del aislamiento y de los sistemas pensilvánico y auburniano que asombran a Europa y que a Maconochie no convencen. Es la influencia del viaje en 1831 de los franceses Beaumont y Toqueville; del británico William Crawford en 1832, representando a la London Society for the Improvement of Prison Discipline; o de Julius, en representación de Prusia en 1834. La primacía la conseguía, como es notorio, el modelo de Filadelfia y ello se constata en realidades británicas insignes como la prisión radial de Pentonville (17), puesta en funcionamiento en 1842, y criticado su estricto régimen por Maconochie. No obstante, el apoyo científico comparado a tal régimen celular llegaría en los primeros congresos penitenciarios de Frankfurt y Bruselas de 1846 y 1847 (18). Son también los años del surgimiento de otras vertientes u orientaciones trascendentes. La visión que aportara e impulsaba, entre otros, Charles Lucas (19), remarcando los principios educadores como fundamento esencial de la actividad penitenciaria, en contraste con los modelos filadélfico o auburniano. Y por fin, la simiente del sistema individualizador basado en la sentencia indeterminada, que impulsara desde su modelo Maconochie y se vislumbra reforzada tiempo después. La pena indeterminada había tenido su defensa en las personas de Maconochie, Crofton, Von Holtzendorff, Frederick Hill, Brockway, Bonneville de Marsangy y algunos penólogos prácticos de otros países (20) y llegará tal planteamiento a ser propuesto como el más beneficioso sistema entre las conclusiones del Congreso penitenciario de Cincinnati (Ohio) de 1870 (21), o incluso en el de Estocolmo de 1878 (22), ya con presencia española.

(17) Acerca de Pentonville, del momento en que surge y de sus resultados, *vid.* BURT, J. T.: *Results of the System of Separate Confinement as Administered at the Pentonville Prison*. London, 1852, pp. v-xi, 1 y ss.; más reciente, resaltando el terror celular, IGNATIEFF, M.: *A Just Measure of Pain. The Penitentiary in the Industrial Revolution, 1750-1850*. London, 1978, pp. 4 y ss.

(18) Con anterioridad, como es conocido, las cuestiones relativas al ámbito penitenciario europeo habían sido expuestas y debatidas especialmente desde el año 1835, a partir de las actividades de la Asociación suiza de utilidad pública, vinculando esta cuestión a los debates acerca de la pobreza, así como las sugerencias en la materia del mismo año desde el Instituto francés; o los dos congresos italianos de Florencia y Lucca de 1842-43, acentuando el punto de vista sanitario en la reforma penitenciaria. Del mismo modo, y casi al mismo tiempo, desde la Academia de Ciencia Política y Moral de París, Chateaufort, Lucas y de Tocqueville profundizaron en el estudio de la cuestión penitenciaria de acuerdo con el mayor interés gubernamental del momento. Ello hasta la propuesta de Dupétioux, inspector general de prisiones de Bélgica, para la apertura del Congreso de Frankfurt.

(19) *Vid.* LUCAS, C.: *Du Système Pénitentiaire en Europe et Aux États-Unis*. Paris, 1828, pp. xvii y ss.

(20) *Vid.* TALLACK, W.: *Penological and Preventive Principles...* *op. cit.*, p. 278.

(21) *Vid.* WINES, E. C. (Ed.): *Transactions of the National Congress...* *op. cit.*, p. 551; BARRY, J. V.: *Alexander Maconochie of Norfolk Island...* *op. cit.*, pp. 231 y ss.; y al respecto del traslado de la sentencia indeterminada a la legislación penitenciaria española de fines del siglo XIX y principios del siglo XX, SANZ DELGADO, E.: *El humanitarismo penitenciario...* *op. cit.*, pp. 274 y ss.

(22) *Vid.* LASTRES, F.: *Estudios penitenciarios*. Madrid, 1887, pp. 47 y ss.; CADALSO, F.: *Estudios penitenciarios. Presidios españoles, escuela clásica y positiva y colonias penales*. Madrid, 1893, pp. 222 y ss.; SALEILLES, R.: *La individualización de la pena*. 2.ª ed., Madrid, 1914. (Traducción española de la segunda edición por Juan de Hinojosa), pp. 353 y ss.

La realidad penitenciaria estadounidense actual, que Morris examina desde que allí estableciera su residencia en 1964, es el principal objeto de su crítica, en la última parte de su trabajo, tras la exposición del buen hacer de Maconochie y salvando las distancias temporales. Las similitudes se encuentran en el redescubierto rigor de antaño y en los modos de segregación actual. La situación a la que se enfrenta hoy la administración penitenciaria norteamericana encuentra su origen, en gran medida, en la transformación sufrida en materia judicial y en política correccional desde mediados de la década de 1970. Tras la consabida crisis del ideal rehabilitador (23) y del modelo clásico de pena indeterminada y sistemas tratamentales, el movimiento de reforma penal y penitenciaria estadounidense terminaría asumiendo medidas legales como el *truth-in-sentencing*, favoreciendo, junto a otras más recientes como el *three strikes and out*, una suerte de orientación preventivo-general negativa, incapacitadora (24), con un derivado crecimiento exponencial de la población reclusa (un 700 por 100 de 1970 a 2001), u ofertando otras fórmulas penitenciarias como las privatizadoras, tan acordes con los fines empresariales meramente reclusivos y apartadas de cualesquiera medidas reinsertoras y poco lucrativas (25). En todo caso, el modelo tradicional de sentencia indeterminada basado en la discrecionalidad de los *Parole Boards* para fijar las fechas de excarcelación anticipada se vio sometido a intensas críticas y a una reducción de la actividad de tales órganos, pasando de un porcentaje del 88 por 100 de excarcelaciones bajo sus criterios en 1977, a solamente un 24 por 100 en el año 2000, y aboliéndose tales comisiones en 16 Estados en 2001 para ser reemplazados por sistemas objetivos, de sentencia determinada, con fechas de salida prefijada, en un procedimiento que ha crecido un 41 por 100 en el número de liberaciones. Entre las aproximaciones más recientes, especialistas como Petersilia (26) destacan tal evolución en los últimos veinticinco años, así como sus negativos caracteres resultantes de la ausencia de control previo de los liberados. Si la liberación

---

(23) *Vid.*, los ya clásicos trabajos de MARTINSON, R.: «What Works? Questions and Answers about Prison Reform», en *The Public Interest*, Vol. 35, Spring, 1974, pp. 22 y ss.; o en bibliografía hispana, por todos, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: «La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. XXXII, fascículo III, 1979, pp. 645-700; el mismo, desde una visión global actual: *Tratado de Criminología*, 2.<sup>a</sup> ed. Valencia, 1999, pp. 940-987; MUÑOZ CONDE, F.: «La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 7, 1979, pp. 91-106.

(24) *Vid.*, entre otros, ZIMRING, F. E./HAWKINS, G.: *Incapacitation*. New York, 1995, pp. 14 y ss.; ASÚA BATARRITA, A.: «Política criminal y prisión. Discursos de justificación y tendencias actuales», en *Revista de Ciencias Penales*. Vol. 1, núm. 2, 2.º semestre 1998, pp. 286 y ss.; o más recientemente, TÉLLEZ AGUILERA, A.: «Retos del siglo XXI para el sistema penitenciario español», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Vol. LII, 1999 (2002), pp. 325 y ss.

(25) *Vid.*, en relación con estas políticas penales, SANZ DELGADO, E.: *Las prisiones privadas. La participación privada en la ejecución penitenciaria*. Madrid, 2000, pp. 148 y ss.; el mismo: «Los límites de la participación privada en el ámbito penitenciario», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Tomo LII, 1999 (2002), pp. 399 y ss.

(26) *Vid.* PETERSILIA, J.: *When Prisoners Come Home. Parole and Prisoner Reentry*. Oxford/New York, 2003, pp. 12 y ss., y 74.

condicional bajo los criterios de los *Parole Boards* significaban el 95 por 100 de las excarcelaciones, estas cifras han caído a menos de una cuarta parte a fines del año 2002. La mayoría de los internos son liberados automáticamente, sin supervisión, y es en tales casos donde se encuentra el mayor número de fracasos y reincidencias.

La obra de Morris presenta, en cualquier caso, una realidad distante en muchos términos a la ejecución penal española. Ni la sociedad es la misma, ni tampoco los medios dispuestos para tal labor. Algunas de las demandas que Morris expone de necesidad, chocan a nuestros ojos por evidentes y hace tiempo cumplidas, formando parte asentada de nuestra realidad penitenciaria y de pacífica aceptación en la ciencia. Otras, como la que también refleja Petersilia de un mayor control y ayuda al liberado condicional, sí merecen mayor atención (27). No obstante, el argumento de la regresión a modelos del siglo XIX, advertida en manifestaciones penitenciarias estadounidenses que se imponen en la práctica, no es tampoco alejado de nuestra más reciente realidad. La filtración de aquellos fines inocuidadores a nuestra legislación, que se vislumbran sombríos por excesivos y en alguna parcela contrarios a la sensibilidad constitucional, han de someterse a revisión.

Si lo característico de nuestra evolución penitenciaria histórica en relación con los precedentes norteamericanos ha sido el desajuste, la diferencia y, en muchos casos, la censura científica, el paralelismo involucionista que nos acerca como nunca a aquella sensibilidad, que fortalece el pragmatismo, debilita la humanidad y la flexibilidad característica de la legislación española (28), asentada especialmente desde la LOGP, se contempla, como se ha apuntado *supra*, en la citada normativa de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas (29) de 2003, y en las reformas que introduce. Tal singularidad del proceder hispano en materia penitenciaria se advertía en las críticas decimonónicas a sistemas como el pensilvánico (30), y la muy posterior impor-

---

(27) Vid. PETERSILIA, J.: *When Prisoners Come Home... op. cit.*, pp. 246 y 247. Interesante al respecto es, en nuestra ciencia, la propuesta que lleva a cabo García Valdés, de la instauración en nuestro Derecho de la figura del agente de la libertad condicional, conocida en ordenamientos sajones, que eleve informes de las personas sometidas a su tutela y control. Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: «Sobre la libertad condicional: Dos o tres propuestas de reforma», en Díez Ripollés, J. L./Romeo Casabona, C. M./Gracia Martín, L./Higuera Guimerá, J. F. (eds.): *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor don José Cerezo Mir*. Madrid, 2002, pp. 1073 y 1074.

(28) Vid., en este sentido, SANZ DELGADO, E.: *El humanitarismo penitenciario... op. cit.*, p. 15; RENART GARCÍA, F.: *La libertad condicional... op. cit.*, p. 156, quien señala las bondades de un sistema de individualización científica que el nuevo artículo 36 CP «venía poco menos que a defenestrar».

(29) Terminología criticable igualmente, pues como afirma el último citado, «con el uso de estas expresiones se está realizando una perversión del lenguaje, al parecer transmitir la idea de que las penas no se cumplen íntegra o efectivamente, como si el hecho de, por ejemplo, estar en libertad condicional o disfrutar del beneficio penitenciario de adelantamiento de la misma fuera sinónimo de dejar de cumplir la pena». Cfr. GARCÍA VALDÉS, C.: «Sobre la libertad condicional...», *op. cit.*, p. 1071.

(30) Críticas que, a modo de ejemplo, se mantienen a primeros del siglo XX, en el momento de la reforma oficial, en trabajos preparatorios como el de CADALSO, F.: *Informe del*

tación de los sistemas tratamentales o la aparición legislativa del de individualización científica se plasma en la normativa española cuando tal modelo pierde su prelación en el entorno americano en la década de 1970. Sin embargo, tal principio individualizador que favorece la clasificación más adecuada a la personalidad y circunstancias del delincuente, médula de un sistema evolucionado, humanitario y progresista, recibe así el primer embate con el consecuente retorno a criterios más propios del régimen progresivo de cumplimiento de penas surgido en el siglo XIX y recordado en la monografía de Norval Morris. La deformación del principio nuclear del artículo 72 de la LOGP, se advierte en la restricción a la flexibilidad que supone la reforma del artículo 36 del Código penal en lo relativo al régimen abierto con la implantación del período de seguridad. Del mismo modo, las modificaciones introducidas en la acumulación jurídica del artículo 76 de tal cuerpo legal, para los concursos de delitos, que asimilan, en el mejor de los casos, la duración de las penas a la cadena perpetua de otros derechos comparados (31); los nuevos requisitos para la aplicación de los beneficios penitenciarios que prescribe el nuevo artículo 78 CP; o las dificultades añadidas en algunos supuestos para la libertad condicional en el reformado artículo 90 CP, son otros ejemplos de esa regresión (32).

La única vía alentadora advertida en la reforma operada en virtud de la norma orgánica 7/2003, cercana a las pretensiones de Morris y en mayor consonancia con el tradicional penitenciarismo español, es la que surge en virtud del nuevo beneficio penitenciario que encuentra su regulación en el nuevo artículo 91.2 CP. El adelantamiento que posibilita de la libertad condicional, que se añade al ya previsto en el número 1 del mismo precepto y en el artículo 205 RP, nos reconduce a una filosofía que se ha perdido en el resto del articulado de la ley incorporada a la normativa penal y penitenciaria. Surge la esperanza de la salida anticipada y se activan los resortes de la voluntad de los penados, que de este modo atisban un horizonte alcanzable, algo tan similar al mecanismo esencial del sistema de Maconochie, que Morris ha intentado rescatar y visualiza desde la actualidad norteamericana en el trabajo objeto de esta recensión.

ENRIQUE SANZ DELGADO

Universidad de Alcalá

---

*negociado de inspección y estadística. En Expediente general para preparar la reforma penitenciaria.* Dirección General de Prisiones. Madrid, 1904, pp. 28, 29 y 35.

(31) Ha señalado esta circunstancia con acierto TÉLLEZ AGUILERA, A.: «La reforma del Código penal y sus implicaciones penológicas», en *La Ley Penal*, núm. 1, enero 2004, p. 38.

(32) Desde una similar mirada retrospectiva, el término «regresión» asimismo ha sido puesto de manifiesto por Gimbernat, si bien haciendo referencia a las nuevas prácticas de la justicia militarizada de los EE.UU. de América, en lo relativo a la prisión preventiva como instrumento vacío de garantías en Guantánamo, que nos retrotrae a las normativas penales anteriores a Bercaria. Así, *vid.* GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Prólogo a Código penal*. 9.ª ed. Madrid, 2004, p. 18.



## NOTICIARIO

### NUEVO CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL

Tras haber superado las pruebas de acceso al Cuerpo de Catedráticos de Universidad, ha obtenido la Cátedra de Derecho penal, don José Manuel Paredes Castañón, en la Universidad del País Vasco.

# ÍNDICE

Págs.

## NECROLÓGICAS

<i>José María Navarrete Urieta, in memoriam</i> , por Miguel Polaino Navarrete y Miguel Polaino-Orts .....	5
--	---

## SECCIÓN DOCTRINAL

<i>El elemento volitivo en el desistimiento de la tentativa</i> , por Christian Jäger .....	17
<i>Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces</i> , por Araceli Manjón-Cabeza Olmeda .....	45
<i>Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin</i> , por Emiliano Borja Jiménez .....	113
<i>La exigente de «anomalía o alteración psíquica». (Art. 20.1 Código Penal). Una problemática abierta hacia el futuro científico</i> , por Miguel Ángel Iglesias Río .....	151
<i>La Sentencia en el Proceso Penal de Menores</i> , por Ignacio Colomer Hernández .....	175
<i>La insuficiencia del sistema de indicaciones en el delito de aborto</i> , por Julia Roperó Carrasco .....	211
<i>Las viejas cárceles: Evolución de las garantías regimentales</i> , por Enrique Sanz Delgado .....	253
<i>Las prisiones de Eva. Mujer y cárcel en el siglo XIX</i> , por Gutmaro Gómez Bravo .....	351

## CRÓNICAS EXTRANJERAS

<i>Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la República Argentina</i> , por José Daniel Cesano y Fabián I. Balcarce .....	385
<i>«¿Y si todos lo hiciera «nos?» Consideraciones acerca de la «incapacidad de resonancia» del Derecho penal con la figura de la acumulación</i> , por Augusto Silva Dias .....	433

## SECCIÓN LEGISLATIVA

<i>Disposiciones</i> , por María del Carmen Figueroa Navarro .....	471
--	-----

## SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

<i>Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo dirigidos por Santiago Mir Puig: Engaños punibles y mentiras impunes: un análisis de los límites del engaño típico en el delito de estafa a la luz del caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2003</i> , ponente Andrés Ibáñez, por Nuria Pastor Muñoz .....	561
<i>Jurisprudencia del Tribunal Constitucional</i> , por Gema Martínez Galindo .....	593
<i>Jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , por María del Carmen Figueroa Navarro y Abel Téllez Aguilera .....	697

## CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

915

## SECCIÓN DE BIBLIOGRAFÍA

<i>Reseña del libro El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX</i> , de Enrique Sanz Delgado, por Carlos García Valdés .....	1039
<i>Reseña del libro La participación en el delito: fundamento y límites</i> , de Ricardo Robles Planas, por Carlos M. González Guerra .....	1040
<i>Reseña del libro Maconochie's Gentlemen. The story of Norfolk Island and the Roots of Modern Prison Reform</i> , de Norval Morris, por Enrique Sanz Delgado .....	1050

## NOTICIARIO

<i>Nuevo Catedrático de Derecho penal</i> .....	1063
---	------

