

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO LV

MMII



MINISTERIO
DE JUSTICIA

MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA



BOLETIN
OFICIAL DEL
ESTADO

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Director:

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

Subdirector:

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Alcalá de Henares

Redactor-Jefe:

LUIS FELIPE RUIZ ANTÓN

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

Secretario:

ESTEBAN MESTRE DELGADO

Profesor Titular de Derecho penal de la
Universidad de Alcalá de Henares

Vicesecretario:

RAFAEL ALCÁCER GUIRAO

Profesor Titular de Derecho penal de la
Universidad de Valencia

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

JOSÉ CEREZO MIR

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Nacional de Educación a Distancia

MANUEL COBO DEL ROSAL

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO

Ex Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

JUAN CÓRDOBA RODA

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Barcelona

MANUEL GARCÍA MIGUEL

Ex Presidente de la Sala 2.ª del
Tribunal Supremo

ANTONIO GONZÁLEZ CUÉLLAR G.ª

Profesor Titular de Derecho penal de la
Universidad Autónoma de Madrid

GERARDO LANDROVE DÍAZ

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Murcia

DIEGO MANUEL LUZÓN PEÑA

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Alcalá de Henares

SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Barcelona

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Sevilla

HORACIO OLIVA GARCÍA

Catedrático de Derecho penal de la
Universidad Complutense de Madrid

LUIS ROMÁN PUERTA LUIS

Presidente de la Sala 2.ª del
Tribunal Supremo

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

JOSÉ MARÍA STAMPA BRAUN

Catedrático 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 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 LV
MMII

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): 007-04-042-8
NIPO (M. de Justicia): 051-04-011-1
ISSN: 0210-3001
Depósito legal: M-126/1958

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

En la muerte del Profesor Luis Felipe Ruiz Antón

MANUEL GURDIEL SIERRA

Profesor Titular de la Universidad Complutense de Madrid

No resulta fácil escribir la necrología de quien por razones biológicas nunca podría yo haber imaginado, ni por ensoñación, que el destino me reservaba el duro trance de que hubiera de premorirme. Vivir, escribió el senequista Quevedo, es para todos *caminar breve jornada*, pero la de Luis Felipe Ruiz Antón fue hartamente breve. Temprano, demasiado temprano madrugó la muerte y despejando el incierto término —*dies certus an incertus quando* como nos enseñaran los pandectistas— se llevó para siempre al amigo y compañero entrañable. La conciencia de nuestra propia temporalidad y de que la muerte debe ser un mal puesto que los dioses, como advirtiera Safo, se han reservado sabiamente para sí mismos la calidad de inmortales, se torna insoponible cuando la muerte del amigo es tan temprana que ni siquiera le permite envejecer. Se nos revuelven las entrañas cuando muere alguien que conforme a nuestro sentir, apoyado en la lógica estadística, no estaba llamado a morir y además muere en plena capacidad creadora. La muerte siempre prematura lo es en grado sumo cuando, como es el caso, no se habían alcanzado todavía los cincuenta y siete años. Por eso me resulta tan extraño, por impensable, trazar esta nota necrológica, que escribo con profunda emoción, en un ejercicio de entristecido afecto.

Fue en Madrid donde comenzó a fraguarse nuestra amistad. Contaba Ruiz Antón apenas 23 años de edad cuando, en el mes de mayo del Curso académico 1969-1970 nos conocimos en la Cátedra de Derecho Penal de nuestro común maestro, el Dr. D. José María Rodríguez Devesa, que acababa de tomar posesión de la plaza de Catedrático de dicha asignatura en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid y del que, con anterioridad, habíamos sido

discípulos en diferentes épocas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid. Dábamos principio de esta manera a una ininterrumpida andadura académica que en cuanto a él concierne sólo la muerte había de truncar. Pronto nos nombraron ayudantes y a partir de entonces iniciamos una sólida amistad, ni absorbente ni atosigante, abierta siempre a la colaboración leal y a la contraposición de ideas sin más concesiones ni límites que las del respeto debido a la propia amistad y a la honradez y probidad «científicas». Luis Felipe fue para muchos de nosotros un amigo leal, cuya amistad no necesitaba de asiduas frecuentaciones ni de alharacas. La entablada entre nosotros habría de perdurar por encima de cualquier avatar en un medio como el académico, no siempre fácil, en el que demandantes múltiples se disputan bienes escasos y proclive por ello, incluso dentro de la propia escuela, al ninguneo y a la maledicencia cuando no a la rencilla y la invectiva venenosa. No fue este sin embargo nuestro caso. Juntos compartimos charlas, algún que otro vino por el barrio de Argüelles y no menos correrías por las librerías de viejo a la búsqueda de algún antecedente histórico –Ruiz Antón fue ante todo y sobre cualquiera otra consideración un consumado dogmático– que nos permitiera comprender, al menos parcialmente, el desarrollo evolutivo del Derecho Penal español actual desde la perspectiva del pasado. Propósito que en su caso se vio coronado con el descubrimiento, puesto de manifiesto en su tesis doctoral, de que la *teoría de los bienes escasos* manejada por el Prof. Dr. D. Enrique Gimbernat Ordeig, para fundamentar la distinción entre la cooperación necesaria y la no necesaria o complicidad, había sido ya anticipada por Francisco de Cárdenas; probablemente, si no estoy en un error, el primer comentarista que tuvo el Código Penal de 1848: dato éste que suele ser poco conocido cuando no ignorado.

Desde el primer momento admiré en Ruiz Antón su discreción, en el sentido gracianesco del término, y el comedimiento, más que la elocuencia, en el hablar y en el comportarse; el acierto por regla general de sus juicios, nunca apresurados, su modestia, la afabilidad de su trato, moderación y rigor profesional. Era moderado hasta en la discreción y diríase que hubiera hecho suyo el pensamiento de Montaigne de que «el buen juicio tiene sus excesos y no está más necesitado de moderación que la locura. Puede haber exceso en la virtud y habiéndolo, deja de ser virtud». El magisterio de Rodríguez Devesa nos alumbró con su ejemplo la senda de la dedicación y entrega a la investigación jurídica; a verificar rigurosamente todo lo que se cita, a no hacerlo nunca de segunda mano o, si así fuere por no existir otra alternativa, a citar la fuente de su procedencia, y asumir un

compromiso ético inquebrantable con la búsqueda de la verdad a cualquier precio. Luis Felipe Ruiz Antón atemperó siempre su conducta académica a tales principios: fue una de las pocas personas que he conocido en cuya boca la apelación al *alma mater* no hubiera sonado a impostura. Como buen castellano era parco en palabras, mas no seco aunque pudiera parecerlo. Teniendo en ocasiones mucho que decir solía, sin embargo, permanecer callado, mas cuando tomaba la palabra lo hacía con mesura y general acierto, a modo de «guardián del sentido común». En él la esencia y la apariencia convivían sin hiato alguno. Reservado y tímido, fue un hombre de exquisita cortesía y de ingeniosas apreciaciones no exentas de suave ironía, como aquella en la que, a una observación mía sobre la clase de literatura citada por cierto colega, me respondió que se trataba de «*literatura de ferrocarril*»; lo que tenía su gracia y además era rigurosamente cierto en el sentido lato de la expresión. En el círculo más íntimo de sus compañeros y amigos era conocido con el cariñoso apelativo de «Pipe», y esta costumbre se mantuvo hasta el final de sus días.

Vida corta y callada pero fecunda, dedicada por entero a la docencia y a la investigación, salvo la época en que colaboró, al propio tiempo, con el Bufete Cobo del Rosal, de manera «ejemplar y leal», en palabras de este último. La vida universitaria, juntamente con su mujer y sus hijas, llenó sus días y sus horas. Puso en la docencia sinceridad, sencillez y cordial deseo de enseñar. De su constante labor investigadora son buen testimonio los trabajos aparecidos como *Comentarios a la Legislación Penal*, obra colectiva en varios volúmenes dirigida por el Prof. Dr. D. Manuel Cobo del Rosal, y otros de diverso signo publicados en las revistas de la especialidad o en otros lugares. Pero destaca sobre todo su espléndida tesis doctoral sobre «*El agente provocador en el Derecho Penal*» (Edersa, Madrid, 1982), que abrió nuevas vías de aproximación en los planteamientos tradicionales sobre autoría y participación, cuya previa dilucidación era itinerario imprescindible para situar y abordar correctamente tan arduo asunto. No fue una excepción en su vinculación al carro de la dogmática germana pero no por eso se convirtió en un servil importador, como ocurre tantas veces, de estructuras y aparatos conceptuales elaborados a la vista de realidades jurídicas y lingüísticas si no muy distintas no siempre coincidentes. Fui testigo de excepción de su exhaustiva búsqueda y manejo de toda la bibliografía alemana cualquiera que fuese el lugar en que ésta se encontrase y, modestamente, contribuí a su acarreo cuando me fue solicitado. En su tesis doctoral es dable observar ya una preocupación por los problemas del lenguaje (preocupación en la que está presente la huella de su viuda) que per-

meará en mayor o menor medida, pero de manera constante, todas sus ulteriores aportaciones hasta el último de sus trabajos. Desde muy pronto el Profesor Ruiz Antón fue consciente de que el constreñimiento hermenéutico a un determinado sistema positivo comportaba al propio tiempo constreñimientos de otra índole. Entre otros, uno de naturaleza lingüística: que en su tesis dio en denominar «*el cuestionario lingüístico*». Y así pudo advertir «que en la determinación del concepto de autor intervienen factores principalmente dogmático penales, pero también metodológicos y necesariamente de carácter lingüístico, pues, en definitiva, el jurista se sirve de las palabras que componen su lengua, y utiliza los signos lingüísticos que tratan de aprehender la realidad conceptualmente». Esta vía de investigación, cercenada por su prematura muerte, alcanzará su cenit, infaustamente ya definitivo, en su original contribución sobre esta materia, aparecida en el Libro Homenaje al eminente penalista vallisoletano el Prof. Dr. D. Ángel Torío López, titulada «*La acción como elemento del delito y la teoría de los actos de habla: cometer delitos con palabras*».

En lucha con una salud precaria desde hacía algún tiempo, de vez en cuando experimentaba mejorías que en ocasiones alentaban una esperanza que al final no pudo ser: se fue para siempre, rodeado del cariño y el cuidado abnegado de su familia más cercana, con el mismo silencio y la misma discreción con la que había vivido, un cinco de agosto de dos mil dos, cuando todavía no había cumplido los cincuenta y siete años. En el momento de su fallecimiento era Catedrático Numerario de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, a cuya plaza había accedido por concurso de méritos el año 1994. Descansa en Medina de Ríoseco, arropado por la tierra que le viera nacer el día 24 de septiembre de 1945 y que tanto quiso, especialmente el pago de Pozo Pedro al que solía retirarse siempre que podía en busca del silencio, la paz y el sosiego de su Tierra de Campos, una tierra llana en la que, como dijera el poeta, «hay que plantar un árbol para darle un susto al viento», y que acaso por eso la amaba tanto.

Su muerte aviva los recuerdos y uno se da cuenta de que algo muy nuestro se ha muerto también, pues: «Ningún hombre es equiparable a una isla. Todo hombre forma parte de un continente; por eso, cuando doblan las campanas, no preguntes por quien doblan, las campanas doblan por ti». Con su desaparición la dogmática penal perdió un penalista lleno de prudencia, agudeza y finura, y yo un amigo con el que se podía «hablar, discutir y aprender», como generosamente plasmó en la dedicatoria del ejemplar de su tesis que tuvo a bien regalarme hace más de dos décadas. B.Q.I.P.

Responsabilidad penal en el marco de la empresa
Dificultades relativas a la individualización de la
imputación *

BERND SCHÜNEMANN

Catedrático de la Universidad de Múnich

I. INTRODUCCIÓN

Es para mí un gran honor y satisfacción poder impartir hoy, por tercera vez, una conferencia en la Universidad Complutense de Madrid. Del tema de hoy, la «responsabilidad penal en el marco de la empresa-dificultades relativas a la individualización de la imputación» me ocupé por primera vez hace veinticinco años, cuando el Ministro de Justicia alemán me encargó la elaboración de un dictamen sobre este tema con ocasión de la Reforma del Derecho Penal económico alemán (1). Una versión abreviada de ese dictamen se publicó en el año 1988 en el Anuario de Derecho Penal, que lo puso en conocimiento de la ciencia jurídico-penal española (2). Desde entonces he tenido otras cuatro ocasiones de presentar al mundo científico penal español una elaboración detallada, modernizada en parte,

(*) Traducción de Beatriz SPÍNOLA TÁRTALO, Universidad Complutense de Madrid, y Mariana SACHER, Universidad de Múnich. El presente artículo, así como los tres siguientes, de los profesores doctores Salvador Coderch/Piñeiro Salguero/Rubí Puig, Kuhlen y Hilgendorf, se corresponden con las ponencias presentadas al Seminario Internacional Complutense sobre responsabilidad por el producto, celebradas en noviembre de 2003 en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid

(1) SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979.

(2) Pp. 529 y ss.

de mi concepto: en primer lugar, en el año 1991, en las Jornadas sobre la «Reforma del Derecho Penal en Alemania» del Consejo General de Poder Judicial (3); después, en las Jornadas realizadas en 1992 en Madrid en honor del Profesor *Klaus Tiedemann*, denominadas «Hacia un Derecho Penal Económico Europeo» (4); en 1994, aquí, en la Universidad Complutense, en las Jornadas Hispano-Alemanas de Derecho Penal en homenaje al Profesor *Claus Roxin* (5); y, por último, a comienzos de este año en el marco de mi libro recopilatorio publicado por la editorial Tecnos sobre «Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio», en el que aparece un artículo sobre «los fundamentos de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de las empresas», que también se publicó en Alemania en 1994 (6). Por eso, me alegra especialmente la oportunidad que se me brinda hoy, de analizar la abundante doctrina y jurisprudencia de los últimos ocho años, inclusive las nuevas propuestas en el plano europeo, y de presentarles a ustedes un concepto del año 2003, por así decirlo, actualizado a día de hoy.

II. LA TENDENCIA A TRASLADAR LA RESPONSABILIDAD PENAL LO MÁXIMO POSIBLE «HACIA ARRIBA»

En la legislación, jurisprudencia y doctrina se reconoce la tendencia a trasladar la responsabilidad jurídico-penal lo máximo posible «hacia arriba», es decir, de responsabilizar penalmente en primera línea a los órganos directivos y sólo en segunda línea a los órganos

(3) Publicadas bajo el título: Jornadas sobre la «Reforma del Derecho Penal en Alemania», Consejo General del Poder Judicial (comp.), Madrid 1992, pp. 31 y ss., y también en: *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio*, Madrid, 2002, pp. 185 y ss.

(4) Publicadas también bajo ese título, Madrid, 1995, pp. 565 y ss.; versión alemana en: Schünemann/Suárez González (comps.), *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts, Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann*, 1994, pp. 265 y ss.

(5) Publicadas en Alemania en: Gimbernat/Schünemann/Wolter (comps.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte-Ein spanisch-deutsches Symposium zu Ehren von Claus Roxin*, 1995, pp. 49 y ss.; en España, en una versión más breve, en: Gimbernat/Schünemann/Wolter (comps.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho Penal*, Madrid, 1994, pp. 11 y ss.; en su versión completa, publicada en: *Revista del Poder Judicial*, núm. 51, 1998, pp. 201 y ss.

(6) *Temas actuales (supra, nota 3)*, pp. 129 y ss., con algunas modificaciones respecto a la versión alemana: Breuer/Kloepfer/Marburger/Schröder (comps.), *Umweltschutz und technische Sicherheit im Unternehmen*, 1994, pp. 137 y ss.

que ejecutan. Conforme al artículo 28 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (7), se responsabiliza al superior por todos los delitos cometidos por sus subordinados en su ámbito de mando, acerca de los cuales al menos habría debido tener conocimiento y contra cuya comisión no ha adoptado medida alguna. Según el artículo 12 del *Corpus Iuris* en la versión de Florencia, los directivos de la empresa y cualquier persona que posea poder de decisión o control en la empresa serán responsabilizados por todo delito de un subordinado, toda vez que hayan facilitado el delito a través de una supervisión insuficiente, reduciéndose sin embargo la medida de la pena a la mitad en comparación con la del autor que ha ejecutado el delito (8). El Tribunal Supremo federal alemán (*BGH*) ha reconocido expresamente en su jurisprudencia sobre los delitos cometidos por el Gobierno de la República Democrática Alemana hasta 1989, la figura jurídica de la autoría mediata por utilización de aparatos organizados de poder, desarrollada por *Roxin* hace cuarenta años. Al mismo tiempo, el Tribunal Supremo federal alemán ha señalado que esa construcción también podría utilizarse en el ámbito de las empresas (9). Por tanto, la tendencia es que el Derecho Penal afecte a aquellas personas que también poseen la facultad de decidir y que de ningún modo se practique en el sentido del antiguo refrán alemán: «los pequeños a la horca y los grandes quedan libres» (10).

Aun cuando esta tendencia parezca evidente a primera vista y sea de todos modos popular, debe analizarse cuidadosamente su compatibilidad con los principios fundamentales del Derecho Penal y, en consecuencia, debe limitarse. Investigaciones modernas de la sociología y la psicología han confirmado la afirmación que formulé hace veinticinco años (11), de que los órganos de dirección de una organización en numerosos casos carecen de la posibilidad de adoptar una decisión realmente puesta a prueba y meditada, pues sólo reciben una pequeña fracción de las informaciones que en sí son necesarias, y, por ello, fre-

(7) Texto original y traducción alemana en *BT-DR* 14/2682, pp. 9 y ss.

(8) Publicado en: Delmas-Marty/Vervaele (eds.), *The implementation of the corpus iuris in the member states I*, Antwerpen, entre otras, 2000, pp. 187 y ss., 193.

(9) *BGHSt* 40, 218, 237.

(10) Acerca de la cuestión de si en esa medida ya ha tenido lugar un cambio paradigmático del Derecho Penal de la clase baja al Derecho Penal de la clase alta, ver SCHÜNEMANN, en: Kühne/Miyazawa (comps.), *Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland*, 2000, pp. 15 y ss., en castellano en: *Temas actuales* (*supra*, nota 3), pp. 49 y ss.

(11) En: *Unternehmenskriminalität und Strafrecht* (*supra*, nota 1), pp. 18 y ss., 36 y ss. con la gracia de que la «organización de la responsabilidad» puede convertirse en la «irresponsabilidad organizada» (*op. cit.*, p. 34).

cuentemente actúan como instrumentos del *management* intermedio, de quien reciben sólo una información previamente seleccionada y de ese modo son manipulados sin notarlo. *Rotsch*, quien actualmente está realizando su habilitación en la ciudad de Kiel, ha llegado a la conclusión en su trabajo doctoral sobre la «responsabilidad individual en las grandes empresas» de que los procesos en una gran empresa, tremendamente complejos, ya no se pueden dirigir individualmente, y, por eso, el Derecho Penal basado en la responsabilidad individual queda sin efecto, de tal modo que, conforme a la teoría de los sistemas autopoyéticos de *Luhmann* (12), debería desistir completamente de la tentativa inidónea de regular directamente los procesos en las empresas (13).

Aquí existen realmente serios problemas, y en esto no he cambiado mi opinión de hace veinticinco años, cuando los presenté por primera vez en el debate dogmático penal. Asimismo, hoy en día considero desacertada toda solución parcial y simplista del problema. Del hecho reconocido de que un delito cometido en la empresa frecuentemente no se puede imputar a la dirección de la empresa, no se puede extraer la consecuencia radical de que se debería eliminar la responsabilidad individual en empresas. Naturalmente, sería igual de incorrecto sobrepasar los límites de la imputación individual para poder responsabilizar penalmente a la dirección de la empresa por los delitos cometidos en su ámbito. Por eso, la reglamentación del Estatuto de Roma, de responsabilizar a los superiores en caso de mera infracción imprudente de sus deberes de supervisión, también por delitos cuya comisión activa sólo es posible dolosamente, contiene una contradicción valorativa inaceptable (14). La supuesta eliminación de esa contradicción en el *Corpus Iuris*, que quiere reducir la magnitud de la pena del superior en un 50 por 100 (15), es, incluso, doblemente desacertada, pues, por un lado, se continúa en la situación de que la no evitación imprudente de un resultado que sólo es penalmente relevante en caso de dolo debe ser punible para el superior, mientras que, por otro lado, la enorme reducción de la pena para la aceptación

(12) En: *ZfRSoz.* 1985, 1 y ss.; TEUBNER, *ARSP* 1982, pp. 13 y ss.; EL MISMO, *Recht als Autopoietisches System*, 1989; WILLKE, *Entzauberung des Staates*, 1983.

(13) ROTSCH, *Individuelle Haftung in Großunternehmen-Plädoyer für den Rückzug des Umweltstrafrechts*, Diss. Kiel, 1997; EL MISMO, *wistra* 1999, pp. 321 y ss.; EL MISMO, *wistra* 1999, pp. 368 y ss.

(14) Véase *supra*, nota 7 y, sobre la crítica, SCHÜNEMANN, *GA* 2003, pp. 299 y 312; cfr. también el intento de una interpretación «correctora» en TRIFFTERER, *Festschrift für Lüderssen* 2002, pp. 437 y ss.

(15) Al respecto *supra*, nota 8.

dolosa de la conducta del subordinado, también prevista en el *Corpus Iuris*, es absolutamente equivocada.

Sin embargo, por otro lado, es igualmente erróneo el otro extremo, consistente en negar toda posibilidad de responsabilidad individual de la dirección de la empresa. En los últimos años hemos vivido a nivel global cómo el cambio del grupo, relativamente pequeño, que dirige la más grande y poderosa organización del mundo, Estados Unidos de Norteamérica, en muy poco tiempo conllevó una modificación completa de la política (16), por lo que sería insensato negar aquí la imputación individual.

Por eso, en lugar de conceptos simplistas y extremos, consistentes en no imputar nunca o imputar siempre las actividades de la empresa a su dirección, es indispensable la solución intermedia, completamente sencilla, de referirse a los principios de imputación que gozan de crédito desde hace más de cien años y continuar desarrollándolos de tal forma que se respeten los dos principios inalterables del Derecho Penal del hecho y del Derecho Penal de la culpabilidad: debe haber una acción u omisión que infrinja una norma y que se haya cometido culpablemente (es decir, de un modo individualmente evitable).

III. ¿LA IMPUTACIÓN EN LA EMPRESA COMO CRISTALIZACIÓN DE UNA REVOLUCIÓN EN EL CONCEPTO DE ACCIÓN?

Hacía mucho tiempo que no se oía nada sobre el concepto de acción penal (17). Precisamente por eso, debe calificarse de sensacional que el Tribunal Supremo federal alemán, sin un análisis o una fundamentación profundos, concibiera en la sentencia del *Lederspray* un nuevo concepto de acción revolucionario de todo el sistema penal anterior, con una dicción realizada casi de pasada y obviamente con un objetivo determinado, concretamente en las siguientes breves declaraciones: «con ello... hay que admitir el carácter comisivo de la conducta típica, en tanto que se produjeron daños por la utilización de

(16) Sobre la significación jurídico-penal, críticamente, SCHÜNEMANN, GA 2003, pp. 299, 305 y ss. y 312 y ss.

(17) Más allá del intento de JAKOBS de normativizar completamente el concepto de acción e identificar la fórmula del «hacerse competente-culpable por una lesión de la vigencia de la norma» con el concepto de delito (*Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992, *passim*, especialmente pp. 32 y 44; críticamente, SCHÜNEMANN, *Festschrift für Roxin*, 2001, pp. 1 y 18 y ss.).

tal spray que... empezó a producirse y a venderse después de la reunión extraordinaria de la dirección..., ya que la producción y la venta de productos por una sociedad de responsabilidad limitada en el marco de su fin social son, también penalmente, imputables a sus administradores como actuación propia. Éstos responden por las eventuales consecuencias nocivas desde el punto de vista del delito de comisión» (18). La fuerza explosiva de esta decisión sólo se ha reconocido ocasionalmente, por ejemplo, por *Heine*, que la considera una aceptación de la capacidad de acción de las personas jurídicas por el Tribunal Supremo federal alemán (19), o por *Rotsch*, que interpreta que la Sala Segunda de lo Penal, mediante las locuciones mencionadas, «da el primer paso para calificar las actividades y procesos empresariales como acción de la empresa mediante una perspectiva colectiva» (20).

Kuhlen hace una prudente referencia a una «perspectiva que considera la empresa y la organización» (21), y en el escrito de habilitación de *Bosch* en Augsburg publicado recientemente se interpreta el punto de vista del BGH en el sentido de que éste constituiría una acción ficticia de la empresa y, en un segundo paso, sin considerar el comportamiento individual de los integrantes de la empresa, se la imputaría en razón de un poder organizativo que, sin embargo, por lo general ni siquiera existe de hecho (22).

¿Cómo hay que entender, pues, realmente, estas importantes declaraciones de la Sala Segunda de lo Penal? ¿Constituye la sentencia del *Lederspray* el nacimiento de un nuevo concepto de acción o (sólo) la creación de nuevas reglas sobre la autoría mediata o la coautoría? En todo caso, no se puede restar importancia a estas locuciones considerándolas un descuido aislado del Tribunal Supremo federal alemán, ya que la misma Sala, en el «caso de la adulteración de vino» (*Weinpanscher*), referido a la venta de productos nocivos, también hizo mención, de una forma bastante parecida, y generalizando, a que los miembros de la dirección de una empresa también tienen que responder penalmente si continúan vendiendo el producto sabiendo que

(18) *BGHSt* 37, 106, 114.

(19) HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, 1995, p. 156, nota 33.

(20) ROTSCH, *wistra* 1999, pp. 321 y 325.

(21) En: *50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft – IV*, 2000, pp. 647 y ss. y 663, donde KUHLEN resume sus numerosos trabajos anteriores, como así también el estado de la cuestión y del debate desde la sentencia del *Lederspray*.

(22) BOSCH, *Organisationsverschulden im Unternehmen*, 2002, p. 132.

es defectuoso (23). Por el contrario, la Sala Quinta de lo Penal del Tribunal Supremo federal alemán, con motivo de la condena de *Krenz*, el último de los dirigentes de la República Democrática Alemana, intentó resolver «el problema de la responsabilidad en la actividad de la empresa» mediante la admisión de una autoría mediata, que en el caso de un hombre de delante que actúa de modo plenamente delictivo considera caracterizada por el hecho de que «el hombre de detrás aprovecha, mediante las estructuras de la organización, determinadas condiciones en las que su aportación al hecho desencadena procesos reglados, que entran en consideración especialmente en organizaciones estatales, empresariales, o similares a las industriales o comerciales y en jerarquías de mando» (24).

A continuación, voy a abordar enseguida la cuestión de si conviene la solución de la figura de la autoría mediata defendida por la Sala Quinta de lo Penal. La solución por la vía del concepto de acción sería, naturalmente, mucho más radical. Pero, ¿cuál sería ese concepto de acción para que, como el Tribunal Supremo federal alemán manifiesta, «la producción y venta de productos a través de una sociedad de responsabilidad limitada en el marco de su fin social tenga que imputarse a sus administradores también penalmente como actuación propia»? *Heine* ha explicado que este punto de vista acaba en lo que él denomina concepto funcional de autor, desarrollado por primera vez por el Tribunal Superior de los Países Bajos en el «caso del alambre de espino» (*Stacheldraht-Fall*), y que, entretanto, además de en los Países Bajos, también es el predominante en Bélgica, así como en Francia en materia de responsabilidad por el producto, y se aplica en los procesos de multa por cártel de la Comisión Europea, consistente en aplicar sólo dos criterios para la autoría: el criterio del poder, en el sentido de posibilidad de influencia en la conducta incriminada, y el criterio de la aceptación, en el sentido de una imputación de la acción directamente nociva llevada a cabo en los procesos aceptados como desenvolvimiento usual de los negocios (25). Que el Derecho también establece sin dificultades tales sistemas de imputación y puede operar con ellos, lo muestra que la persona jurídica se considera sujeto autónomo tanto en el Derecho Civil como en el Derecho Público. Sin embargo, la posibilidad de construir un sistema de imputación así todavía no significa: primero, ni que también sea adecuado para la

(23) *BGH NJW* 1995, pp. 2933 y ss.

(24) *BGHSt* 40, 218, pp. 236 y ss.

(25) *HEINE (supra, nota 19)*, pp. 156 y ss. con numerosas referencias ulteriores.

fundamentación de la responsabilidad penal de personas físicas; segundo, ni que el Derecho vigente ya se base en él.

a) Un examen crítico conduce a negar ambas cosas. La razón es que, mientras la imputación de las obras del sistema al propio sistema es casi una afirmación analítica, o al menos una afirmación que se encuentra completamente dentro del marco del ordenamiento previamente construido, la imputación a una persona física perteneciente a ese sistema (sea en la posición que sea) presupone lógicamente una «constatación de identidad» adicional, en virtud de la que las obras del sistema puedan valorarse jurídicamente de modo directo como obras de la persona física. Sin embargo, una declaración de este tipo sólo es aplicable a un Dios creador del mundo, sin cuya voluntad no desciende del cielo ningún gorrión, de modo que, por su omnipotencia, lo que sucede también es obra suya. Sin embargo, esta idea de una dirección absoluta mediante una o más personas omnipotentes en la empresa que están en la cúspide de la jerarquía, como señalé al principio, no es realista respecto a sistemas erigidos y dominados por seres humanos, ni, especialmente, respecto a la compleja gran empresa moderna, porque la división de trabajo conduce a una diferenciación funcional y a una descentralización de los procesos de acción y decisión, a través de las que el poder de dominio inicial de los órganos directivos se transforma en un «poder de intermediación» y en vez de dominio de la acción existe una función de coordinación, lo que, unido a la simultánea descentralización del conocimiento, puede conducir como resultado final, incluso, a una «irresponsabilidad organizada» (26). Por eso, en vista de las estructuras sociológicas y psicológicas del sistema no es adecuado imputar sin más a las personas físicas que están en la cúspide del sistema las obras de éste como una acción propia (27).

b) En lo que respecta al segundo punto, su compatibilidad con el Derecho vigente, tanto según la génesis como según el tenor literal del § 25 del Código Penal alemán, no cabe duda de que la ley no parte de un concepto sistémico de acción y de autor (28), sino de la clásica

(26) Cfr. al respecto mis consideraciones ya realizadas hace más de veinte años en: *Unternehmenskriminalität und Strafrecht* (*supra*, nota 1), pp. 30 y ss., que en las intensas investigaciones de los últimos años no han sido puestas en cuestión en su punto esencial, sino confirmadas y perfeccionadas, cfr. HEINE (*supra*, nota 19), pp. 31 y ss.; ROTSCHEK, *wistra* 1999, pp. 372 y ss.; BOSCH (*supra*, nota 22), pp. 18 y ss.

(27) Al respecto, recientemente, con detalle y extensamente, BOSCH (*supra*, nota 22), pp. 142 y ss.

(28) Tal y como éste ha sido elaborado por LAMPE, *ZStW* 106 (1994), pp. 683 y ss.

orientación individual, de la persona física y su influencia en el mundo mediante movimientos corporales, según la que lo único que queda abierto y ha estado sujeto a cambios con el paso del tiempo, es si este movimiento corporal se considera desde una perspectiva causal, final, social o personal. Este claro tratamiento de la persona física como punto de partida de la autoría individual, conforme al § 25, párrafo 1, primera alternativa del Código Penal alemán, a la que a partir de la regulación de la autoría mediata en el § 25, párrafo 1, segunda alternativa y del § 25, párrafo 2, se añaden las acciones de otras personas físicas, constituye también un estado de cosas y una perspectiva sustancialmente diferentes a la imputación colectiva de procesos sistémicos. Esto mismo es aplicable al artículo 28 del Código Penal español.

Por eso, no puede considerarse una nueva interpretación del concepto de acción penal la lacónica argumentación con la que en la sentencia del *Lederspray* la Sala Primera de lo Penal del Tribunal Supremo federal alemán fundamentó la condena por comisión.

IV. ¿APLICABILIDAD DE LAS REGLAS SOBRE LA AUTORÍA MEDIATA O LA COAUTORÍA?

1. Como ya he señalado, el Tribunal Supremo federal alemán en su sentencia en el «caso *Krenz*» recomendó en un *obiter dictum* la aplicación de la figura de la autoría mediata por utilización de un aparato organizado de poder, admitida allí por primera vez en la jurisprudencia también para solucionar los «problemas de responsabilidad en la actividad de la empresa» (29), y, desde entonces, esa línea se ha mantenido e intensificado. En la doctrina, esta jurisprudencia, en lo que afecta a los delitos de empresa, ha sido criticada de forma bastante mayoritaria (30). En lugar de ella, en parte se aboga por recurrir a las reglas de la coautoría (31) y en parte se niega cualquier clase de responsabilidad en calidad de autor y se admite exclusivamente una

(29) Cfr. *supra*, nota 9.

(30) ROXIN, *JZ* 1995, pp. 49 y 51; MURMANN, *GA* 1996, p. 269; AMBOS, *GA* 1998, p. 226; ROTSCH, *NSiZ* 1998, p. 491; EL MISMO, *wistra* 1999, pp. 321 y 327.

(31) JAKOBS, *NSiZ* 1995, pp. 26 y 27; SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung des Anderen*, 1986, pp. 69 y ss.; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5.^a ed. 1996, p. 670; OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, 5.^a ed. 1996, p. 282.

inducción incluso en los casos del nacionalsocialismo y de la antigua República Democrática Alemana, es decir, de Hitler o Honecker (32).

2. En lugar de un análisis detallado de todas las ramificaciones de esta discusión, imposible en el presente marco, me gustaría hacer algunas observaciones sobre el aspecto metodológico del problema, que hasta ahora se ha abordado de modo demasiado sucinto. La caracterización legal de la autoría mediata y de la coautoría en el § 25 del Código Penal alemán o en el artículo 28 del Código Penal español es tan general que, evidentemente, en ninguno de los dos casos se trata de un concepto clasificatorio, sino de un concepto-tipo (*Typus*) en el sentido precisado por primera vez en la Teoría del Derecho más moderna, es decir, de un concepto con varios elementos graduables (dimensiones), que no puede ser definido en el sentido clásico, sino sólo puede ser concretizado a través de las reglas de aplicación a casos similares en las que las diferentes dimensiones se representan con distintas intensidades, respectivamente, de modo que, por ejemplo, la intensidad débil de un elemento pueda compensarse con la intensidad especialmente elevada de otro, pudiéndose de esta forma seguir viéndose el caso concreto como una forma de aparición del concepto-tipo (33). Por eso, en mi opinión, la figura de la coautoría no se puede negar sólo con el argumento de que falta el mutuo acuerdo entre el principal y el órgano de ejecución (34), ya que la intensidad débil de la dimensión «mutuo acuerdo» en la empresa sí podría compensarse con la estrecha vinculación objetiva de las aportaciones del principal y del órgano de ejecución. Siempre y cuando exista una aportación

(32) ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7.^a ed. 2000, p. 683; GROPP, *JuS* 1996, pp. 13 y 16.

(33) Cfr. al respecto PUPPE, *Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift*, 1989, pp. 15, 25 y ss.; KUHLEN, en: Herberger/Neumann/Rüßmann (comps.), *Generalisierung und Individualisierung im Rechtsdenken*, ARSP-Beiheft Nr. 45 (1992), pp. 101, 119 y ss.; SCHÜNEMANN, *Arthur Kaufmann-Festschrift* (1993), pp. 299 y ss., 305 y ss.; LK/SCHÜNEMANN, § 266, núm. marg. 19 y ss.

(34) Así, la crítica de RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht-Strafrecht, Verfassungsrecht, Regelungsalternativen*, 1996, p. 50; ROTSCH, *NSiZ* 1998, pp. 491 y 492; PUPPE, *NSiZ* 1991, pp. 571 y 572. ROXIN es citado por ROTSCH (*op. cit.*) también con esta opinión, pero en realidad considera suficiente, al igual que la sentencia *RGSt* 58, 279, que los que actúan no se conozcan, en tanto que cada uno de ellos sea consciente de que junto a él actúan otro u otros y éstos posean la misma consciencia (LK § 25, núm. marg. 173), lo que por lo general será el caso en los supuestos de criminalidad empresarial en la relación del principal y el órgano de ejecución, al menos cuando ambos actúen sobre la base de la misma «actitud de la asociación» (sobre este concepto, SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, *supra*, nota 1, pp. 22, 253). En diferente sentido que ROTSCH, obviamente, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft* (*supra*, nota 32), p. 680.

positiva propia de un órgano directivo, es decir, por ejemplo, una instrucción general ejecutada después por el subordinado, o la entrega de material por el superior jerárquico y su utilización por un subordinado, entran en consideración tanto la autoría mediata como la coautoría, alternativamente, aunque, en mi opinión, la concreción del concepto-tipo plausible es la siguiente: para la autoría mediata por utilización de un aparato organizado de poder se debería exigir una supremacía considerable del hombre de detrás y, por eso, no sólo, como *Roxin*, que la organización se aparte del Derecho (35), sino también que se base en un sistema de ejercicio de violencia (lo que quizá ya venga implicado en el concepto de «aparato de poder»). De lo contrario, por ejemplo, en una organización que invierte en la financiación criminal de partidos políticos en un Estado de Derecho, se aceptaría un dominio del hecho superior del hombre de detrás, lo que no sería justo por la posibilidad que en ese caso tiene en todo momento el hombre de delante de no aceptar las pretensiones injustas que se le formulan. Por eso, de acuerdo con la interpretación corroborada por *Roxin* en una reciente conferencia en Lisboa (36), considero incorrecta la admisión de la autoría mediata de un órgano directivo de una empresa que está detrás de un órgano de ejecución que actúa de modo plenamente delictivo. En su lugar, considero apropiada la admisión de una coautoría si y porque el principal, por un lado, tiene una posición de garante (lo que trataré en profundidad inmediatamente, en el apartado VI), y, por otro, llega a poseer un control tan intenso sobre el hecho por su contribución activa adicional que sus aportaciones, aisladamente calificables de inducción y participación omisiva, unidas sólo pueden abarcarse adecuadamente por la pena de la coautoría (37). Aun en los supuestos en los que con las diferentes

(35) Cfr. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft* (*supra*, nota 32), pp. 242 y ss., 611; *LK/ROXIN*, § 25, núm. marg. 128 y ss.

(36) Cfr. al respecto también ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft* (*supra*, nota 32), pp. 682 y ss.; ROTSCHE, *Individuelle Haftung* (*supra*, nota 13), pp. 144 y ss.; EL MISMO, *NSiZ* 1998, 493 y ss.; EL MISMO, *wistra* 1999, pp. 321 y 327; AMBOS, *GA* 1998, p. 239; KÜHL, *Strafrecht AT*, 2.ª ed. 1997, § 20, núm. marg. 73 b; mi anterior consideración en *Unternehmenskriminalität und Strafrecht* (*supra*, nota 1), p. 103, pretendía fundamentar sobre todo la posición de garante del principal, pero no para realizar una afirmación «de diagnóstico diferenciado» sobre la alternativa entre «autoría mediata o coautoría». Como el *BGH*, en contra, RANSIEK (*supra*, nota 34), pp. 46 y ss.

(37) Acerca de que un acuerdo tácito es suficiente para afirmar la decisión común para el hecho, ver *supra*, nota 34; afirma sólo una inducción, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft* (*supra*, nota 32), p. 683, quien no obstante no trata la acumulación con una reponsabilidad por ser garante. El ulterior argumento de ROXIN, de que

aportaciones al hecho se traspasan los límites de la empresa, es decir, cuando se encomienda una conducta delictiva a otro empresario independiente (38) o, en el caso de interrupción de un tratamiento, a una enfermera (39), pero quien la realiza actúa al mismo tiempo contra sus propios deberes de garante, considero apropiada la admisión de la coautoría en vez de la autoría mediata, preferida por el Tribunal Supremo federal alemán, mientras que *Roxin de lege lata* sigue aferrándose a un concurso entre autoría omisiva e inducción (40).

V. PROBLEMAS DE LA CAUSALIDAD Y LA AUTORÍA EN DECISIONES COLEGIADAS

A la cantidad de problemas jurídicos de alto calibre que arrojan los delitos empresariales, pertenecen también las cuestiones de causalidad e imputación ante decisiones de gremios adoptadas por mayoría. Éstas conciernen también a uno de los puntos más delicados del Derecho Penal empresarial, pues es evidente que la comprobación de la causalidad referida al actuar individual en gremios que deciden conforme al principio de mayorías, genera especiales dificultades.

En el ejemplo de la sentencia del spray para cuero (*Lederspray*), ni siquiera se halla fuera de discusión la cuestión de si cada uno de los miembros de la junta directiva cometió una lesión corporal dolosa a través de su aportación en el acuerdo unánime de seguir vendiendo el spray para cuero nocivo para los consumidores. En efecto, la objeción de la falta de causalidad porque el voto en contra de un solo miembro de la junta directiva no habría podido modificar la decisión, fue rechazada por el Tribunal Supremo federal alemán haciendo referencia a las reglas de la imputación por coautoría (41), lo que ha sido calificado por *Puppe* como un círculo vicioso y por *Samson* como absolutamente inaceptable (42). Pero la crítica es desacertada. En primer

la coautoría debe ser estructurada horizontalmente (*op. cit.*, p. 680), acaba en una determinación categórica apresurada, no compatible con la estructura tipológica de la coautoría.

(38) *BGHSt* 43, 219, 231 y ss.

(39) *BGHSt* 40, 257.

(40) ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft* (*supra*, nota 32), pp. 611 y ss. (núm. marg. 38 y 39).

(41) *BGHSt* 37, 129.

(42) PUPPE, *JR* 1992, pp. 31 y ss.; del mismo modo, HOYER, *GA* 1996, pp. 160 y 173; SAMSON, *StV* 1991, p. 184; de acuerdo con ello, ROTSCHE, *wistra* 1999, pp. 324 y s.

lugar, conforme a la teoría de la condición conforme a leyes (objecada recientemente por *Knauer* (43), pero acertada en mi opinión), no cabe duda que en una decisión de continuar vendiendo el producto adoptada unánimemente, todo voto ha sido causal para la continuación de la venta lo que, por lo demás, también se aplicaría a un voto en contra, pues también habría sido una parte del proceso de votación causal para la continuación de la venta. Además, la coautoría no depende del curso causal hipotético de qué habría sucedido en caso de que uno de los participantes hubiera votado en contra.

Esta pregunta se formula, más bien, sólo en una comisión imprudente y, en ese caso, del siguiente modo dogmático: «¿se habría producido el resultado también en el caso de una conducta conforme a deber?», lo que se denomina, de una forma inexacta, «causalidad de la contrariedad al deber». Naturalmente, aquí no se puede volver *ab ovo* a toda la extensa cuestión debatida que es harto conocida. Conforme a la teoría del incremento del riesgo defendida por la doctrina dominante, fundada por *Roxin* y reformulada normativamente por mí (44), debe preguntarse si el comportamiento conforme a deber habría reducido el riesgo de la producción del resultado tan notablemente que el correspondiente deber se ha de calificar incluso desde la perspectiva *ex post* como medida apropiada para la protección del bien jurídico. Ello debería negarse en caso de un voto aislado, cuando *ex post* el acuerdo del resto de los miembros de la junta directiva de no realizar la retirada del producto es firme. Sin embargo, si se centra el análisis sólo en el voto, se observa el curso completo de la decisión del gremio de modo demasiado restringido, ya que obviamente también forman parte de él la participación en el debate y la actuación dirigida a la decisión correcta, es decir, dirigida concretamente a la decisión a favor de la retirada del producto. Y, entonces, puede partirse por lo general de que un voto fundado, expresado en el debate, a favor de la retirada del producto, desde luego habría tenido considerables oportunidades de imponerse, por lo que ha de afirmarse la imputación del resultado.

Así, sólo queda la omisión imprudente, por ejemplo en el siguiente supuesto: un miembro de la junta directiva no asiste a la reunión decisiva en la que se decide unánimemente la continuación de la venta del producto. Aquí, la acción omitida (la participación en la reunión abogando por el cese de la producción) puede eliminarse mental-

(43) *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht*, 2001, pp. 105 y ss. y 119 y s.

(44) Cfr. SCHÜNEMANN, *JA* 1975, pp. 582 y ss. y 647 y ss.; EL MISMO, *SrV* 1985, pp. 229 y ss.; EL MISMO, *GA* 1985, pp. 341 y ss.; EL MISMO, *GA* 1999, pp. 207 y 225 y ss.

mente sin que el resultado desaparezca con una probabilidad rayana en la certeza, de modo tal que falta la causalidad para el resultado, que en los delitos de omisión no puede reemplazarse por el incremento del riesgo. Resulta aún más complicado responder a la cuestión de la responsabilidad por la omisión de la retirada del producto cuando el autor ha cooperado imprudentemente con tendencia equivocada en una decisión que rechazaba la retirada del producto. Aquí el autor ha co-causado el acuerdo de no retirar el producto mediante un hacer, es decir, no sólo se ha limitado a ausentarse del acuerdo sobre la retirada del producto. En ese caso se aplica lo siguiente: quien causa un acuerdo antijurídico mediante una conducta activa, que a su vez es cuasicausal conforme a los principios del delito de omisión impropia, es también responsable por la producción del resultado.

Con esto, sigo manteniendo en general mi conclusión de 1979, de que las dificultades para individualizar la imputación en el marco de una empresa pueden resolverse completando las prescripciones tan cuidadosamente que sólo quede teóricamente una laguna de punibilidad. Ésta se da en caso de saberse fehacientemente que la lesión del bien jurídico se ha causado por un miembro de la empresa, sin poderse sin embargo averiguar su identidad por las dificultades específicas de prueba que presenta el hecho cometido desde un sujeto colectivo. Junto a esta laguna dogmática, se encuentra el problema político-criminal que ya he mencionado al comienzo, consistente en que el efecto preventivo de las normas penales dentro del «sistema autopoyético» de la empresa es mucho más débil que frente a un solo individuo. Por esta razón, desarrollé ya en 1979 una concepción para evitar las lagunas dogmáticas, consistente en prever sanciones contra la empresa misma (45) y la amplié en un sentido político-criminal a partir del Simposio de Madrid de 1992 para compensar el déficit de eficacia preventiva afirmando la posibilidad de sancionar cumulativamente tanto al individuo que actúa para la empresa, como a la propia empresa (46). Desde entonces, se ha desarrollado en el plano europeo y también, especialmente, en la ciencia jurídico-penal alemana un debate muy intenso sobre si es sostenible dogmáticamente y razonable político-criminalmente prever en todos los casos una verdadera pena contra la empresa misma (47), la mayor parte de las veces pen-

(45) Cfr. *supra*, nota 1.

(46) Cfr. *supra*, nota 4.

(47) Sobre ello, cfr., entre otros, BUSCH, *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*, 1933, pp. 116 y ss.; R. SCHMITT, *Strafrechtliche Maßnahmen gegen Verbände*, 1958, pp. 181 y ss.; LANG-HINRICHSSEN, *Festschrift für Helmut Mayer*, 1966, pp. 49 y ss.; TIEDEMANN, *Gutachten C zum 49, DJT* 1974, p. 49;

sando en categorías del Derecho Civil y no haciendo referencia a la penalización de la empresa, sino de la persona jurídica (es decir, del titular de la empresa). A decir verdad, las numerosas contribuciones alemanas de los últimos diez años no han aportado aspectos esenciales nuevos respecto al estado del debate en el Simposio de Madrid de 1992. Como en el presente Simposio se está tratando en primera

ACKERMANN, *Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen*, 1984, *passim*; OTTO, *Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden*, 1993; EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, 1994, pp. 96 y ss.; ACHENBACH, en: Schönemann/Figueiredo Dias (eds.), *Bausteine des europäischen Strafrechts*, 1995, pp. 283 y ss.; HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, 1995; RANSIEK, *Unternehmensstrafrecht*, 1996; BRICKEY, *Corporate Criminal Liability*, t. I, 2.^a ed., 1992, t. II y III, 1984; COFFEE Y FERGUSON, en: Eser/Heine/Huber (eds.), *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities, International Colloquium* Berlín 1998, Friburgo de Brisgovia, 1999; sobre el Derecho inglés, véanse: LEIGH, *The Criminal Liability of Corporations in English Law*, 1969; WELLS, *Corporations and Criminal Responsibility*, 1993; EL MISMO, *ZStW* 107 (1995), pp. 676 y ss.; EL MISMO, Eser/Heine/Huber (eds.), *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities (op. cit.)*, pp. 217 y ss.; además, HEALY/HARDING/WISE, en: De Doelder/Tiedemann (eds.), *Criminal Liability of Corporations (op. cit.)*, pp. 169 y ss., 383 y ss.; sobre Escandinavia y los Países Bajos: DE DOELDER, en: De Doelder/Tiedemann (eds.), *Criminal Liability of Corporations (op. cit.)*, pp. 289 y ss.; RIIHJÄRVI, *ibid.*, pp. 203 y ss.; DE DOELDER/GREVE/ROSTAD, en: Schönemann/Suárez González, *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts (supra, nota 4)*, pp. 311 y ss., 313 y ss., 323 y ss.; WALING, *Das niederländische Umweltstrafrecht*, 1991, pp. 104 y ss.; TORRINGA, *Strafbaarheid van Rechtspersonen*, 1984; NIELSEN, Eser/Heine/Huber (eds.), *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities (op. cit.)*, pp. 321 y ss.; SCHÜNEMANN, en: *Leipziger Kommentar zum StGB*, 11.^a ed., 1993, § 14, núm. marg. 76. Sobre la punibilidad de las personas jurídicas establecida en el Código Penal francés de 1992: BOULOC, en: De Doelder/Tiedemann (eds.), *Criminal Liability of Corporations (op. cit.)*, pp. 235 y ss.; DELMAS-MARTY, en: Schönemann/Suárez González, *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts (supra, nota 4)*, pp. 305 y ss.; SCHWINGE, *Strafrechtliche Sanktionen gegenüber Unternehmen im Bereich des Umweltstrafrechts*, 1996, pp. 30 y ss.; ZIESCHANG, *Das Sanktionensystem in der Reform des französischen Strafrechts im Vergleich mit dem deutschen Strafrecht*, 1992, pp. 236 y ss. Sobre ello, en España, S. BACIGALUPO, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 1998, pp. 231 y ss.; SILVA SÁNCHEZ (ed.), en: Schönemann/Figueiredo Dias (eds.), *Bausteine des europäischen Strafrechts*, 1995, pp. 307 y ss.; respecto a Italia: PALIERO, en: Schönemann/Suárez González, *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts (supra, nota 4)*, pp. 245 y ss.; EL MISMO, en: De Doelder/Tiedemann (eds.), *Criminal Liability of Corporations (op. cit.)*, pp. 251, 265 y ss.; MILITELLO, en: Schönemann/Figueiredo Dias (eds.), *Bausteine des europäischen Strafrechts*, 1995, pp. 321 y ss.; MILITELLO, Eser/Heine/Huber (eds.), *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities (op. cit.)*, p. 181; respecto a Portugal, FARIA COSTA, en: Schönemann/Figueiredo (eds.), *Bausteine des europäischen Strafrechts*, 1995, pp. 337 y ss.; SERRA, Eser/Heine/Huber (eds.), *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities (op. cit.)*, p. 203.

línea la responsabilidad individual por delitos cometidos en el marco de una empresa, y como aún considero acertadas las posiciones que sostuve en mi conferencia de Madrid de hace diez años, no quisiera detenerme más en el tema de la punibilidad de la persona jurídica. Sin embargo, sí llamaré al final la atención sobre algunos puntos, concretando de este modo mis consideraciones sobre el Derecho Penal empresarial.

No puedo ocultar cierto regocijo irónico al ver que la evolución más reciente de la dogmática alemana se caracteriza por una doble paradoja, pues *Hans Joachim Hirsch*, cabeza del finalismo, propaga la verdadera punibilidad de las personas jurídicas (48), con lo que se ha entregado al campo dogmático de su antípoda, *Günther Jakobs*, quien había calificado como casi evidente, desde su posición teórico-sistémica, la punibilidad de las personas jurídicas (49). A la inversa, justamente el propio *Günther Jakobs* acaba de emprender una marcha exactamente contraria en su artículo publicado en el Libro-Homenaje a Lüderssen (50), pronunciado hace sólo pocos días como conferencia en Alicante, negando ahora categóricamente una punibilidad de la persona jurídica, lo cual probablemente hundirá a sus numerosos seguidores en España y en el mundo hispanoparlante en una profunda crisis de identidad. Me permito ser breve en mi comentario al respecto, pues las posiciones anteriores, particularmente el concepto teórico-sistémico de *Jakobs*, que conduce forzosamente a la punibilidad de las personas jurídicas, ha sido puesto en conocimiento de mis oyentes del mejor modo mediante el completo trabajo de *Silvina Bacigalupo* (51). *Hirsch* pretende fundar la punibilidad de la persona jurídica en el denominado modelo de la representación, en el que a la persona jurídica se le imputan la acción y la culpabilidad de una persona física según el principio de la representación (52). La severa crítica que se le hace, de que la imputación de una acción ajena no es acción propia alguna y que la imputación de culpabilidad ajena no significa propia culpabilidad, *Hirsch* intenta debilitarla haciendo referencia al uso cotidiano del lenguaje, en el que también se suele afirmar una culpabilidad de los colectivos, como por ejemplo Estados y

(48) HIRSCH, *Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden*, 1993.

(49) JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.^a ed. 1991, pp. 148 y ss.; cfr. también LAMPE, *ZStW* 106 (1994), pp. 683 y ss.

(50) *Festschrift für Lüderssen*, 2002, pp. 559 y ss.

(51) *Op. cit.*, nota 47.

(52) HIRSCH (*supra*, nota 48); cfr. también H.-J. SCHROTH, *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte*, 1993; EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, 1994, pp. 26 y ss.

sociedades, por cualesquiera sucesos de su ámbito de responsabilidad (53). Sin embargo, *Hirsch* ha olvidado plantear la cuestión, en sí misma evidente para un partidario del finalismo (54), de a qué estructuras lógico-objetivas se hace referencia con el concepto de culpabilidad específicamente penal y de si el uso cotidiano del lenguaje también armoniza con ellas. Puesto que la culpabilidad sólo por eso y sólo entonces legitima la pena, porque y cuando el autor tuvo la posibilidad de actuar de otra manera, se basa, por consiguiente, en la imputación de una acción y, por ello, de nuevo, en la capacidad de acción. Dado que las corporaciones inequívocamente carecen de capacidad de acción en el sentido de un concepto de acción referido al movimiento corporal humano, el contraargumento de *Hirsch* de que respecto a las corporaciones existe una «forma de actuación propia a través de otro» sustituye, sin vacilar, la acción por imputación y acaba, por ello, en un círculo vicioso. Por eso, también es desacertada la analogía con la figura jurídica de la autoría mediata alegada por *Hirsch*, ya que el autor mediato evidentemente es responsable por su propia acción, a través de la cual domina el hecho, mientras que la persona jurídica misma no actúa en absoluto. Por eso, el modelo de la representación es insostenible ya en el plano lógico, y es inaceptable con mayor razón para un finalista que funda su sistema en las estructuras ontológicas de la acción y en el poder actuar de otra manera, de modo que la posición de *Hirsch* constituye una especie de desliz en su propio sistema (55). De ahí que la única concepción que es consistente lógicamente, con la que podría legitimarse un verdadero Derecho Penal de corporaciones, es la del modelo teórico-sistémico, formulado por *Jakobs* hace tiempo del siguiente modo: no se puede fundamentar «que en la determinación del sujeto, el sistema construido siempre deba estar integrado por los componentes de una persona física y no por los de la persona jurídica», por lo que «también los

(53) *Op. cit.* (*supra*, nota 52), pp. 13 y ss.

(54) A cuyo efecto se ha de entender por finalismo la doctrina de WELZEL, según la cual los principios de imputación del Derecho Penal se tienen que derivar de la estructura ontológica en la que radica la base de la acción final; sobre la defensa de este concepto por HIRSCH, véase HIRSCH, en: EL MISMO (ed.), *Deutsch-Spanisches Strafrechtsskolloquium* 1986, 1987, p. 47; EL MISMO, en: *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*, 1988, p. 399; EL MISMO, en: *Hirsch/Weigend* (eds.), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, 1989, p. 65; EL MISMO, *ZStW* 93 (1981), p. 831; *ZStW* 94 (1982), p. 239; *ZStW* 106 (1994), p. 746.

(55) Así, detalladamente, por v. FREIER, *Kritik der Verbandsstrafe*, 1998; WOHLERS, *SJZ* 96 (2000), pp. 381 y 385 y ss.; en la actualidad, paradójicamente, también JAKOBS; véase, al respecto, el texto siguiente.

Estatutos y órganos de la persona jurídica se pueden definir como un sistema» (56). Sin embargo, *Jakobs* acaba de retractarse justamente de esta concepción, culminando su fundamentación con dos argumentos: la imputación de una acción en una organización ajena se excluye cuando el comportamiento es señalado por el Derecho forzosamente como acción en una propia organización. Por eso, la punición de la persona jurídica conduciría forzosamente a la exclusión de la pena para el órgano actuante, lo que en su opinión sería inaceptable (57). Además, según *Jakobs*, la culpabilidad supone una identidad de la persona mediante consciencia, es decir, que la persona se sepa libre, o sea como un espíritu consciente de sí mismo que concibe su ser como su posibilidad (58).

Al leer estas palabras de *Jakobs* no se da crédito, ya que se trata, evidentemente, de una argumentación ontológica, pues la consciencia de sí mismo y de la libertad, que declara necesarias, son realidades psíquicas, cuya relevancia en Derecho Penal él había repudiado de un modo enérgico anteriormente, durante veinticinco años. Por tanto, con este argumento, derriba las raíces de su sistema de modo muy parecido a como *Hirsch* lo hizo con las del finalismo. Y su segundo argumento, que una acción sólo se puede imputar a una sola persona es, en esta forma apodíctica, aún menos importante. Al respecto, me limito a recordar sólo el concepto de autoría mediata en la forma del autor detrás del autor que, con el tiempo, se ha impuesto en Alemania de forma generalizada (59).

Por consiguiente, las sorprendentes maniobras de *Hirsch* y *Jakobs* han convertido la dogmática penal alemana en un sistema muy poco claro para el observador extranjero, e incluso ponen en peligro, a decir verdad, el prestigio específicamente internacional de la ciencia penal alemana, que consiste sobre todo en que los sistemas desarrollados en ella se basan en un pensamiento radicalmente consecuente.

En esta cuestión no veo ni en el cambio de posición de *Hirsch* y *Jakobs*, ni en los numerosos escritos de habilitación, tesis doctorales y trabajos publicados en Alemania desde el Simposio de Madrid de 1992, y que se expresan en parte a favor y en parte en contra de la

(56) JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., 1991, p. 149.

(57) *Festschrift für Lüderssen*, p. 565.

(58) *Festschrift für Lüderssen*, p. 571.

(59) AMBOS, *GA* 1998, pp. 226 y ss.; BLOY, *GA* 1996, pp. 425 y ss.; GROPP, *JuS* 1996, pp. 13 y ss.; JUNG, *JuS* 1995, pp. 173 y ss.; KNAUER, *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht*, 2001, p. 76; KÜPPER, *GA* 1998, p. 524; ROXIN, *JZ* 1995, pp. 49 y ss.; EL MISMO, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, tomo II, 2003, p. 41; U. SCHULZ, *JuS* 1997, p. 109.

pena para las personas jurídicas, una razón fundada para desviarme de la posición que sostuve en Madrid hace diez años: pues, para el caso de una empresa en la que existe una «actitud criminal de grupo», y en la que el efecto preventivo del Derecho Penal individual está debilitado respecto del comportamiento de los miembros de la empresa en el marco de ésta, esa debilitación debe compensarse con sanciones a la empresa misma. Por cierto, al desarrollar la idea de imponer sanciones a la empresa debe realizarse, naturalmente, un severo examen de su adecuación. Así, se aprecia a primera vista que ni siquiera el concepto norteamericano de *corporate crime* es apropiado para mejorar la eficiencia de la prevención, sino que tiene el efecto contrario. En efecto, como en él la punición de las personas jurídicas se encuentra en primer plano, mientras que la punición de las personas físicas que actúan para la persona jurídica sólo ocurre bajo circunstancias difíciles y, por ello, es limitada (60), el balance sobre la eficiencia del Derecho Penal económico es, incluso, negativo, porque el decisivo efecto de prevención general del Derecho Penal se encuentra sustancialmente debilitado frente a los *manager* de la empresa. Sin embargo, tan importante y tan problemático como este examen de la adecuación lo es el examen de su legitimidad, pues la penalización de la persona jurídica acaba afectando a sus titulares, es decir, en la sociedad anónima a los accionistas, cuya gran masa en la realidad actual de los grandes grupos de empresas no posee la más mínima influencia en el desarrollo de la empresa, y acaba pagando enormes multas con reducción de los dividendos. Al mismo tiempo, también pueden verse afectados miles de empleados inocentes, cuando, por ejemplo, una multa exorbitante obliga a realizar despidos. De ahí que, en primer lugar, se deban buscar sanciones a la empresa que no actúen en primera línea en perjuicio de inocentes. Por eso, he propuesto en primera línea la curatela de la empresa, que he elaborado entretanto con más detalle y que implica un control durante un período de tiempo del *management* de la empresa para el futuro (61). Además, en mi opinión, la curatela

(60) Sobre los estrictos presupuestos bajo los que en los EEUU se castiga a los representantes de la corporación, junto a la misma, véase FERGUSON, Eser/Heine/Huber (eds.), *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities* (*supra*, nota 47), pp. 153 y ss. y 164; BRICKEY, *Corporate Criminal Liability*, tomo I, 2.ª ed. 1992, tomos II y III, 1984.

(61) En: SCHÜNEMANN *Unternehmenskriminalität und Strafrecht* (*supra*, nota 1), pp. 129 y ss.; EL MISMO, en: Schünemann/Suárez González, *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts* (*supra*, nota 4), p. 291; EL MISMO, en: Eser/Heine/Huber (eds.), *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities* (*supra*, nota 47), pp. 293 y ss.; EL MISMO, en: Bernal Cuéllar (coord.), Universidad

representa, por así decirlo, una idea única: funciona de cara al futuro como una medida de seguridad, pero su amenaza tiene ya un efecto preventivo-general absoluto sobre el *management*, porque perjudica su dominio y prestigio, y sin embargo, en tercer lugar, no daña ni a los que poseen una participación en la empresa ni a los empleados. Con esto, la curatela de la empresa representa en todos los aspectos una modalidad preferible a su opuesto, constituido por la regulación falta de imaginación del Derecho de la competencia europeo (62), de la que surge en definitiva la imposición de multas a la empresa misma que están alcanzando sumas astronómicas y, con ello, dañan gravemente a los que poseen una participación en la empresa y a los empleados, mientras que no se prevé sanción alguna para los *manager*, quienes, de esta manera, pueden infringir normas sin riesgo personal de índole penal.

En lo que respecta a la cuestión dogmática de la posibilidad de prever una verdadera pena para personas jurídicas, en el debate alemán actual existe una creciente negligencia en la precisión conceptual, sosteniéndose que el concepto tradicional de pena se debe extender a las sanciones para personas jurídicas (63). Pero esto es un error esencial, pues aquí no se trata de cualquier palabra, sino de categorías necesarias lógicamente y de sus relaciones lógicamente necesarias, que deben deducirse forzosamente del concepto esencial de «protección del bien jurídico mediante el Derecho Penal»: a diferencia del Derecho de Policía, el Derecho Penal protege los bienes jurídicos mediante normas de prohibición (64); cuando la norma de prohibición es infringida culpablemente, la penalización de quien la ha infringido es necesaria y legítima. Las normas de prohibición regulan comportamientos humanos, por lo que los procesos sistémicos no

Externado de Colombia, XXV Jornadas Internacionales de Derecho Penal, Bogotá, 2003, pp. 278 y ss.

(62) Dado que los destinatarios de los artículos 85 y 86 del Tratado de la UE no son personas físicas, sino únicamente empresas y uniones de empresas, la Comisión no está autorizada a gravar a personas físicas con multas administrativas; al respecto, véase DANNECKER/FISCHER-FRITSCH, *Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis*, 1989, pp. 260 y ss.

(63) Esto lo ha acentuado especialmente H. J. SCHROTH, cfr. *supra*, nota 52; de un modo similar más recientemente HALUSERMANN, *Der Verband als Straftäter und Strafprozeßsubjekt*, 2003, pp. 141. ss.

(64) Fundamental, respecto a la categoría de las normas (primarias), BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, tomo I, 3.ª ed. 1916, pp. 4 y ss.; ARMIN KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, pp. 3 y ss.; HART, *The concept of Law*, 1961; en este contexto, no es preciso tratar aquí los intentos de negar totalmente la existencia de las normas primarias que últimamente vuelven a estar en boga (por ejemplo, HOYER, *Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann*, 1997, *passim*).

pueden ser, como tales, al igual que los sucesos desarrollados conforme a la causalidad natural, objeto de ellas. Por eso, la norma de prohibición se dirige necesariamente al actuar humano y a su evitabilidad, es decir, a la culpabilidad humana, y con ello a presupuestos lógico-materiales que no pueden ser reemplazados por la imputación de otra cosa. Esto lo desconocen todos los autores que creen haber hallado en el *topos* de la culpabilidad por organización un sustituto de la culpabilidad de las personas individuales (65). Con esta expresión se describe un estado de la organización, pero no una infracción de la norma, por lo que la equiparación proclamada acaba desde el punto de vista lógico en un doble círculo vicioso. La culpabilidad por organización remite finalmente a actos incorrectos de organización de sujetos individuales y conduce, en esa medida, a un regreso infinito, pero no a un reproche de culpabilidad, es decir, de evitabilidad, que afecte directamente a la persona jurídica. Asimismo, los actos de organización incorrectos no infringen en todo caso la norma cuya infracción describe el correspondiente tipo penal, así que al responsabilizar penalmente a la persona jurídica en realidad se subsume en la norma penal supuestamente infringida una acción lesiva referida a otra norma. Esta afirmación no constituye un juego de lógica superflua, sino que tiene una importancia central porque conduce forzosamente a que desde el punto de vista de la lógica se deba desarrollar un concepto diferente al de la pena para la legitimación de las sanciones a la empresa. Esta argumentación revela que todo intento de proclamar una verdadera punibilidad de personas jurídicas acaba privando subrepticamente al Derecho Penal de su legitimación tradicional.

Por consiguiente, debe mantenerse con absoluta firmeza que debe ser desarrollado un sistema de sanción de empresas absolutamente independiente y que una ciencia penal que se tome en serio como ciencia debe protestar enérgicamente contra la adopción de los sistemas de Derecho Penal inglés o francés como modelo para un ordenamiento jurídico europeo, pues, considerados desde el punto de vista científico, son primitivos. En esta protesta no se esconde ninguna arrogancia nacional alemana, tal como *Joachim Vogel* me criticó en su sucinta clase de presentación como profesor en la ciudad de Tübingen (66), sino una protesta de la ciencia contra un ejercicio de dominio estatal negador de la ciencia. Estoy absolutamente convencido de que la ciencia penal española estará de acuerdo conmigo en esto, y además no sólo ésta, ya que, realmente, la ciencia penal de la mayoría

(65) Cfr., ante todo, las referencias a JAKOBS y LAMPE, *supra*, nota 49 y ss.

(66) Publicada en GA 2002, pp. 517 y ss.; cfr. pp. 524 y s.

de los países de la Unión Europea sigue insistiendo en esta consecuencia conceptual que, por lo demás, constituye en su contenido un presupuesto fundamental para la defensa del Estado de Derecho y no puede sacrificarse para dar paso al pragmatismo inglés o francés.

VI. LA POSICIÓN DE GARANTE EN EL DERECHO PENAL EMPRESARIAL

Llama la atención que durante mucho tiempo apenas hubo jurisprudencia significativa sobre la cuestión de la posición de garante del empresario (principal) o de los directivos de la empresa (llamada responsabilidad del dueño del negocio). En 1979 resumí la jurisprudencia de la posguerra, por un lado, en que no se podía apreciar una continuación constante de la jurisprudencia anterior del *Reichsgericht* sobre la responsabilidad como garante principal del titular de la empresa, sino sólo una continuación en ámbitos parciales, pero, por otro lado, que en ningún lugar se ponía verdaderamente en duda la responsabilidad a título de garante (67). Incluso, todavía en 1995, *Heine* reprodujo de nuevo la misma valoración. Por eso, me parecen pertinentes unas observaciones sobre la posición de garante general del principal o de los superiores en la empresa: mientras la teoría formal del deber jurídico cae en un grave atolladero en la cuestión de la responsabilidad de los administradores, la pauta de la equiparación restrictiva del «dominio sobre la causa del resultado», desarrollada por mí, puede asimilar sin grandes dificultades la responsabilidad de los administradores, concretamente por el dominio de la vigilancia ejercido con los medios de poder de la agrupación (dirección e información) sobre los miembros subordinados de la misma y/o en virtud de la custodia sobre los objetos peligrosos del patrimonio empresarial que son propiedad de la agrupación (68). Por otra parte, de acuerdo con el fundamento lógico-material del principio del dominio, esta posición de garante dentro de la empresa es atribuible a los órganos particulares de la empresa en función de la esfera empresarial que dominan, de modo que, por ejemplo, con la asunción de competencias determinadas también se transmite *eo ipso* la posición de garante correspondiente: si el director de un parque móvil se jubila y se con-

(67) *Unternehmenskriminalität und Strafrecht* (supra, nota 1), p. 77.

(68) Cfr. SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht* (supra, nota 1), pp. 95 y ss.

trata a un director nuevo, éste, con el dominio sobre el parque móvil, asume también, evidentemente, la posición de garante de protección frente a los peligros procedentes de los automóviles que se encuentren en su ámbito de dominio (69). De esta vinculación de la posición de garante al ámbito de dominio se sigue también, natural y forzosamente, que los deberes de garantía de un miembro del Consejo de Administración en una dirección de la empresa que se organiza según el principio de la división competencial en departamentos (*Ressortprinzip*) se limitan al ámbito dirigido por él y por eso sólo son más amplios en cuestiones fundamentales que competen a toda la dirección de la empresa (70).

Partiendo de la correcta decisión judicial, de que en lo concerniente al spray para el cuero existía un deber de garante de la empresa productora de evitar los peligros para la salud colectiva conocidos posteriormente, que lamentablemente fue negado por la teoría del dominio (incorrectamente, como hoy debo admitir y enseguida fundamentaré) (71), el Tribunal Supremo federal alemán buscó su salvación en la posición de garante por injerencia, que, como en tantos otros casos, pareció posibilitar un fundamento tentadoramente fácil porque se tenía la acción precedente de puesta en circulación del spray para el cuero peligroso para la salud como punto de apoyo (72). Pero esta posibilidad, aparentemente fácil y por eso tentadora, se pagó cara: 1) porque con ello no se valoró correctamente la limitación de la posición de garante por injerencia introducida en los años anteriores y por eso, en cierta medida medio conscientemente, se volvió a renunciar a ella; 2) porque el alcance de los deberes de evitar del resultado que se tienen que derivar de la posición de garante se determina de modo demasiado extensivo de varias formas; y 3) finalmente, porque con esta construcción apoyada únicamente en la causalidad tampoco se puede tener en cuenta, ni siquiera de manera

(69) Cfr. SCHÜNEMANN, en: *Umweltschutz und technische Sicherheit im Unternehmen* (supra, nota 6), pp. 137, 141 y ss. y 149 y ss.

(70) Cfr. SCHÜNEMANN (supra, nota 69), pp. 157 y ss. Con ayuda de la categoría de la exigibilidad, el Tribunal Supremo federal alemán llega al mismo resultado, cfr. *BGH NStZ* 1997, 545.

(71) Cfr. SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht* (supra, nota 1), pp. 99 y ss.; EL MISMO, *wistra* 1982, pp. 41, 44 y s.; también en: *Umweltschutz und technische Sicherheit im Unternehmen* (supra, nota 6), pp. 163 y ss.; además, en: Gimbernat/Schünemann/Wolter (comps.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, 1995, pp. 49 y 66 y ss.; así como también, BRAMMSEN, *Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflicht*, 1986, pp. 274 y s.

(72) *BGHSt* 37, 106, 115 y ss.

rudimentaria, la estructura de división de trabajo de la empresa económica moderna.

a) Con ello, el Tribunal Supremo federal alemán, de un modo que aquí no puedo explicar más exhaustivamente, no ha respetado la limitación de la posición de garante por injerencia a la conducta contraria a deber precedente estatuida antes por su nueva jurisprudencia reiterada, ya que, queriendo permitir que para la contrariedad a deber baste «la reprobación jurídica del resultado de puesta en peligro» (*supra*, sentencia *BGHSt* 37, 119), para ella no exige nada más que la causalidad de la lesión, la que, sin embargo, no puede cambiar nada respecto a que la conducta precedente realizada con observancia del cuidado objetivamente necesario en el tráfico no infringe ninguna norma de conducta y, por eso, no es contraria a deber.

b) El primer modo en que se ha extendido desmedidamente la posición de garante se manifiesta en que la Sala Primera de lo Penal del Tribunal Supremo federal alemán habla siempre de un «deber de retirada del producto», asumiendo íntegramente la terminología civil, a pesar de que aquí la posición de garante penal únicamente puede consistir en una advertencia a los consumidores: incluso si existe una expectativa de los consumidores a la retirada o el cambio del producto peligroso fundada en el Derecho Civil, el deber penal de evitación del resultado se cumple siempre ya con la advertencia al consumidor porque, naturalmente, exclusivamente éste es quien tiene que decidir por sí mismo si quiere seguir utilizando o no el producto peligroso de su propiedad.

c) La siguiente extensión desmedida de la posición de garante se manifiesta en que, al apoyarse, por decirlo así, en la causalidad que tiende al infinito, no puede otorgar ninguna consideración a las estructuras y delegaciones empresariales y, especialmente, en que desde el enfoque de la injerencia no puede deducirse la limitación de los deberes de garantía al propio ámbito de dominio que según mi criterio del dominio está predeterminada orgánicamente: tanto menos se puede responsabilizar a quien entra nuevo por una acción precedente, como dejar exento de la causalidad infinita de su conducta previa al jubilado por el mero hecho de la jubilación; y la dependencia de la posición de garante de los ámbitos de poder de los que uno se hace cargo en cada caso, evidente en mi sistema de dominio, no se puede comprender desde el enfoque de la injerencia porque desde una consideración meramente causal, por el contrario, es indiferente.

¿Cuál sería la solución correcta?

Sin embargo, hasta hace poco no he descubierto la solución que en cualquier caso me convence definitivamente porque antes aún no

había encontrado una distinción, necesaria, pero que había sido pasada por alto completamente en la discusión llevada a cabo hasta ese momento: el deber de advertencia sólo tiene sentido si se admite un deber previo de observación del producto y el criterio central para la aceptación de un deber permanente de observación del producto como presupuesto lógico-material de un deber de garante de advertir posterior, también al consumidor que ya ha alcanzado la propiedad del producto, consiste claramente, desde la perspectiva de la teoría del dominio, en que el productor promete al cliente hacer precisamente eso y, de esa manera, el cliente puede confiar en que deja en manos del productor el velar para que el producto no sea peligroso (en la medida en que no se trate de un proceso normal de desgaste), como el paciente o el titular de un vehículo pueden confiar en el médico de cabecera o en el taller, respectivamente. Entonces, bajo este presupuesto, por consiguiente, surge un dominio por el desamparo parcial de la víctima que yo siempre he admitido como subforma de posición de garante por asunción (73). Por otra parte, si se pregunta bajo qué presupuestos parte el consumidor de que el productor seguirá teniendo el producto en observación e informará al público sobre peligros conocidos ulteriormente, se puede hacer referencia al modo en que el productor se presenta en el mercado, por ejemplo, a través de la creación de una marca y de la publicidad realizada con ella. Como se puede comprobar, en toda emisión publicitaria, el productor, cuando se trata de productos técnicos, muestra frecuentemente de forma expresa y casi siempre implícitamente la especial fiabilidad del objeto producido y controlado por él y esto distingue de forma decisiva los artículos de marca de los que no son de marca. Dado que los artículos de marca por regla general son más caros que los que no son de marca, en aquéllos el cliente también está pagando una cantidad por esa prestación adicional prometida en la publicidad, por lo que puede confiar, con razón, en el deber de observación del producto del productor.

Por consiguiente, como en el caso del spray para el cuero se trataba de un producto de marca, el Tribunal Supremo federal alemán decidió correctamente. Con ello, al mismo tiempo se fijó la distinción decisiva para el futuro acerca de que los deberes de observación del producto y de advertencia posterior, que sólo se pueden fundamentar, precisamente, cuando el productor se comprometió explícita o implícitamente a una precaución de esa clase y el círculo de consumidores

(73) SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971, pp. 348 y ss.

por regla general cuenta con ello, es decir, siempre y sólo cuando se trata de artículos de marca.

Finalmente, en el marco de la investigación sobre la posición de garante en la empresa ha de plantearse si la responsabilidad de los administradores queda restringida en función de los límites de la empresa o del titular empresa, es decir, por regla general de una persona jurídica, o si en Derecho Penal también hay un correlato de la responsabilidad en el grupo de empresas por levantamiento del velo del Derecho Civil. Por primera vez me parece claro que cuando el dominio sobre los riesgos para el medio ambiente y los riesgos para la seguridad técnica recae en varias sociedades pertenecientes a un grupo de empresas cuyos órganos de dirección también están, juntos, en posición de garante, como cuando en un Consejo de Administración ésta alcanza a varios departamentos, a cada uno parcialmente. Además, las figuras específicas del Derecho Civil, desarrolladas para garantizar en la medida de lo posible un deudor solvente, no pueden tener un correlato en el Derecho Penal, así que, por ejemplo, el aspecto de la infracapitalización (74) no desempeña ningún papel para la fundamentación de un deber penal de actuar. El deber de la dirección del grupo de empresas, entretanto rechazado por la mayoría de la doctrina de Derecho Societario (75), también es (si es que existe), como un deber frente a la propia sociedad, irrelevante respecto a la cuestión de la posición de garante de cara al exterior. Por eso, originariamente, en el ámbito de los grupos de empresas en absoluto existen deberes de dirección y control, y esto también se aplica a los grupos de empresas de modelo contractual (76), en los que las instrucciones de la sociedad matriz por regla general únicamente pueden calificarse como inducción. Ello se debe a que la relación entre las empresas del grupo no se edifica sobre el principio de jerarquía dentro de una empresa, sino que

(74) Como un criterio central general para la aceptación de un levantamiento del velo en el Derecho de Sociedades, cfr. LUTTER/HOMMELHOFF, *GmbHG*, 15.ª ed. 2000, § 13, núm. marg. 5 y ss.; BLAUROCK, *Festschrift für Stimpel*, 1985, pp. 553, 559 y ss.; HACHENBURG/ÜLMER, *GmbHG*, t. 1 (§§ 1-34), 8.ª ed. 1992, anexo al § 30, núm. marg. 50 y ss.; RAISER, *Recht der Kapitalgesellschaften*, 3.ª ed. 2001, § 29, núm. marg. 29 y ss. con más referencias; además, SCHMIDT, *ZIP* 1991, pp. 1325 y ss.; STIMPEL, *Festschrift für Goerdeler*, 1987, pp. 601 y ss.; EL MISMO, *ZGR* 1991, pp. 144 y ss.

(75) Cfr. HOMMELHOFF, *Die Konzernleitungspflicht*, 1982, *pássim* y la detallada recensión de KROPFF, *ZGR* 1984, pp. 112 y ss.; en rechazo del deber de la dirección del grupo de empresas: cfr. BAUMBACH/HUECK-ZÖLLMER, *Kommentar zum GmbHG*, 17.ª ed., 2000, anexo final I, núm. marg. 106 con ulteriores referencias.

(76) Sobre los grupos de empresas de modelo contractual, cfr. RAISER (*supra*, nota 74), § 54; KÜBLER, *Gesellschaftsrecht*, 5.ª ed. 1998, pp. 363 y ss.; LUTTER/HOMMELHOFF (*supra*, nota 74), anexo al § 13, núm. marg. 47 y ss.; EMMERICH/SONNENSCHNEN/HABERSACK, *Konzernrecht*, 7.ª ed. 2001, § 11.

se basa en una facultad para impartir instrucciones precedente exclusivamente del Derecho Societario. Por otra parte, de ello se desprende que la omisión de una instrucción a cuya impartición la sociedad matriz no está obligada frente al público, tampoco puede fundamentar la responsabilidad de los órganos que actúan para ella por una omisión impropia. Por supuesto, en la práctica de la Comisión de la Unión Europea y del Tribunal Europeo en procesos sobre multas por cártel se mantiene precisamente el punto de vista contrario (77), pero esta práctica, en primer lugar, no se orienta por los principios del Derecho Penal alemán y, por lo demás, es más que nada la expresión de la necesidad fiscal de encontrar un destinatario, a ser posible solvente, de las exorbitantes multas (78).

VII. LA FIGURA DEL ADMINISTRADOR DE HECHO

1. La aceptación y el desarrollo de la figura jurídica del administrador de hecho constituye uno de los progresos más importantes en el Derecho Penal empresarial. Al principio, ésta, en su elaboración por el Tribunal Supremo federal alemán y confirmada subsiguientemente por el legislador en el párrafo tercero del § 14 del Código Penal alemán, se derivó únicamente de los aspectos prácticos y de las necesidades político-criminales. Difícilmente se puede combatir, también, la legitimidad de la necesidad político-criminal que guiaba al Tribunal Supremo federal alemán de no dejar impune a aquel «que mediante un abuso de poder económico y de una posibilidad de configuración establecida jurídicamente se sirvió de un testaferro como miembro del Consejo de Administración (y), como verdadero administrador de la sociedad, ocasionó las infracciones de la Ley» (79) y de «lograr, en su lugar, circunstancias penalmente claras y fáciles de entender en la jungla de relaciones del Derecho Civil mediante el esclarecimiento del verdadero responsable del abuso de las figuras jurídicas de la persona jurídica» (80). Sin embargo, la falta de cimentación dogmática de toda la figura jurí-

(77) Cfr. RÜTSCH, *Strafrechtlicher Durchgriff bei verbundenen Unternehmen?*, 1987, pp. 25 y ss.; DANNECKER/FISCHER-FRITSCH, *Das EG-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis* (*supra*, nota 62), pp. 260 y ss., con numerosas ulteriores referencias.

(78) Al respecto, detalladamente, DANNECKER/FISCHER-FRITSCH, *op. cit. (supra)*, nota 62).

(79) *BGHSt* 21, 105.

(80) Comentario de HENGESBERGER de la sentencia del Tribunal Supremo federal alemán, *BGH LM* § 244 KO, núm. 1; en opinión de FUHRMANN, *Festschrift für*

dica, comprensible en vista de esta evolución, ha provocado la aparición de una legión de críticas (81), cuya creciente vehemencia no debe engañar respecto a que las diferencias en los resultados son más bien insignificantes.

2. Respecto a la necesaria cimentación dogmática de la figura del administrador de hecho, que aquí únicamente puede esbozarse, primero debe establecerse una diferencia triple: en los delitos comunes, que no exigen requisitos especiales para la calificación como autor y para los que rigen las reglas generales del § 25 del Código Penal alemán, o del artículo 28 del Código Penal español, esta figura jurídica no es en absoluto necesaria porque la imputación se efectúa de todos modos según las reglas generales del dominio del hecho. Por tanto, la figura jurídica únicamente desempeña un papel en los delitos especiales, en los que hay que volver a distinguir entre: a) delitos especiales en los que la descripción del autor es aplicable en sí a la empresa o a la persona jurídica como titular de ésta y la posición de autor del órgano sólo puede fundamentarse recurriendo al párrafo primero del § 14 del Código Penal alemán, y b) aquellos grupos especiales, en los cuáles el órgano, por ejemplo el administrador de una sociedad de responsabilidad limitada, ya es el destinatario primario de la norma, como por ejemplo en el delito de omisión de la solicitud del procedimiento de insolvencia según el § 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada alemana, ya que el párrafo tercero del § 14 del Código Penal alemán, que dispone la responsabilidad del representante incluso en caso de ineficacia del acto jurídico destinado a apoderar

Tröndle, 1989, p. 150, si no existiera esta figura jurídica, tendría que inventarse para corresponder a la realidad de la vida económica.

(81) Incansable crítica de TIEDEMANN, *NJW* 1977, pp. 777 y 779 y ss.; 1979, pp. 1849 y 1850 y ss.; el mismo, *Insolvenz-Strafrecht*, 2.ª ed. 1996, núm. marg. 69 y ss., comentario introductorio al § 283; el mismo, *Kommentar zum GmbH-Strafrecht*, 3.ª ed. 1995, § 84, núm. marg. 27 y ss. Cfr. además, SCHÖNKE/SCHRÖDER/LENCKNER, *Strafgesetzbuch*, 26.ª ed. 2001, § 14, núm. marg. 43 y ss.; HACHENBURG/KOHLMANN, *GmbH-Gesetz*, 8.ª ed. 1997, § 84, núm. marg. 18 y ss.; OTTO, *Banktätigkeit und Strafrecht*, 1978, pp. 22 y ss.; el mismo, *StV* 1984, p. 462; HOYER, *NSiZ* 1988, p. 369; KRATZSCH, *ZGR* 1985, pp. 312 y ss.; en la misma línea se halla la crítica fundamental a la «liberación del Derecho Penal del pensamiento civilista» hecha por LÜDERSSEN, *Festschrift für Hanack*, 1999, pp. 487 y ss.; siguiendo al *BGH* (comprensiblemente), BRUNS, *JR* 1984, pp. 123 y ss., como así también en lo esencial LÖFFELER, *wistra* 1989, pp. 121 y ss.; ulteriores referencias en *LK/SCHÜNEMANN*, § 14, notas 211 y ss.; también en los núm. marg. 17 y 68 y ss. la inclusión de la figura jurídica del representante fáctico (desarrollada arriba, en el texto) en una abarcadora teoría del dominio de los delitos especiales de garante.

para la representación, únicamente puede aplicarse directamente al primer grupo, mientras que en el segundo sólo es posible una interpretación del elemento de autor aludido según las máximas de la perspectiva fáctica (82).

3. Ahora bien, es decisivo que en el párrafo tercero del § 14 del Código Penal alemán y en la aplicación de la perspectiva fáctica al segundo grupo no se trate de una ampliación artificial y originalmente dudosa de un concepto de órgano y de uno de delegado tomados del Derecho Civil, contenido, por ejemplo, en los dos primeros párrafos del § 14 del Código Penal alemán, sino de la ilustración del fenómeno al que alude desde un principio el § 14, esto es, la delegación y asunción de una posición de dominio, así que los párrafos primero y tercero del § 14 deben leerse conjuntamente y el malentendido de una responsabilidad penal de órganos y sustitutos en realidad accesoria del Derecho Civil, que todavía conmueve a la doctrina, ya de antemano no puede tolerarse en absoluto.

Por eso, la figura del administrador de hecho sólo es explicada completa y exclusivamente mediante la teoría de la garantía que desarrollé para la interpretación de la responsabilidad penal del representante (83), según la cual no se trata de otra cosa que de la transmisión y la asunción de una posición de dominio que por lo menos en la gran mayoría de delitos especiales es descrita por la ley como presupuesto de la posición de autor. Al respecto me puedo ahorrar explicaciones más detalladas y, en su lugar, remitirme a las minuciosas explicaciones de la monografía de Luis Gracia Martín (84). Conforme a eso, la esencia de la posición de representante consiste, tanto según la concepción del legislador al elaborar el párrafo tercero del § 14 del Código Penal alemán, como también según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo federal alemán, así como también según la teoría de la garantía de la responsabilidad del representante, completamente conforme con ella, en la efectiva entrada en la esfera de actuación con el consentimiento del destinatario primario de la norma o de algún otro

(82) Cfr. LK/SCHÜNEMANN, § 14, núm. marg. 69 y 72; diferenciación clara también en BGHSt 31, 122 y ss., mientras que la jurisprudencia inicialmente no distinguía estos dos grupos, cfr. las referencias en LK/SCHÜNEMANN, § 14, nota 225.

(83) Cfr. SCHÜNEMANN, *Zeitschrift für Schweizer Recht* 1978, pp. 131, 153 y ss.; el mismo, *Jura*, 1980, 354 y ss. y 568 y ss.; el mismo, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht* (*supra*, nota 1), pp. 131 y ss.; el mismo, *GA* 1986, pp. 293, 334 y ss.; EL MISMO/LK, § 14, núm. marg. 14 y ss. y 67 y ss.

(84) *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, Zaragoza, tomo I: 1985, y tomo II: 1986.

facultado para la delegación, es decir, en la asunción de un ámbito de dominio. Por tanto, también debe verse como órgano penalmente a aquel que ocupe realmente dicha posición incluso sin delegación formal o inscripción en el Registro Mercantil en connivencia con el órgano competente de la sociedad (85).

(85) Jurisprudencia constante, *BGHSt* 3, 32, 37 y ss. 6, 314, 315 y ss.; 21, 101, 103; 31, 118 y ss.; 34, 221, 222; 34, 379, 384; *BGH StV*, 1984, 461; *BGH wistra*, 1990, 97; finalmente, *BGH NStZ*, 2000, 34; ulteriores referencias en FUHRMANN, *Festschrift für Tröndle* (*supra*, nota 80), pp. 140 y ss. Sobre la voluntad del legislador en la historia de la redacción del párrafo tercero del § 14, de que todo depende de que se asuma la posición del verdadero destinatario de la norma con el consentimiento de éste, ver *EEGOWiG*, p. 65.

Responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos y teoría general de la aplicación del Derecho (*Law enforcement*)

PABLO SALVADOR CODERCH

Facultad de Derecho. Universitat Pompeu Fabra

JOSÉ PIÑEIRO SALGUERO

Facultad de Derecho. Universitat Pompeu Fabra

ANTONI RUBÍ PUIG

Facultad de Derecho. Universitat Pompeu Fabra

SUMARIO: 1. *Diversidad de regulaciones en materia de responsabilidad de producto.*—2. *Génesis y desarrollo de la responsabilidad de producto:* 2.1 El principio de la eficacia relativa de los contratos. *Winterbottom v. Wright* [152 *Eng. Rep.* 402 (Ex. 1842)]. 2.2 La responsabilidad del fabricante como responsabilidad por culpa. *MacPherson v. Buick* [111 *N.E.* 1050 (N.Y. 1916)]. 2.3 La responsabilidad de producto como responsabilidad objetiva. De *Escola v. Coca Cola* [150 *P.2d* 436 (Cal. 1944)] a *Greenman v. Yuba Power Products, Inc.* [377 *P.2d* 897 (Cal. 1963)], pasando por *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.* [161 *A.2d* 69 (N.J. 1960)]. 2.4 Codificación del canon de la responsabilidad objetiva del fabricante y vendedor: artículo 402 A del *Restatement of Torts Second* de 1965. 2.5 La recepción en Europa del canon de la responsabilidad objetiva: la Directiva 85/374/CEE.—3. *Culpa y responsabilidad objetiva: doctrina dominante:* 3.1 La culpa civil como culpa objetiva. 3.2 Culpa, dolo y responsabilidad objetiva.—4. *El concepto de producto defectuoso. Clases de defecto:* 4.1 Defecto de fabricación. 4.2 Defecto de diseño. 4.3 Defecto en las instrucciones o en las advertencias.—5. *Teoría general de la aplicación del derecho: sobre el lugar de la pretensión indemnizatoria en el instrumental de remedios legales y extralegales.*—6. *Tabla de sentencias citadas.*—7. *Bibliografía.*

1. DIVERSIDAD DE REGULACIONES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD DE PRODUCTO

En el derecho español vigente, la responsabilidad civil del fabricante por los daños causados por productos defectuosos está fundamental, pero no exclusivamente regulada por la Ley 22/1994, de 6 de julio, sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (*BOE* núm. 161, de 7 de junio de 1994) que transpone la Directiva del Consejo 85/374/CEE, de 25 de julio, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (*DOCE* núm. 210, de 7 de agosto de 1985). La Directiva de 1985 estableció un sistema general de responsabilidad civil objetiva de los fabricantes e importadores en la Unión Europea por los daños causados por los productos defectuosos.

Otros regímenes jurídicos sobre la materia son:

a) El derecho general de defensa de los consumidores y usuarios [arts. 25 y ss. de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (*BOE* núm. 176, de 24 de julio de 1984)].

b) Las reglas generales de la responsabilidad contractual o específicas de la compraventa o de cada tipo contractual relevante del Código Civil de 1889.

c) La regulación de la responsabilidad civil extracontractual por culpa de los artículos 1902 y ss. del Código Civil de 1889.

d) Las reglas de responsabilidad civil derivada de delito de los artículos 109 y ss. del Código Penal de 1995.

e) Los distintos regímenes sectoriales de responsabilidad civil, por ejemplo, Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor (Decreto de 21 de marzo de 1968, *BOE* de 8 de mayo de 1968, modificado por Ley 30/1995, de 9 de noviembre, *BOE* núm. 268, de 9 de noviembre de 1995); Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza (*BOE* núm. 82, de 6 de abril de 1970); Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre Energía Nuclear (*BOE* núm. 107, de 4 de mayo de 1964); Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento (*BOE* núm. 306, de 22 de diciembre de 1990), etc.

Las relaciones entre los diferentes subsistemas normativos están reguladas por una pluralidad de disposiciones de distinto orden. Así, en primer lugar, hay que tener presentes el artículo 10.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (*BOE* núm. 157,

de 2 de julio de 1985) y el artículo 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal [Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 (G. núms. 260 a 283, de 17 de septiembre a 10 de octubre de 1882)], que establecen la preeminencia de la jurisdicción penal. En el marco de la jurisdicción civil hay que tener en cuenta el artículo 10 y la disposición final primera de la Ley 22/1994:

«Artículo 10. *Ámbito de protección.*

1. El régimen de responsabilidad civil previsto en esta Ley comprende los supuestos de muerte y las lesiones corporales, así como los daños causados en cosas distintas del propio producto defectuoso, siempre que la cosa dañada se halle objetivamente destinada al uso o consumo privados y en tal concepto haya sido utilizada principalmente por el perjudicado. En este último caso se deducirá una franquicia de 65.000 pesetas.

2. Los demás daños y perjuicios, incluidos los daños morales, podrán ser resarcidos conforme a la legislación civil general.

3. La presente Ley no será de aplicación para la reparación de los daños causados por accidentes nucleares, siempre que tales daños se encuentren cubiertos por convenios internacionales ratificados por los Estados miembros de la Unión Europea.»

«Disposición final primera. *Inaplicación de determinados preceptos*

Los artículos 25 a 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, no serán de aplicación a la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos incluidos en el artículo 2 de la presente Ley.»

Sin embargo y con cierta frecuencia se plantean problemas de concurso de normas o incluso de pretensiones:

a) Así, por ejemplo, la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 25 de abril de 2002 (cuestión prejudicial del artículo 234 CE, Auto del JPI, núm. 5, Oviedo de 13 de abril de 2000 *María Victoria González c. Medicina Asturiana, S.A.*, en un caso de contagio de VHC) ha aclarado la relación entre el derecho emanado de la Directiva y la legislación española de consumidores estableciendo que aquella no era una Directiva de mínimos. El Tribunal entendió que la referencia del artículo 13 de la Directiva a otros regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual se limitaba a las regulaciones de los vicios ocultos y de la responsabilidad por culpa extracontractual. Añadió que la referencia del mismo artículo 13 de la Directiva a otros regímenes especiales, existentes en el momento de notificación de la Directiva, se refería a regímenes específicos entendidos en el sentido de limitados a un sector de la producción.

b) Se discute en el derecho español cuál es la responsabilidad por el hecho del otro en el derecho civil y en el derecho penal. Muchos defienden que se produce un concurso de normas fundamentadoras de una misma pretensión y que el juez puede aplicar conjuntamente ambas [véanse, Fernando Pantaleón (1993) y Pablo Salvador y Carlos Gómez (2002)].

c) La posibilidad de reclamar por responsabilidad civil contra el empresario en caso de accidente de trabajo [artículo 127 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio

(BOE núm. 154, de 29 de junio de 1994) y concordantes] ha planteado también serios problemas de seguridad jurídica y racionalidad económica [véanse Fernando Gómez (2000) y (2002), Manuel Luque y Juan Antonio Ruiz (2002)].

Según el artículo 1 de la Directiva 85/374/CEE:

«El productor será responsable de los daños causados por los defectos de sus productos.»

Conforme al artículo 1 de la Ley 22/1994:

«Los fabricantes y los importadores serán responsables, conforme a lo dispuesto en esta Ley, de los daños causados por los defectos de los productos que, respectivamente, fabriquen o importen.»

Ambos textos configuran la responsabilidad civil del fabricante y del importador como una responsabilidad objetiva o por riesgo (*Strict Liability*, en la terminología norteamericana, y *Gefährdungshaftung*, en la alemana). Es decir, se trata de un régimen de responsabilidad que excluye la necesidad de la concurrencia de la culpa como criterio de imputación subjetiva. Bastan la causalidad y la imputación objetiva.

Sin embargo, para entender el sentido del derecho establecido en las quince jurisdicciones de la Unión Europea a partir de la Directiva 85/374/CEE puede resultar iluminante tener en cuenta que el origen de esta regulación no es mayormente europeo continental (*Civil Law*), sino que se encuentra en el *Common Law*. Las reglas contemporáneas de la responsabilidad civil de producto surgen en torno al derecho de la responsabilidad contractual, se encuentran luego con el sistema de la responsabilidad por negligencia y confluyen finalmente en una única regulación de responsabilidad objetiva que combina elementos de ambos regímenes.

2. GÉNESIS Y DESARROLLO DE LA RESPONSABILIDAD DE PRODUCTO

2.1 El principio de la eficacia relativa de los contratos. *Winterbottom v. Wright* [152 Eng. Rep. 402 (Ex. 1842)]

Antes de que la Revolución Industrial madurara y alcanzara un estadio de consumo masivo, la regla general en materia de responsabilidad contractual tanto en el *Civil Law* como en el *Common Law* era

el principio de eficacia relativa de los contratos. Como dice el artículo 1257 del CC de 1889, los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos. En términos más abstractos, la autonomía privada vincula a los contratantes para sí y no para con los terceros. Es autorregulación voluntaria de los propios intereses.

Un caso inglés de 1842 ejemplifica bien el alcance y límites del principio de eficacia relativa de los contratos, lo que los juristas del *Common Law* llaman *Privity of Contract*. En *Winterbottom v. Wright* [152 Eng. Rep. 402 (Ex. 1842)], el coche de caballos fabricado por el demandado se accidentó a consecuencia de un defecto latente y su conductor y demandante resultó lesionado. El juez británico (Abinger, C.B.) rechazó la acción, pues entendió que el demandante no había sido parte en la relación contractual que mediaba entre el fabricante y el servicio británico de correos:

«No existe contrato entre las partes en el pleito; y si se permite al actor demandar, cualquier pasajero o incluso cualquier viandante, que fuera herido por el accidente del coche de caballos, podría entablar una acción similar. A no ser que se restrinja el alcance de estos contratos a las partes que los celebraron, las consecuencias más absurdas y horribles tendrían lugar.»

Con los años, la regla de *Winterbottom* devino un principio general que regiría, con algunas excepciones, en el *Common Law* hasta bien entrado el siglo XX. La idea subyacente era que cada parte que configurara un eslabón en la cadena de contratos podría demandar por vicios ocultos a quien se hubiera relacionado contractualmente con él, pero no a un eslabón anterior. Esta regla se nos antoja hoy muy dura, si no como un absurdo práctico. Y posiblemente así es, aunque hay que tener en cuenta dos cosas: primero, la regla conocía algunas excepciones cuando se consideraba que el fabricante tenía un deber para con el público en general (*Public Duty*); ulteriormente, en una cultura artesanal, la tecnología al uso para construir coches de caballos era relativamente sencilla y la regla general según la cual cada comprador debía examinar el objeto que había adquirido (*Caveat Emptor*) respondía al buen sentido. Además, y aunque aquí no podemos entrar en ello, la regla tenía excepciones de nota.

2.2 La responsabilidad del fabricante como responsabilidad por culpa. *MacPherson v. Buick* [111 N.E. 1050 (N.Y. 1916)]

Más de medio siglo después, en 1916, Benjamin Nathan Cardozo (1870-1938) decidió *MacPherson v. Buick* [111 N.E. 1050

(*N.Y. 1916*)] y cambió el derecho: de pronto la responsabilidad del fabricante fue desgajada del derecho contractual e incardinada en el derecho de la responsabilidad por negligencia (*Negligence*), es decir, a lo que en Europa continental llamamos responsabilidad civil por culpa. El caso, narrado por Cardozo, sucedió –más bien menos que más– como sigue:

«El demandado es un fabricante de automóviles. Vendió un automóvil a un detallista. El detallista lo revendió al demandante. Cuando el demandante estaba en el coche, éste se vino abajo. El demandante salió despedido y resultó herido. Una de las ruedas había sido fabricada con madera defectuosa y sus radios se hicieron pedazos. La rueda no había sido fabricada por el demandado, sino que éste la había adquirido de otro fabricante. Se ha probado, sin embargo, que su defecto habría podido ser descubierto mediante una inspección razonable, que se omitió.»

La última frase ofrece la clave de la resolución del caso, pues pone en relación su supuesto de hecho con la doctrina general de la negligencia. En adelante, los fabricantes de productos defectuosos responderían ante cualquier tercero si el defecto podía ser imputado a su negligencia. Luego, Cardozo, luciendo su habilidad legendaria, se hizo venir bien los precedentes que iba escogiendo entre las excepciones a *Winterbottom*, y, al hacerlo así, sabía de sobras que estaba poniendo de cabeza abajo el *Common Law*:

«Hemos puesto la fuente de la obligación donde debe estar.»

Más allá del formalismo, la *ratio decidendi* del caso es, traducida peor que mejor de su inglés de telegrafista legal, como sigue:

«Sin lugar a dudas, las características de un automóvil advierten del peligro probable si su construcción es defectuosa. Este automóvil fue diseñado para circular a cincuenta millas por hora. A menos que sus ruedas fueran fuertes y robustas, la lesión es punto menos que cierta. Son tan peligrosas como lo es una caldera defectuosa en un ferrocarril. El demandado conocía el peligro. Sabía también que el coche podía ser utilizado por personas distintas al comprador. Ello resultaba de su tamaño; tenía asientos para tres personas. También se daba la circunstancia de que el comprador era un vendedor de coches, que los adquiría con ánimo de revenderlos [...]. Es más, el vendedor de coches era, de hecho, la única persona de quien se podría decir, con casi absoluta seguridad, que no iba a usar el coche. Sin embargo, el demandado afirma que sólo tiene deberes de cuidado para con aquél. No es ésta la solución que se desprende del derecho. Precedentes tomados de la época de viaje en diligencia no sirven en los modos de viaje actuales. El principio conforme al cual el riesgo debe ser inminente no varía, pero los hechos sujetos al principio han cambiado. Están dondequiera que las necesidades de la vida en una sociedad desarrollada lo exijan.»

Como ya había ocurrido con *Winterbottom*, *MacPherson* se convirtió en seguida en la regla de responsabilidad civil del fabricante.

Desde un punto de vista histórico, las preguntas sobre por qué se produjo un cambio tan drástico de regulación y por qué ello sucedió en los Estados Unidos se dejan responder con facilidad: Inglaterra había sido pionera en la Revolución Industrial, pero el consumo en masa surgió a inicios del siglo xx en los Estados Unidos de América, primera sociedad en la cual bienes de consumo duraderos y de tecnología compleja se comercializaron de forma masiva y fueron adquiridos por multitud de consumidores, ignorantes racionales de los riesgos de las máquinas que compraban, a diferencia de las generaciones anteriores, conocedoras de los riesgos inherentes, por ejemplo, a un carro de caballos. En un mundo así, la regla contractualista del *Caveat Emptor* pierde toda razón de ser y su sustitución por un principio genérico de responsabilidad civil por culpa del fabricante de productos defectuosos parece, como adelantara Cardozo, una obviedad.

2.3 La responsabilidad de producto como responsabilidad objetiva. *De Escola v. Coca Cola* [150 P.2d 436 (Cal. 1944)] a *Greenman v. Yuba Power Products, Inc.* [377 P.2d 897 (Cal. 1963)], pasando por *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.* [161 A.2d 69 (N.J. 1960)]

En 1944, el Tribunal Supremo de California casi dio un paso más cuando decidió *Escola v. Coca Cola Bottling Co. of Fresno* [150 P.2d 436 (Cal. 1944)]. La demandante, camarera de profesión, reclamaba una indemnización por los daños corporales que había sufrido cuando le explotó en las manos una botella de Coca Cola que trataba de meter en un refrigerador. Alegaba que la compañía demandada había sido negligente por haber llenado la botella a presión excesiva o porque el recipiente era defectuoso. El jurado dictó un veredicto favorable a la demandante que fue confirmado en apelación, pero no hubo unanimidad en las razones de la sentencia: la mayoría aplicó al caso la doctrina de la *Res Ipsa Loquitur*, conforme a la cual la negligencia puede presumirse cuando, dadas las circunstancias, el accidente no se habría producido de no haber mediado culpa por parte del demandado —la idea de fondo es que las botellas no deben explotar por el simple hecho de ser manipuladas—. En su voto particular, el Juez Roger J. Traynor (1900-1983), quien llegaría a presidente del Tribunal, propuso de forma razonada el establecimiento de un régimen de responsabilidad objetiva por defectos de producto:

«Conuerdo con el fallo pero no con su fundamentación, pues creo que la negligencia del fabricante debe dejar de ser la base del derecho del demandante a resarcirse en casos como el presente. En mi opinión, debería ahora reconocerse que el fabricante responde de forma absoluta cuando resulta probado que un producto que puso en circulación, consciente de que iba a usarse sin inspección previa, tiene un defecto que causa un daño a las personas. *MacPherson v. Buick* estableció el principio, reconocido por este tribunal, según el cual, con independencia de la eficacia relativa de los contratos, el fabricante responde por las lesiones causadas por un artículo a cualquier persona que lo manipule de forma correcta. En tales casos, la fuente de la responsabilidad del fabricante era su negligencia en el proceso de fabricación o en el de inspección de los componentes suministrados por terceros. Incluso en ausencia de negligencia, el interés público exige que la responsabilidad se fije de la forma más efectiva para reducir los riesgos en la vida y la salud inherentes a los defectos de productos que se ponen en circulación. Es evidente que el fabricante puede anticipar algunos riesgos y evitar la producción de otros, algo que no está al alcance del público en general. Quienes sufren un daño derivado de un producto defectuoso no tienen medios para asumir sus consecuencias. El coste de una lesión, así como la pérdida de tiempo o de salud, pueden ser una desgracia grande para la víctima que es fácilmente evitable, pues el riesgo del daño puede ser asegurado por el fabricante y su coste distribuido entre sus clientes. Es de interés público desincentivar la comercialización de productos con defectos que amenacen a los consumidores. No obstante, si tales productos entran en el mercado es también de interés público imputar responsabilidad por cualquier daño que se pueda originar al fabricante, quien, pese a no haber sido negligente en la fabricación del producto, es responsable por haberlo llevado al mercado. Por más que estos daños se produzcan de forma intermitente u ocasional, el riesgo de que ocurran es constante y general. Contra él, ha de haber una protección general y constante y quien mejor está situado para ofrecerla es el fabricante.»

En España, el *pendant de Escola* es *Fernanda S.L. c. La Cruz del Campo, S.A.* [STS, 1.ª, 26 de junio de 1993 (Ar. 5380)]. La actora, que había perdido la visión de un ojo cuando le explotó una botella de un litro de cerveza al cogerla de su caja, reclamaba 10.000.000 de pesetas (60.101,21 €). El JPI desestimó la demanda por falta de prueba tanto de la culpa de la demandada como del defecto del producto. En apelación, la AP estimó el recurso y condenó a la fabricante demandada. El TS rechazó el recurso de esta última salvo un punto relativo a las costas y aplicó el artículo 28 LGDCU. Otros casos de botellas que explotan pueden verse en la *Guía InDret* de jurisprudencia española sobre responsabilidad civil por productos defectuosos (3.ª ed., *InDret* 1/2003), elaborada por Joan Carles Seuba *et alii*, de la cual citamos únicamente los resueltos por la Sala Primera del Tribunal Supremo: *Isabel M.C. c. Schweppes, S.A. y Adolfo Marineto S.A.* [STS, 1.ª, 8 de febrero de 1995 (Ar. 1630)]; *Ignacio L.C. c. Hipercor, S.A. y La Cruz del Campo, S.A.* [STS, 1.ª, 4 de octubre de 1996 (Ar. 7034)]. Más recientemente, *Manuel Fran-*

cisco L.F. c. La Casera, S.A. (fabricante); Carbónica Murciana, S.L. (distribuidora), y Torres Lucas, S.L. (supermercado) [STS, 1.^a, 21 de febrero de 2003 (Ar. 2133)].

Con el tiempo, la opinión de Traynor pasó de ser un voto particular histórico a la *ratio decidendi* de la mayor parte de las jurisdicciones estatales norteamericanas. Los casos más significativos fueron *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.* [161 A.2d 69 (N.J. 1960)] y *Greenman v. Yuba Power Products, Inc.* [377 P.2d 897 (Cal. 1963)].

En *Henningsen*, el marido de la demandante había comprado un Plymouth (fabricado por Chrysler Corporation) al vendedor demandado, a quien había informado de su intención de regalárselo a su mujer. El contrato de compraventa excluía cualquier garantía por parte del vendedor o del fabricante por vicios ocultos salvo la de reemplazar las piezas defectuosas originales durante los primeros noventa días o las primeras 4.000 millas (6.436 kilómetros) del vehículo únicamente frente al adquirente. Poco después de la adquisición, la demandante sufrió un accidente cuando falló la dirección del coche. El Tribunal, en ponencia del Juez Francis, estimó la demanda al entender que existía una garantía implícita que protegía a personas ajenas al contrato de compraventa. William Lloyd Prosser (1898-1972), el más influyente tratadista de *Torts* de la postguerra, escribió de *Henningsen*: «En el campo de la responsabilidad por productos defectuosos, la fecha de la caída de la ciudadela de la eficacia relativa de los contratos puede fijarse con certeza. Fue el 9 de mayo de 1960, cuando el Tribunal Supremo de New Jersey resolvió *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*» [Prosser (1966)].

El caso se mueve entre el derecho de las garantías contractuales y el derecho de daños. El artículo 8.1 de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y de las garantías de los bienes de consumo, y la Disposición Adicional Única de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (BOE núm. 165, de 11 de julio de 2003), que traspone al derecho español la mencionada Directiva, prevén –en caso de defecto de producto– la compatibilidad entre una reclamación contractual *ex* garantía y una acción extracontractual contra el fabricante, explicitando que se trata de una Directiva de mínimos.

En el derecho europeo y español vigente, el criterio de distinción depende del objeto del daño (arts. 9 de la Directiva 85/374/CEE y 10 de la Ley 22/1994). La responsabilidad civil del fabricante comprende los daños personales, salvo los morales, y los daños materiales, salvo los referidos al propio producto. Las garantías contractuales cubren estos últimos.

En *Greenman*, la mujer del actor le había regalado una herramienta multiuso de carpintería fabricada por la demandada, mas los tornillos de la máquina no eran suficientemente fuertes para sujetar un

trozo de madera para fresarlo, una astilla salió disparada y se clavó en la frente del demandante causándole heridas de consideración. El jurado condenó a la demandada a indemnizar al actor con base en criterios de culpa y de incumplimiento de la garantía implícita en el contrato. El juez Traynor, entonces presidente del Tribunal Supremo de California, dejó caer las garantías implícitas del contrato y aplicó al caso un estándar de responsabilidad objetiva del fabricante.

2.4 Codificación del canon de la responsabilidad objetiva del fabricante y vendedor: artículo 402 A del *Restatement of Torts Second* de 1965

En 1965, el artículo 402 A del *Restatement of Torts Second*, del que había sido comisionado como redactor el mismo Prosser, dibujó el mapa legal de la responsabilidad civil del fabricante por defecto del producto de forma tal que coincidía con lo que en aquel entonces se consideraba con claridad suficiente el estándar de la responsabilidad objetiva, es decir, sin culpa:

402 A. Special Liability of Seller of Product for Physical Harm to User or Consumer

(1) *One who sells any product in a defective condition unreasonably dangerous to the user or consumer or to his property is subject to liability for physical harm thereby caused to the ultimate user or consumer, or to his property, if*

(a) *the seller is engaged in the business of selling such a product, and*

(b) *it is expected to and does reach the user or consumer without substantial change in the condition in which it is sold.*

(2) *The rule stated in Subsection (1) applies although*

(a) *the seller has exercised all possible care in the preparation and sale of his product, and*

(b) *the user or consumer has not bought the product from or entered into any contractual relation with the seller.*

En los Estados Unidos, la responsabilidad objetiva alcanza no solamente al fabricante, sino también al vendedor; aunque muchas de las jurisdicciones estatales han excluido a este último, como lo hizo posteriormente con carácter general el derecho europeo (art. 3 de la Directiva 85/374/CEE y 4 de la Ley 22/1994).

La Directiva europea privilegió a dos sectores tradicionalmente subsidiados por la cultura europea: granjeros y ganaderos, y comerciantes. Los primeros per-

dieron el subsidio tras la reforma de la Directiva 85/374/CEE por la Directiva 99/34/CE, de 10 de mayo, del Parlamento Europeo y del Consejo (DOCE núm. L 141, de 4 de junio de 1999) –transpuesta en España por la disposición adicional 12.^a de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE núm. 313, de 30 de diciembre de 2000)–.

2.5 La recepción en Europa del canon de la responsabilidad objetiva: la Directiva 85/374/CEE

Aunque en Europa, supuestos concretos de responsabilidad objetiva tienen una antigua tradición –en Alemania, desde la *Gesetz über die Eisenbahnunternehmungen* de 1838; en Inglaterra, desde *Rylands v. Fletcher* [L.R. 3 H.L. 330 (1868)]; o, en Francia, desde la jurisprudencia finisecular de la *Cour de Cassation* sobre *le gardien de la chose*; y, en España, claramente desde la jurisprudencia de mediados del siglo XX, aunque ya había permeado los trabajos de buena parte de la doctrina de principios del siglo pasado [véase Díez-Picazo (1999), p. 110 y ss.]–, la regulación europea vigente sobre la responsabilidad objetiva del fabricante por defecto del producto se inspira claramente en los desarrollos jurisprudenciales norteamericanos y, en particular, en el *Restatement* de 1965, con el que en buena medida entroncan los trabajos preparatorios y los proyectos de Directiva y, finalmente, los citados artículos 1 de la Directiva de 1985 y de la Ley 22/1994.

3. CULPA Y RESPONSABILIDAD OBJETIVA: DOCTRINA DOMINANTE

3.1 La culpa civil como culpa objetiva

Para la doctrina civil europea dominante y, en particular, para la española, la responsabilidad civil del fabricante, regulada por la Ley 22/1994, es claramente objetiva, es decir, sin culpa (aunque una minoría de autores distinguen entre responsabilidad sin culpa y responsabilidad objetiva). Si se acepta la premisa de la mayoría, no hay posible confusión entre responsabilidad civil del fabricante y responsabilidad penal o civil por culpa ni, con mayor razón, con la responsabilidad dolosa.

En derecho civil, los dos estándares más comunes de responsabilidad son la culpa del artículo 1902 CC y la responsabilidad objetiva (que, entre otros, establece el artículo 1 de la Ley 22/1994). Conviene

detenerse un momento en lo que se quiere decir con «culpa» y con «responsabilidad objetiva» en dogmática civil.

En derecho civil también y, desde luego, a ambos lados del Atlántico, culpa es infracción de un deber de cuidado impuesto por la ley o por normas sociales que los tribunales consideran jurídicamente relevantes. Así, se dice que actúa culposamente quien crea o incrementa un riesgo que una persona razonable habría evitado generar o aumentar. La culpa o negligencia es una conducta indebidamente arriesgada y no un simple estado mental. Por ello, los civilistas solemos decir que el concepto civil de culpa no es subjetivo, sino objetivo; es antes cuidado externo que interno: se espera del médico que trate a sus pacientes conforme a la *lex artis*, del chófer de un autobús que se comporte al volante como lo haría un conductor razonable, del socorrista que vele por los bañistas como lo haría un precavido vigilante, etc. Al menos, con referencia a los roles sociales que requieren conocimientos especiales, el estándar es objetivo, pues se entiende que quien no esté en condiciones subjetivas de realizar la actividad de que se trate deberá abstenerse de llevarla a cabo. Las doctrinas del caso fortuito o de la fuerza mayor permiten limitar o excluir la responsabilidad en casos extremos y abren un resquicio subjetivo en la doctrina casi cerrada y completa de la responsabilidad objetiva. La idea viene a ser que, para valorar el comportamiento del demandado como diligente o negligente, habrá que atender a aquello que habría hecho una persona razonable de haberse encontrado en las mismas circunstancias del demandado en el momento del accidente.

Conviene recalcar la naturaleza objetiva del estándar, pues a diferencia de lo establecido en otros ordenamientos jurídicos, el español no dispone de forma expresa que los menores de edad o de cierta edad sean civilmente inimputables cuando actúan de forma culposa (cfr., por ejemplo, en el derecho alemán, § 828 *BGB*, que exonera de responsabilidad a los menores de 7 años por cualesquiera daños que causen y a los menores de 10 años por los daños derivados de accidentes de circulación automovilística o ferroviaria). Mas la tesis de la culpa objetiva no se reduce al absurdo y, en los casos de daños físicamente causados por la acción o interposición físicas de un niño de corta edad, se entiende que responden directamente sus padres, tutores o guardadores (art. 1903 CC).

En análisis económico del derecho, la culpa se define en función de la cantidad y calidad de las precauciones adoptadas para evitar o minimizar el riesgo de accidente y su gravedad: en un proceso por negligencia para ser considerado diligente y, por lo tanto, absuelto, el demandado deberá probar haber invertido en precauciones adecuadas,

como mínimo, una cantidad tal que el último euro asignado a precaución ahorre precisamente otro euro en daños probables. Si, como asume el análisis económico, estamos en condiciones de estimar todos los beneficios y costes sociales de las actividades arriesgadas, tiene pleno sentido llevar la inversión en precaución hasta el límite dicho, pero carece de él dar un paso más. El oyente o lector poco familiarizados con el análisis podrán captar de inmediato su sentido por el simple procedimiento de cambiar la unidad de medida utilizada –el euro– por cualquiera otra que les resulte más humana, como, por ejemplo, el número de años de vida ganados –o perdidos– con la adopción de las medidas de precaución de que se trate.

3.2 Culpa, dolo y responsabilidad objetiva

La culpa civil limita, por un lado, con el dolo y, por el otro, con la responsabilidad objetiva. Aunque el límite con el dolo no nos interesa demasiado en esta sede, quizás convenga apuntar que, además de las doctrinas del conocimiento y de la voluntad, los civilistas emplean, para caracterizar el dolo, el criterio de la desproporción entre precauciones –muy escasas– y riesgo –muy elevado–: si la entidad del riesgo previsible es muy superior a la de la precaución efectiva adoptada por el demandado, el juez civil tenderá a caracterizar su comportamiento como doloso. Así, el conductor que triplica la velocidad máxima permitida junto a una escuela urbana, en período lectivo, en un día laborable, y a la hora de entrada o salida de clase, y atropella a un niño, será, sin más, considerado causante doloso de daños.

La tendencia de los civilistas a buscar pautas, regularidades, usos sociales o sus infracciones más recurrentes, nos lleva de manera casi irremediable a objetivar también la estimación del dolo, aunque quizás cuanto más próximo esté el rol social asumido por el demandado a una actividad ineludible para la vida en sociedad, menos frecuente resultará la ilación del dolo. Por así decirlo, la valoración social y judicial de conductas propias de un rol electivo es mucho más estricta que la estimación que se lleva a cabo de un comportamiento propio de la vida cotidiana de todos o de casi todos y que resulte socialmente ineludible. En nuestro derecho, destacan las diferencias de apreciación entre accidentes domésticos y escolares, o entre los mismos accidentes de circulación cuando el conductor es un profesional o cuando es un familiar próximo de la víctima o un allegado suyo. La diferencia es razonable, pues los costes de oportunidad de un rol electivo son

mucho menores que los de un rol socialmente ineludible o muy importante.

En el otro extremo, la culpa limita con la responsabilidad objetiva y, al efecto, la civilística europea todavía dominante –pero ya no la norteamericana– sostiene con rutina digna de mejor práctica que la responsabilidad objetiva es aquella que deriva de la simple causación de daños, es decir, de aquello que un penalista calificaría quizás como causación naturalística de un daño.

Así, y volviendo al terreno de la responsabilidad del fabricante, ésta se asocia al hecho de que el producto sea defectuoso y de que el defecto haya causado efectivamente un daño corporal o un daño material a una cosa distinta al propio producto, sin necesidad de que además concorra ningún elemento de culpa o negligencia. A las razones que suelen aducirse para justificar este estándar de responsabilidad y que son las que ya detallara Traynor en su famoso voto particular a *Escola v. Coca Cola*, se añade en ocasiones otra: muchos civilistas sostienen que la responsabilidad objetiva no es sólo responsabilidad sin culpa sino que se asocia además a un comportamiento –fabricar o importar productos– que es lícito, es decir, que no es en manera alguna antijurídico. No podemos detallar aquí la amplia discusión que la añeja cuestión de la antijuridicidad en el derecho de la responsabilidad civil viene suscitando desde hace muchos años [Fernando REGLERO (2002), p. 52-550]. Así, para bastantes, los riesgos derivados de los defectos de los productos que se fabrican o importan no permiten calificar el comportamiento del agente como antijurídico: quien fabrica millones de tornillos de precisión y lo hace a la luz del estado de los conocimientos científicos y tecnológicos no ignora, con toda probabilidad, que alguno o algunos de los productos fabricados serán defectuosos, y que ello conllevará un riesgo ineliminable de accidente, pero no por ello se considera que desarrolle una actividad contraria a derecho cuando comercialice los productos en cuestión. El ordenamiento, que ha valorado con anterioridad esa actividad como más beneficiosa que perjudicial, sujeta al fabricante o al importador a asegurarse por los daños que su actividad pudiera llegar a causar. El sentido último de la regla de la responsabilidad objetiva es, entonces, el que resulta consustancial a cualquier seguro. Mas, por supuesto, lo anterior no excluye la eventualidad de que uno o más fabricantes decidan fabricar o comercializar productos concretos cuyos defectos conocen o pudieran conocer si actuaran de forma razonable, casos en los cuales su responsabilidad será civil, por culpa o dolo. Ni tampoco se descarta el supuesto en que el conocimiento tenga lugar una vez el

producto haya sido comercializado y que pese a ello no se haya retirado lo antes posible. De nuevo, en este caso habría responsabilidad por dolo o culpa.

4. EL PRODUCTO DEFECTUOSO. CLASES DE DEFECTO

La síntesis de la doctrina mayoritaria sobre responsabilidad del fabricante no estaría completa si no nos refiriéramos con detenimiento al concepto de defecto y sus clases, es decir, al elemento básico del supuesto de hecho de la responsabilidad del fabricante [véase, por todos, Josep Solé (1997)].

En materia de defectos de productos, la distinción clásica tiene naturaleza funcional y es la que media entre defectos de fabricación, de diseño y en las instrucciones sobre su utilización o en las advertencias sobre sus riesgos. Esta clasificación, como el resto de la cultura legal de la responsabilidad de producto, es de origen norteamericano, pero ha sido acogida por la doctrina europea aunque, como veremos, el derecho de la Directiva 85/374/CEE parte de un concepto genérico de defecto, que no tiene en cuenta de forma explícita aquélla, pues parte de la defraudación de las expectativas legítimas de los consumidores.

4.1 Defecto de fabricación

Un producto se considera defectuosamente fabricado cuando difiere de su diseño pretendido, incluso en el caso en que se haya aplicado a su producción y fabricación un grado máximo de precauciones. En Estados Unidos, el *Restatement of the Law Third: Products Liability* (1998) considera que un producto ha sido fabricado defectuosamente «*when it departs from its intended design even though all possible care was exercised in the preparation and marketing of the product*» [art. 2.a)].

El defecto de fabricación es el que, de forma más clara, está en el origen y desarrollo de la cultura legal de la responsabilidad del fabricante. De hecho, todos los casos que constituyen los hitos de la evolución jurisprudencial, doctrinal y legal, y que hemos resumido en las páginas anteriores, son de defecto de fabricación. Y es que la doctrina de la responsabilidad objetiva del fabricante encuentra en aquél su más plena razón de ser: uno o más productos de una serie tienen un

fallo, circunstancia que causa el daño. La responsabilidad se hace derivar del defecto dañino, sin consideración de la carga de precaución más o menos elevada que adoptó o dejó de adoptar el fabricante: se persigue que los costes derivados de los daños corporales y materiales ocasionados por el defecto dejen de recaer de manera exclusiva sobre la víctima y se distribuyan entre el fabricante vendedor y sus compradores atendiendo a las elasticidades relativas de las funciones de oferta y demanda respectivas.

En un mercado competitivo, el precio del producto refleja sus características, cualidades y defectos físicos o legales y, *caeteris paribus*, mayor seguridad implica mayor precio. El precio del producto incorpora entonces la estimación de los riesgos asociados a los defectos de fabricación que presente. Entonces, si los daños afectan exclusivamente a quienes han contratado con el fabricante, su responsabilidad podría regresar a su lugar de origen, pues no hay ninguna buena razón para forzar a quienes compran un producto a la adquisición adicional de un seguro de daños o de accidentes. Por la misma razón que no la hay para obligarle a adquirir, además del equipamiento básico del producto, todos los extras disponibles de seguridad. La objeción anterior reclama una matización si el riesgo afecta a bienes jurídicos indisponibles o si prescindimos de la irreal hipótesis de competencia perfecta y presuponemos que el consumidor no dispone de información adecuada sobre los riesgos del producto. Más sería resultaría la objeción que, con frecuencia, apunta al hecho de que, en muchos casos, como hemos visto en *Winterbottom*, *Escola*, *Henningsen* o *Greenman*, el riesgo de daño amenaza a terceros no contratantes. En ellos, la regla de responsabilidad extracontractual del fabricante fuerza a éste y a quienes contraten con él a internalizar las externalidades negativas causadas por los defectos de los productos.

En España, uno de los casos recientes y más significativos de defecto de fabricación es *Alberto G.C. c. Laforest Bic S.A.* [STS, 1.^a, 11 de octubre de 2001 (Ar. 8735)]. El actor sufrió lesiones en las manos al explotarle un encendedor fabricado por la demandada «[...] *sin que se observen elementos extraños en la tenencia y en el manejo del mechero, por lo que no puede menos que concluirse, tal como hace la sentencia recurrida, que sólo a la contextura de ese concreto encendedor puede ser atribuida su explosión y su consecuencia*» (FD 2.^o).

4.2 Defecto de diseño

El concepto de defecto de diseño es bastante más difícil de delimitar que el de fabricación, pues cuando afirmamos que un producto ha sido diseñado defectuosamente, postulamos por hipótesis que toda la serie es defectuosa. A diferencia de lo que ocurre con el defecto de fabricación, donde siempre podemos comparar el producto defec-

tuoso con el resto de los de su serie o modelo, en el defecto de diseño, todos los productos, sin excepción alguna, han sido mal ideados o proyectados, nos parecen irrazonablemente peligrosos y, por ello, juzgamos que son defectuosos.

Así, la caja de cambios de un modelo de automóvil puede ser defectuosa porque algunas unidades del modelo presentan un defecto de fabricación que provoque un salto indebido de una a otra velocidad con el riesgo consiguiente de pérdida de control y de accidente. Sin embargo, considérese el caso de un diseño de caja de cambios, frecuente hace algunos años, tal que la primera marcha es contigua a la marcha atrás. Si entonces uno o más consumidores yerran al cambiar de marcha introduciendo una por otra, y su error causa un accidente que les daña, ¿tendrán una pretensión indemnizatoria por defecto de diseño? De forma similar, los vehículos todoterreno tienen el centro de gravedad más alto que los turismos, circunstancia que incrementa el riesgo de vuelcos y que podría llevar a algunos consumidores o a sus abogados a fundamentar en ella una demanda por defecto de diseño. En la misma línea argumentativa, las motocicletas tienen sólo dos ruedas, los cuchillos cortan y las cerillas prenden con facilidad; en la práctica, no hay medicamentos sin efectos secundarios, ni bebidas alcohólicas apetecibles que no embriaguen, ni cigarrillos que no resulten perjudiciales para la salud. Estos ejemplos y muchos otros que podríamos añadir muestran cómo entre el producto defectuosamente diseñado y el producto categóricamente peligroso hay un continuum. Dado que, hoy por hoy, creemos que la responsabilidad de producto debe asociarse al daño causado por un defecto y no sólo al hecho de que el producto puesto en cuestión sea categóricamente peligroso, necesitamos un criterio que permita delimitar el defecto de diseño y distinguirlo del diseño adecuado de un producto, cuyo uso también correcto, o al menos previsible, presenta riesgos inevitables. La distinción entre producto defectuosamente diseñado y producto categóricamente peligroso supone, con todo, que este último es socialmente más beneficioso que perjudicial, pues si no fuera así debería ser retirado del comercio de los hombres. Entonces, más allá del producto categóricamente peligroso, como las bicicletas y los cuchillos, se encuentran aquéllos que, con razones mejores o peores y, en un momento dado, se consideran francamente perjudiciales. Hay buenos ejemplos recientes y contemporáneos: en las culturas islámicas, el alcohol se considera nocivo sin más; en la occidental, la Vigésimo primera Enmienda (1933) a la Constitución Federal de los Estados Unidos derogó la Decimoctava (1919), que había prohibido la fabricación, importación o tenencia de alcohol en aquel país. Hoy se discute y litiga sobre si el tabaco ha de quedar a uno u otro lado de la frontera [Juan Antonio Ruiz y Pablo Salvador (2002a) y (2002b)].

Al efecto, los derechos de las jurisdicciones europeas difieren sensiblemente de los norteamericanos. En Europa, el artículo 6 de la Directiva y el 3.1 de la Ley española acogen el criterio de delimitación del concepto de defecto de diseño denominado de las expectativas legítimas del consumidor (*Consumer Expectations Test*). En cambio, en las jurisdicciones estadounidenses, se acoge, con algunas excepciones, el criterio del riesgo-utilidad (*Risk-Utility Test*). Conforme al primer criterio, un producto está defectuosamente diseñado

cuando su concepción defrauda en alguna de sus características las expectativas razonables o legítimas del consumidor y le lleva a error causándole un daño en su persona o en sus bienes. De acuerdo con el segundo test, el diseño es defectuoso si los riesgos previsibles de daño que presenta podrían haber sido reducidos con la adopción de un diseño alternativo, razonablemente viable y más seguro [art. 2 b) del *Restatement of the Law Third: Products Liability* (1998): un producto «*is defective in design when the foreseeable risks of harm posed by the product could have been reduced or avoided by the adoption of a reasonable alternative design by the seller or other distributor, or a predecessor in the commercial chain of distribution, and the omission of the alternative design renders the product not reasonably safe*».]. El canon de las expectativas del consumidor tiene un sesgo normativo claro, pues no sólo apela a las expectativas reales de los consumidores, sino que exige que sean legítimas o razonables y, al hacerlo así, remite esta apreciación al arbitrio judicial. El juez deberá apreciar la razonabilidad de las expectativas, habida cuenta todas las circunstancias (art. 3 Ley 22/1994). Este sesgo normativo y judicial se refuerza aún más en Europa, pues en la mayor parte de las jurisdicciones europeas los procesos por defecto de producto son resueltos por jueces de carrera y no, como ocurre en los Estados Unidos, por jurados. El sesgo se acentúa así, pues la intervención de un jurado tendería a aproximar la apreciación del defecto a la opinión de la comunidad en vez de la que defienda o sostenga una corporación de funcionarios. Por su parte, el canon del riesgo-utilidad reconduce, como ha visto buena parte de la doctrina, el concepto de defecto de diseño al territorio natural de la negligencia, pues se trata de un canon que pregunta, en cada caso y en cada estadio tecnológico, sobre el riesgo y la utilidad del producto puesto en cuestión comparado con diseños alternativos más seguros pero razonablemente viables. Es obvio que la comparación apela a tener en cuenta riesgos y utilidades, costes y beneficios.

Es incluso discutible que el *Consumer Expectations Test* sea inmune al análisis riesgo-utilidad, pues el juicio normativo de razonabilidad que deberá realizar el juez incluirá con frecuencia la ponderación de esta circunstancia. Por otro lado, el canon europeo plantea algunas dificultades adicionales, ya que puede resultar insuficiente y excesivo a un mismo tiempo: insuficiente, cuando un producto tiene un defecto de diseño patente y fácilmente cognoscible por los consumidores, pero muy sencillo de soslayar a muy bajo coste; y excesivo, cuando un producto muy peligroso también resulta muy beneficioso, y no es comercializado o es expulsado del mercado porque el fabri-

cante teme que un juez considere que defrauda expectativas legítimas o porque, efectivamente, un juez o tribunal así lo decida.

La excepción norteamericana más significativa al criterio del riesgo-utilidad se relaciona con los alimentos, que se rigen por el estándar de las expectativas del consumidor. En todo caso, hay que tener en cuenta que ni en Europa ni en los EE.UU., los dos cánones mencionados cubren todo el campo del análisis del defecto del producto. En este sentido, debe entenderse la referencia de la Ley española a todas las circunstancias. Así, para empezar, si un producto es claramente más perjudicial que beneficioso desde un punto de vista social, no hay lugar a comparación alguna con diseños alternativos, ni mucho menos, a la exigencia de su prueba.

Parecidamente, las circunstancias del caso pueden permitir colegir con facilidad la existencia del defecto sin necesidad de introducir prueba de la existencia o viabilidad de un diseño alternativo más seguro.

En tercer lugar, la infracción de las características o especificaciones legales o reglamentarias de diseño de un producto permite presumir que el defecto consiste en esa diferencia sin necesidad de nuevo de referirse a alternativa alguna.

El caso español de referencia de defecto de diseño es *Luis A.M. y Josefina V.M. c. Interdulces S.A. y Ana María G.J.* [STS, 1.ª, 10 de junio de 2002 (Ar. 6198)]: el actor compró una golosina, conocida como «Fresón», fabricada en Italia y distribuida en España por Interdulces S.A, y se la dio a su hijo de tres años. El menor falleció por asfixia mientras era trasladado al hospital. El caramelo tenía un diámetro de 3,5 cm y una textura que dificultaban la masticación por un niño. *Ex post facto*, la Dirección General de Consumo de la Junta de Castilla-La Mancha y el Ministerio de Sanidad y Consumo consideraron el alimento peligroso para la vida de los niños, principales destinatarios de estos productos, y lo retiraron del mercado.

También resulta patente el defecto de diseño en *Arsenio R.V. c. Hiper Bebé, Roma 40-Bebés y Cunitor, S.A.* [STS, 1.ª, 25 de mayo de 1996, (Ar. 4853)]: la hija del actor, de seis meses de edad, falleció por asfixia al quedar atrapada entre los barrotes de una cuna, diseñada de forma defectuosa, al «no guardar entre sus barrotes la distancia adecuada para que en manera alguna hubiera posibilidad de que el bebé pudiera introducir entre ellos la cabeza» (FJ 4.º).

4.3 Defecto en las instrucciones o en las advertencias

Finalmente, un producto es defectuoso por causa de instrucciones o advertencias insuficientes o inadecuadas cuando los riesgos previsibles de daño presentados por el producto podrían haber sido reducidos o evitados mediante instrucciones o advertencias razonables y su omisión convierte al producto en irrazonable e inseguro. Así, en

defecto de advertencias, el artículo 2(c) del *Restatement of the Law Third: Products Liability* (1998) establece que un producto es defectuoso «*when the foreseeable risks of harm posed by the product could have been reduced or avoided by the provision of reasonable instructions or warnings by the seller or other distributor, or a predecessor in the commercial chain of distribution, and the omission of the instructions or warnings renders the product not reasonably safe*».

En España, dos casos en los que se ha utilizado la doctrina del defecto en las instrucciones o en las advertencias son *Casilda D.B. c. Comercial Farmacéutica Castellana, S.A.*, y *Ridruejo Hermanos, S.L. (STS, 1.ª, 29 de mayo de 1993 [Ar. 4052])* y *Emilia N.C. c. Pérez Navarro, S.L.; Euroquem, S.A. y NCH Española, S.A.*, (STS, 1.ª, 22 de mayo de 2001 [Ar. 6467]). En el primero, la actora y recurrente había comprado una botella de benceno, la etiqueta de cuyo envase advertía de que el producto era altamente inflamable, pero no incluía la indicación –legalmente exigible– «no apto para uso doméstico». La actora destapó la botella junto a los fogones encendidos de su cocina, el benceno se inflamó y la actora se abrasó. El TS aplicó un estándar de culpa comparativa atribuyendo a la recurrente un 80 por 100 y a la envasadora un 20 por 100 de la responsabilidad. En el segundo, la actora había sufrido daños al utilizar un producto destinado a usos industriales en el hogar sin ninguna medida de protección, por ejemplo, una careta de goma. En este caso, el Tribunal Supremo consideró que no existía defecto en las advertencias, puesto que el envase del producto incluía un dibujo con una calavera y unas tibias cruzadas que informaba de la peligrosidad de su contenido: ácido sulfúrico concentrado. Fue condenado el minorista por haber desviado un producto industrial al comercio al por menor.

La tercera categoría de defecto muestra así cómo en nuestro sistema la responsabilidad del fabricante se asocia a un defecto en la fabricación, en el diseño o en las advertencias, instrucciones o información, pero no sin más al hecho de que el producto sea peligroso. Lo son los automóviles, las bicicletas, los medicamentos, las armas de fuego, las sustancias de tráfico legal a un tiempo adictivas y tóxicas etcétera, pero, al menos en línea de principio, la valoración de base sobre la categoría corresponde al legislador y a las agencias reguladoras del gobierno, y no a los jueces y tribunales.

El tercer concepto funcional de defecto se aproxima también al estándar de responsabilidad por negligencia, pues refiere a un juicio de razonabilidad. El juzgador deberá apreciar los límites objetivos y subjetivos de las advertencias e instrucciones: así, puede no ser necesario advertir de riesgos absolutamente obvios o derivados de usos disparatados; puede ser preciso advertir de riesgos que afectan a muy pocas personas, alérgicas o

hipersensibles; hay que contrapesar la exigencia de detalle en las advertencias con la dificultad y rechazo que su exceso provoca en tales o cuales consumidores. El juicio de razonabilidad deviene así un juicio muy próximo al de negligencia, y éste permite deslizarse con facilidad desde el campo del derecho civil a los del administrativo y penal.

5. TEORÍA GENERAL DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO: SOBRE EL LUGAR DE LA PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA EN EL INSTRUMENTAL DE REMEDIOS LEGALES Y EXTRALEGALES

Situados ya en este punto, la cuestión sobre qué instrumento regula de mejor manera la responsabilidad del fabricante es una pregunta de política jurídica que el civilista suele abordar, de forma muy parcial y desde su especialidad, con la ayuda de la teoría general de la aplicación de derecho [*Basic Theory of Enforcement*; véanse A. M. POLINSKY/Steven SHAVELL (1993) y (1999), y Louis KAPLOW/Steven SHAVELL (1999), Chap. 6, p. 66-78, y Steven SHAVELL (2003)], para comparar luego los distintos remedios legales (*Legal Remedies*) de naturaleza civil y no civil.

Partimos, como es común, del principio conforme al cual la intensidad de una sanción –por ej., una multa– es óptima si coincide con el daño causado a la sociedad dividido por la probabilidad de detección del responsable, de imposición y ejecución de la sanción. Sanciones más graves que la óptima provocan sobreprevención de daños y desincentivan el desarrollo de actividades socialmente útiles (por ej., impiden o retrasan la comercialización de medicamentos beneficiosos para la salud); sanciones más leves conllevan en cambio infraprevención (por ej., incentivan la comercialización de productos defectuosos y dañinos).

Una teoría completa de la aplicación del derecho debería tener en cuenta las sanciones extralegales además de las legales [véanse, Richard A. POSNER (1997), Richard A. POSNER/ Eric B. RASMUSSEN (1999) y Eric A. POSNER (2000)]. En particular, los remedios extralegales no son casi nunca irrelevantes en materia de daños causados por defectos de producto, pues la pérdida de reputación de la firma afectada y los efectos negativos en cascada entre los potenciales demandantes de sus productos pueden resultar devastadores.

En cuanto a los remedios estrictamente legales, es obvio que la ventaja comparativa del civilista se limita al análisis de los remedios civiles. Éstos se caracterizan por el hecho de ser aplicados a instancia

de parte y, en este sentido, son casos de aplicación privada del derecho. A ellos se oponen los remedios públicos —administrativos o penales— que se aplican de oficio por las autoridades administrativas o judiciales. Una primera decisión importante, cuando hay que escoger entre un remedio privado u otro público, depende de factores tales como la información acerca de la identidad de los infractores: si las víctimas de un daño poseen naturalmente suficiente información sobre su causante, así como sobre las circunstancias en las que el daño se produjo, entonces, puede estar indicado un remedio de naturaleza privada. Éste es claramente el caso de la aplicación del derecho contractual y de gran parte del derecho de la responsabilidad extracontractual. Cuando, en cambio, las víctimas desconocen quién las dañó o cuando resulta difícil identificar o aprehender a los infractores, puede ser deseable recurrir a un remedio público. De forma similar, otro factor que permite decidirse por uno o por otro tipo de remedio es la relación entre los costes y los beneficios de su puesta en práctica. Si, por ejemplo, la víctima o sus allegados no pueden capturar gran parte de los beneficios sociales de la aplicación del derecho, si ésta resulta muy costosa o si suceden ambas cosas a la vez porque, por ejemplo, el daño es socialmente muy difuso, entonces el remedio público es más ventajoso que el privado.

De nuevo, en este caso, convendría tener en cuenta la alineación entre las reglas de derecho y las normas sociales y su graduación o su falta: si las normas sociales refuerzan la aplicación pública o privada del derecho y enaltecen a los adalides de la ley, los costes que éstos afrontan se reducen de manera considerable. Si, en cambio, las normas sociales marginan o castigan al delator, la denuncia privada o, en general, la aplicación privada del derecho pueden resultar insoportables para sus protagonistas. A largo plazo, para que un sistema legal pueda funcionar de manera razonable, las reglas legales y las normas sociales deberán converger.

Entre los remedios de aplicación privada del derecho, uno de los más tradicionales, la indemnización de daños y perjuicios, ha sido escogido por la cultura legislativa contemporánea de la responsabilidad civil del fabricante, pero este remedio coexiste y, por lo tanto, compete con otros también privados, pero de naturaleza muy distinta. A estos efectos, conviene introducir una nueva distinción: la que media entre remedios *ex post facto*, es decir, de aplicación posterior a la producción del daño social, y remedios *ex ante* o de aplicación asociada a la realización de la conducta peligrosa que incrementa la probabilidad de que suceda el daño, pero antes de que éste ocurra. En derecho civil, el remedio *ex ante* no es frecuente y la mayor parte de los remedios civiles son *ex post*. La indemnización de daños y perjui-

cios es uno de ellos, pero también lo son la restitución, la reparación específica, la expropiación de los beneficios, la prohibición del desarrollo ulterior de la actividad históricamente perjudicial o, incluso, el cierre temporal o permanente del establecimiento y, por supuesto, las sanciones penales.

La respuesta en derecho civil a la pregunta sobre qué remedio resulta preferible, por ej., la indemnización de daños o la expropiación de beneficios depende de circunstancias tales como los siguientes: analizada la cuestión desde el punto de vista de la disuasión de comportamientos asociales, el coste de los errores cometidos al valorar los beneficios suele ser superior al que se incurre en la valoración de los daños, pues a poco que el juez o tribunal infravaloren los beneficios obtenidos, el causante del daño continuará llevando a cabo su actividad dañina, aunque el error sea muy escaso, pues aún así, le continuará resultando a cuenta proseguir su actividad. Desde el punto de vista de la compensación, habrá que tener en cuenta si hay beneficio y, sobre todo, si son iguales o superiores en importe al del daño causado, pues, con frecuencia, el causante de un daño obtiene con su producción un beneficio inferior a la estimación privada o social del daño producido y, en tal caso, el remedio indemnizatorio es superior a la expropiación de beneficios. Otras circunstancias, como el valor o desvalor social de la actividad del demandado, suelen ser tenidas en cuenta también en esta sede. Igualmente lo es el hecho de que la actividad dañina impida o disminuya la probabilidad de que la víctima lleve a cabo la actividad beneficiosa de que se trate.

El tratamiento de las acciones de cesación y abstención pasa por el análisis de su alcance, pues si éste es muy amplio, como, por ejemplo, si su objeto es el cese de la actividad o el cierre –cautelar o definitivo– del establecimiento, entonces el riesgo de comportamiento estratégico del demandante es obvio, ya que podría utilizar el remedio con la finalidad de tratar de obtener gran parte de las ventajas que el demandado consigue con el ejercicio (lícito) de la actividad prohibida u obstaculizada.

El remedio penal incluye en España, además de la pena, la indemnización civil, mas, en teoría de remedios, se analiza aquél teniendo en cuenta predominantemente la naturaleza de la sanción, económica o no económica, o, si se prefiere así, su carácter incapacitante o no incapacitante del infractor. Las sanciones puramente económicas, es decir, las multas, son preferibles a las no económicas y pueden llegar a ser muy eficaces desde el punto de vista de la prevención de daños si se gradúan de manera óptima; además, resultan baratas de gestionar y generan un mínimo de costes sociales, pues, por lo general, no son incapacitantes y se limitan a ordenar transferencias de riqueza que luego se pueden destinar a fines socialmente positivos y no sólo a custodiar al infractor. Típicamente, un día de prisión cuesta más al contribuyente que un día de pensión completa en un hotel de cuatro estrellas de Madrid o Barcelona. Sin embargo, su eficacia presupone que los condenados potenciales sean solventes, pues de lo contrario, la amenaza de imposición de una sanción pecuniaria carece de todo efecto (*Judgment-Proof Defendant*). Es fama que la alternativa tradicional a la sanción económica, la pena privativa de libertad, resulta socialmente muy costosa, pues es intrínsecamente destructiva, y muy cara de gestionar, pero puede tener una eficacia disuasoria notable, aunque los civilistas lo ignoramos casi todo al respecto. Sanciones intermedias como las prohibiciones de llevar a cabo tales o cuales acti-

vidades (por ej., la privación de licencias o permisos, la inhabilitación o el cierre de empresas) resultan socialmente más o menos costosas en función de factores tales como las alternativas que permanecen abiertas para los sancionados.

En teoría, los remedios *ex post* son tan buenos como los remedios *ex ante*: el recurso a un remedio *ex post*, como la indemnización de daños y perjuicios, no generará ningún problema de infraprevención ni de sobreprevención si la indemnización se ajusta al daño probable dividido por la probabilidad de detección del infractor potencial, pues éste anticipará la condena y se abstendrá de llevar a cabo la actividad peligrosa. De forma alternativa, la imposición de una multa o sanción a toda aquél que lleve a cabo la conducta peligrosa y antes de que tenga lugar el daño, generará los mismos efectos si el importe de la multa está graduado de forma óptima. Así, si suponemos que la realización de una conducta peligrosa conlleva un 10 por 100 de probabilidades de causar un daño de 100, una multa de 10, impuesta a todos quienes lleven a cabo esa actividad, es equivalente a una condena a pagar 100 a todos aquéllos que causen un daño.

Sin embargo, y como señalan A. M. POLINSKI/Steven SHAVELL (1993, p. 20) hay factores relevantes a la hora de elegir entre remedios *ex ante* y *ex post*. Así, en el ejemplo con el que finalizábamos el párrafo anterior, puede observarse cómo la multa, que es una sanción *ex ante*, es más reducida que el importe de la indemnización, y como, con toda probabilidad, no todos los infractores serán máximamente solventes, el remedio *ex ante* de la multa puede ser preferible. En segundo lugar, la discusión anterior presuponía neutralidad al riesgo, pero como la mayor parte de los seres humanos somos aversos al riesgo, las sanciones *ex ante* serán preferibles. En tercer lugar, la mayor o menor dificultad de gestión de los remedios *ex ante* comparados con los *ex post* en cada sector de actividad, puede ser el elemento decisivo para la elección entre unos u otros. Por último, puede ser difícil calcular el daño probable resultante de una actividad peligrosa, pero no, en cambio, estimar el daño si el riesgo se concreta, en cuyo caso es preferible el remedio *ex post*.

De esta forma, frente a los remedios que actúan *ex post*, están los remedios *ex ante* y, notablemente, los de naturaleza regulatoria: cabe prohibir a priori el inicio de una actividad que se considera más perjudicial que beneficiosa desde el punto de vista social; cabe también regularla con mayor o menor intensidad someténdola al cumplimiento de una serie de requisitos sin cuya ocurrencia no cabe actuar —licencias, titulaciones, mínimos de solvencia, etc.—. En la práctica, todos los sectores industriales relevantes en responsabilidad civil del fabricante están intensamente regulados. El caso más claro es el de

los medicamentos, pero la característica mencionada se puede predicar de todas las restantes industrias. Sería entonces una ingenuidad pretender reducir la responsabilidad del fabricante a responsabilidad civil. Situados ya en esta última, los civilistas sabemos que la responsabilidad civil funciona bastante bien para regular las actividades de cada día, cuyo desarrollo no sería práctico controlar *ex ante* con una miríada de funcionarios públicos. Para conseguir un efecto preventivo óptimo, una minimización eficiente de los costes de los accidentes derivados en este caso de los defectos de producto, se requiere que todos los casos de defectos que dañan den lugar a una reclamación de reparación, que la demanda sea atendida y que la víctima cobre una compensación perfecta, es decir, una tal que le hubiera resultado indiferente no sufrir el daño o sufrirlo y recibir la compensación de que se trata. Como es fácil de observar, estas condiciones son muy estrictas y hay infinidad de circunstancias en las cuales no se cumple alguna de ellas. En todo caso, los civilistas también sabemos que la gestión judicial de la responsabilidad civil es muy costosa y que el instrumento legal de las acciones judiciales de daños no puede llegar a ser ni el único ni siquiera el más importante remedio para prevenir y compensar los costes de los accidentes derivados de los defectos de producto. Es más, la responsabilidad civil es muy cara de gestionar: típicamente, por cada euro gastado en un litigio de responsabilidad civil, sólo 0,50 € llegan al actor en forma de indemnización. Para compensar daños, el seguro resulta un método mucho más eficiente que la acción de daños. Y para prevenirlos, la regulación administrativa *ex ante* o la regulación penal *ex post* son alternativas cuya viabilidad debe estudiarse en cada caso, pero que en muchos de ellos resultan socialmente menos costosas de administrar que la responsabilidad civil.

El análisis ulterior de los temas apuntados en esta conferencia apela a un trabajo interdisciplinar entre científicos sociales y juristas, así como entre juristas de distintas especialidades que, en el intento sincero de prescindir de sus intereses corporativos, analicen en términos objetivos qué diseños de regulación son más razonables, cuáles son defectuosos y cuáles, por último, admiten alternativas de regulación viables y menos costosas para la sociedad. Mas no quisiéramos concluir dejándoles con la sospecha de que el jurista –como el fabricante– responde objetivamente por los defectos de los productos de su ingenio, pues, al menos en el derecho civil, los juristas somos simples prestadores de servicios y no fabricantes de cosas. Y, en el mundo de los servicios, el estándar de responsabilidad más generalizado en los países de nuestra cultura es la negligencia, no la responsabilidad objetiva.

6. TABLA DE SENTENCIAS CITADAS

Sentencias del Tribunal Supremo español

<i>Sala y Fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
STS, 1.ª, 29.5.1993	4052	Pedro González Poveda	<i>Casilda D.B. c. Comercial Farmacéutica Castellana, S.A. y Ridruejo Hermanos S.L.</i>
STS, 1.ª, 26.6.1993	5380	Antonio Gullón Ballesteros	<i>Fernanda, S.L. c. La Cruz del Campo, S.A.</i>
STS, 1.ª, 8.2.1995	1630	Antonio Gullón Ballesteros	<i>Isabel M.C. c. Schwepps S.A. y Adolfo Marineto S.A.</i>
STS, 1.ª, 25.5.1996	4853	Alfonso Barcalá y Trillo-Figueroa	<i>Arsenio R.V. c. Hiper Bebé, Roma 40-Bebés y Cunitor, S.A.</i>
STS, 1.ª, 4.10.1996	7034	Ignacio Sierra Gil de la Cuesta	<i>Ignacio L.C. c. Hipercor, S.A. y La Cruz del Campo, S.A.</i>
STS, 1.ª, 22.5.2001	6467	Antonio Gullón Ballesteros	<i>Emilia N.C. c. Pérez Navarro, S.L.; Euroquem, S.A. y NCH Española, S.A.</i>
STS, 1.ª, 11.10.2001	8735	José Ramón Vázquez Sandes	<i>Alberto G.C. c. Laforest Bic, S.A.</i>
STS, 1.ª, 10.6.2002	6198	Román García Varela	<i>Luis A.M. y Josefina V.M. c. Interdulces, S.A. y Ana María G.J.</i>
STS, 1.ª, 21.2.2003	2133	Alfonso Villagómez Rodil	<i>Manuel Francisco L. F. c. La Casera, S.A., Carbónica Murciana, S.L. y Torres Lucas, S.L.</i>

Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

<i>Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Partes</i>
STJCE 25.4.2002	C-183/00	<i>María Victoria González Sánchez y Medicina Asturiana, S.A.</i>

*Sentencias de las jurisdicciones de los Estados Unidos de América**Asuntos*

- MacPherson v. Buick Motor Co.*, 111 N.E. 1050 (N.Y. 1916)
Escola v. Coca Cola Bottling Co. of Fresno, 150 P. 2d 436 (Cal. 1944)
Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc., 161 A. 2d 69 (N.J. 1960)
Greenman v. Yuba Power Products, Inc., 377 P. 2d 897 (Cal. 1963).

Sentencias de las jurisdicciones del Reino Unido

Asuntos

Winterbottom v. Wright, 152 Eng. Rep. 402 (Ex. 1842)

Rylands v. Fletcher, L.R. 3 H.L. 330 (1868)

7. BIBLIOGRAFÍA

- Luis Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN (1999), *Derecho de daños*, Civitas, Madrid.
- Fernando GÓMEZ POMAR (2000), *Responsabilidad extracontractual y otras fuentes de reparación de daños: «Collateral Source Rule» y afines*, InDret 1/2000 (www.indret.com).
- (2002), *Insurance Benefits, Insurance Subrogation and Imperfect Liability Rules*, International Review of Law and Economics.
- Louis KAPLOW/Steven SHAVELL (1999), *Economic Analysis of Law*, Working Paper n. 6960, National Bureau of Economic Research (www.nber.org/papers/w6960.pdf).
- William Lloyd PROSSER (1966), *The Fall of the Citadel. Strict Liability to the Consumer*, 50, Minnesota, Law Review, 791.
- Manuel LUQUE PARRA y Juan Antonio RUIZ GARCÍA (2002), «Accidentes de trabajo, responsabilidad civil y competencia de jurisdicción», InDret 3/2002 (www.indret.com).
- Fernando PANTALEÓN PRIETO (1993), «Comentario al artículo 1902 Cc», en Pablo Salvador, Luis Díez-Picazo, Cándido Paz-Ares y Rodrigo Berco-vitz (Directores), *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid.
- A. M. POLINSKI/Steven SHAVELL (1993), *Enforcement Costs and the Optimal Magnitude and Probability of Fines*, Working Paper n. 3429 (also NBER Reprints 1819), National Bureau of Economic Research (<http://papers.nber.org>).
- (1999), *The Economic Theory of Public Enforcement of Law*, Working Paper n. 6993, National Bureau of Economic Research (<http://papers.nber.org/papers/w6993.pdf>).
- Eric A. POSNER (2000), *Law and Social Norms*, Harvard University Press, Cambridge (MA).
- Richard A. POSNER (1997), *Social Norms and the Law: An Economic Approach (in the Interaction Between Norms and Economic Incentives)*, The American Economic Review, vol. 87, No. 2, Papers and Proceedings of the Hundred and Fourth Annual Meeting of the American Economic Association (Mayo, 1997), pp. 365-369.

- Richard A. POSNER/ Eric B. RASMUSSEN (1999), *Creating and Enforcing Norms, with Special Reference to Sanctions*, 19 *International Review of Law and Economics* 369-382.
- Fernando REGLERO CAMPOS (2002), *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, Elcano.
- Juan Antonio RUIZ GARCÍA y Pablo SALVADOR CODERCH (2002 a), *El pleito del tabaco en los EE.UU. y la responsabilidad civil I*, InDret 3/2002 (www.indret.com).
- (2002b), *El pleito del tabaco en los EE.UU. y la responsabilidad civil II. Presupuestos económicos, epidemiológicos, culturales y legales*, InDret 4/2002 (www.indret.com).
- Pablo SALVADOR CODERCH y Carlos GÓMEZ LIGÜERRE (2002), *Respondeat Superior II. De la responsabilidad por hecho de otro a la responsabilidad de la organización*, InDret 3/2002 (www.indret.com).
- Steven SHAVELL (2003), *Economic Analysis of Public Law Enforcement and Criminal Law*, Harvard John M. Olin Discussion Paper Series, Discussion Paper No. 405 (www.ssm.com).
- Joan Carles SEUBA TORREBLANCA y Sonia RAMOS GONZÁLEZ (2002), *Guía de la jurisprudencia española sobre productos defectuosos*, 2.^a ed., InDret 3/2002 (www.indret.com).
- Josep SOLÉ i FELIU (1997), *El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante: La Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad por los Daños Causados por Productos Defectuosos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

Necesidad y límites de la responsabilidad penal por el producto (*)

LOTHAR KUHLEN

Catedrático de la Universidad de Mannheim

Estimadas señoras y señores

Supone para mí un gran honor y una gran satisfacción atender a la invitación de mis colegas Gimbernat Ordeig y Octavio de Toledo y Ubieto y poder inaugurar con mi conferencia este Seminario sobre la responsabilidad penal por el producto que se celebra aquí en la Universidad Complutense. El título de mi conferencia es «Necesidad y límites de la responsabilidad penal por el producto».

Este planteamiento del tema muestra la amabilidad de los organizadores: se otorga gran libertad al conferenciante, ya que con algo que éste tenga que decir acerca de la responsabilidad penal por el producto, ese algo tendrá ya de alguna forma que ver con la necesidad y los límites de la mencionada responsabilidad (o al menos eso espera uno). No quiero, sin embargo, hacer uso de la libertad que se me ofrece, sino que voy a ceñirme rigurosamente al tenor literal del tema propuesto. Conforme a lo anterior, en primer lugar y de modo breve diré algo sobre la caracterización de la *responsabilidad penal por el producto*; acto seguido, y también de forma concisa, abordaré su *necesidad* para, a continuación y de modo algo más amplio, tratar sus *límites*.

(*) Traducción del original alemán realizada por María Martín Lorenzo e Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno (Universidad Complutense de Madrid).

I. RESPONSABILIDAD PENAL POR EL PRODUCTO

Con su permiso, me gustaría citar algunas de mis propias opiniones sobre el objeto de nuestra reunión, la responsabilidad penal por el producto. Mientras que en el año 1989 aún decía que «el concepto de “responsabilidad penal por el producto”» todavía no ha adquirido carta de naturaleza» (1), en 1994 ya hablaba de «una nueva materia» «que se encuentra actualmente en desarrollo» (2) y en el año 2000 apreciaba que «en los últimos tiempos, en el Derecho alemán... se ha elaborado una responsabilidad penal por el producto» y que «en el ínterin también se ha asentado como objeto de la ciencia jurídico-penal» (3). La jurisprudencia de los tribunales supremos ha supuesto una contribución fundamental a este desarrollo, en Alemania principalmente la sentencia del *BGH* (Tribunal Supremo) en el caso *Lederspray* en 1990 (4), y en España el fallo del Tribunal Supremo de 1992 en el caso de la Colza (5).

Ante esta situación, me propongo prescindir por completo de las explicaciones y definiciones conceptuales del predicado «responsabilidad penal por el producto». En su lugar, y sobre la base del que presumo es el común entendimiento del concepto, sólo haré unas pocas observaciones acerca de cómo se ha desarrollado en las últimas décadas la responsabilidad penal por el producto en Alemania.

El *legislador* no nos ha ofrecido novedades de importancia sobre este particular (6). La doctrina, debido especialmente al notorio problema de la prueba de la causalidad (7) en las constelaciones típicas de responsabilidad por el producto (8), ha pedido de forma reiterada

(1) KUHLEN, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, 1989, p. 1.

(2) KUHLEN, *JZ*, 1994, p. 1142.

(3) KUHLEN, «Strafrechtliche Produkthaftung», en: *Roxin/Widmaier* (eds.), *BGH-Festgabe*, tomo 4, 2000, pp. 647 y ss. (648).

(4) *BGHSt* 37, 106.

(5) Tribunal Supremo *NSiZ* 1994, 37 (traducción parcial al alemán de Manuel Cancio Meliá). Sobre el tema, GIMBERNAT ORDEIG, «Echte Unterlassung und Risikohöherung im Unternehmensstrafrecht», en: Schünemann et al (eds.): *FS für Claus Roxin*, 2001, p. 651 y ss. (660-661).

(6) Con excepción de materias específicas, como por ejemplo, la *Ley de Productos Médicos (Medizinproduktegesetz)*. V., al respecto DEUTSCH, *NJW* 1995, pp. 752 y ss.

(7) V. KUHLEN, «Strafrechtliche Produkthaftung», en: Achenbach/Wannemacher (Hrsg.), *Beraterhandbuch zum Steuer- und Wirtschaftsstrafrecht*, Stand 1999, § 4 números marginales 40 y ss.; KUHLEN (*supra*, nota 3), pp. 650 y ss., con ulteriores referencias.

(8) Sobre el tema v. KUHLEN (*supra*, nota 3) p. 649.

la introducción de un *delito de peligro* (9), petición que se realizó por última vez al hilo de la discusión sobre la sexta Ley de Reforma Penal que entró en vigor en 1998 (10). Sin embargo, el legislador no ha hecho suya esta propuesta sino que, al contrario y mediante la descriminalización de la comisión imprudente (11), ha privado aún más de su ya marginal significado al que hasta la fecha era la única esperanza de la doctrina en temas de responsabilidad por el producto (12), el delito de peligro de envenenamiento peligroso para la comunidad (art. 319 f. *StGB*, antigua redacción).

Después de la fundamental sentencia del caso *Lederspray* (13), en 1995 el Tribunal Supremo Alemán se pronunció sobre cuestiones de responsabilidad penal por el producto en otro espectacular proceso penal: el del protector de madera (*Holzschutzmittel-Prozess*) (14). La Audiencia Provincial de Frankfurt am Main había condenado por lesiones imprudentes a una pena remitida condicionalmente a varios trabajadores del fabricante de un producto para la protección de la madera (usado para pintar el interior de las viviendas y que posiblemente había perjudicado la salud de los habitantes de los espacios en los que había sido usado) (15). El *BGH* casó la sentencia porque entendió que no había quedado suficientemente acreditado que el protector de madera fuera la causa de las enfermedades. Debido sobre

(9) GRETENKORDT, *Herstellen und Inverkehrbringen stofflich gesundheitsgefährlicher Verbrauchs- und Gebrauchsgüter*, 1993, pp. 124 y ss.; FREUND *ZLR* 1994, pp. 261 y ss. [297-298]; AICHINGER, *Die strafrechtliche Produkthaftung im deutschen im Vergleich zum anglo-amerikanischen Recht*, 1997, pp. 347 y ss.

(10) FREUND, *ZStW* 109 [1997], pp. 455 y ss. [459-460].

(11) Que hasta entonces se sancionaba por el artículo 320 *StGB*, versión antigua V. ahora el art. 314 (cuando se citen artículos sin indicar la ley, ha de entenderse que son del *StGB*).

(12) V. HORN, *NJW* 1986, p. 153 («el precepto más importante de aquellos dedicados a la protección del consumidor»); de acuerdo, HILGENDORF, *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der «Risikogesellschaft»*, 1993, pp. 164 y ss. Más escéptico KUHLEN (*supra*, nota 1), pp. 152 y ss.

(13) Que fue precedido por la sentencia de 1988 del *BGH* *NStE*, § 223 *StGB* *Nr. 5 Mandelbienenstich* (picadura de la abeja de la almendra) con anotaciones GORN, *ZLR* 1988, pp. 512 y ss., y PETERS, *ZLR* 1988, pp. 518 y ss. Véase además SCHMIDT-SALZER, *NJW* 1994, pp. 1305 y ss. (1314).

(14) *BGHSt* 41, 206 con anotaciones Volk *NStZ* 1996, pp. 105 y ss. Para la historia del proceso KUHLEN (*supra*, nota 7) número marginal 13, con ulteriores referencias sobre la estafa mediante la comercialización de productos v. *BGH* *NJW* 1995, pp. 2933 y ss. –vino de glicol– con anotaciones de SAMSON, *StV* 1996, pp. 93 y ss., y SCHMIDT-SALZER, *NJW* 1996, pp. 1 y ss.

(15) *LG Frankfurt am Main*, sentencia de 25 de mayo de 1993 –Az.: U5/26K1s65Js8793/84– con anotaciones SCHULZ, *ZuR* 1994, pp. 26 y ss.

todo a la inusitada duración del proceso (más de diez años), en 1996 se produjo un archivo de las actuaciones por el fiscal al amparo del artículo 153a de la *StPO* (Ley de Enjuiciamiento Criminal) (16). Del mismo modo concluyó en 1997 la instrucción que por unas presuntas lesiones había iniciado la fiscalía de Frankfurt am Main contra los miembros del Consejo de Administración del único fabricante alemán de amalgama (un controvertido material usado para empastes) (17).

De modo especial el veredicto del caso «Lederspray» ha provocado una viva discusión en la doctrina penal alemana. En un número de publicaciones ya apenas abarcable se tratan, junto a las cuestiones fundamentales de la necesidad y los límites de la responsabilidad penal por el producto, problemas dogmáticos tales como la causalidad, la omisión y la autoría, cuya relevancia, aun cuando haya saltado claramente a la vista por vez primera en la constelación de la responsabilidad por el producto, supera con creces este ámbito (y se manifiesta especialmente en lo que respecta a la conducta que los miembros individuales de una organización llevan a cabo para ésta) (18).

II. NECESIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PENAL POR EL PRODUCTO

La cuestión de la *necesidad* de la responsabilidad penal por el producto se puede entender de muy distintas maneras. Por un lado, no existe un *baremo* conforme al cual se pueda enjuiciar esta necesidad. Se puede preguntar si la responsabilidad penal por el producto es necesaria como *respuesta adecuada* del Estado a la infracción de las normas relativas a la puesta en circulación de productos. En lugar de esto, también se puede preguntar si es necesaria para garantizar una deseable protección al consumidor y, de este modo, si lo es para la *prevención de lesiones de bienes jurídicos*. Ambas formulaciones de la cuestión de partida, que guardan una estrecha relación con premisas jurídico-penales de carácter general, pueden además variar según la

(16) *LG Frankfurt am Main NJW* 1997, pp. 1994-1995.

(17) Caso Degussa. Sobre el mismo v. *HAMM SrV* 1997, pp. 159 y ss. (163); TIEDEMANN, «Körperverletzung und strafrechtliche Produkthaftverantwortung», en: Weigend/Küpper (eds.), *FS für Hans-Joachim Hirsch*, 1999, pp. 765 y ss.; KUHLEN (*supra*, nota 3), pp. 660 y ss.

(18) Al respecto v. por todos las referencias doctrinales específicas en KUHLEN (*supra*, notas 3 y 7), así como SCHÜNEMANN, «Unternehmenskriminalität», en Roxin/Widmaier (eds.): *BGH-Festgabe*, tomo IV, 2000, pp. 621 y ss.

medida en que se tome como base el Derecho penal vigente (o, precisamente, en la medida en que no se tome como base). Quisiera, brevemente, tomar postura tanto frente a la necesidad preventiva como a la necesidad normativa de la responsabilidad penal por el producto, y, al hacerlo, partir de que las normas jurídico-penales generales de las que se deriva esta responsabilidad (esto es, sobre todo, los tipos de homicidio y lesiones del derecho vigente) son en esencia tanto adecuadas desde el punto de vista normativo como útiles desde el preventivo.

Por otro lado, tanto la comprensión de la cuestión de la necesidad de la responsabilidad penal por el producto como su respuesta dependen de cuáles sean las normas y las concreciones de normas fundamentadoras de la responsabilidad que a uno le interesen. En lo que sigue *no* discutiré si los delitos de peligro ya existentes (o los que estén por venir) del Derecho penal nuclear o del accesorio son necesarios para lograr una responsabilidad por el producto normativamente adecuada o preventivamente útil. Igualmente, tampoco discutiré si para tal fin es necesaria la punibilidad de las propias *empresas* (productoras) (19). También dejaré de lado en esta ocasión el tema de la responsabilidad por daños patrimoniales causados por productos. Formulado de una manera *positiva*, lo que me interesa es ver si la *concreta* responsabilidad penal de los trabajadores *individuales* al servicio de empresas fabricantes por *lesiones a la vida y la salud* causadas por productos, tal y como se encuentra en las principales decisiones de los tribunales alemanes sobre el tema, especialmente en las del *BGH*, es *normativa y preventivamente* necesaria.

En mi opinión, desde una óptica normativa la responsabilidad por el producto derivada de daños a la vida y la salud causados por productos defectuosos (esto es: la punición del fabricante o del trabajador del fabricante a título de homicidio o de lesión corporal, sea a título doloso o imprudente) es en principio insoslayable y, por lo tanto, necesaria en cuanto la conducta aparezca como punible tras una adecuada concreción de los tipos penales. Esto no es tan evidente como pueda sonar, ya que la producción y distribución de productos constituye en la sociedad moderna un ámbito social autónomo que es percibido y tematizado como tal (teniendo también en cuenta la pro-

(19) Para esta cuestión, actualmente muy discutida y de especial relevancia para la responsabilidad por el producto (aun cuando su importancia no se limite a esta materia) v. por todos HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, 1995, pp. 201 y ss.; STRATENWERTH, en: *FS für Rudolf Schmitt*, 1992, p. 295; Volk, *JZ* 1993, 430; DANNECKER, *GA* 2001, pp. 101 y ss; JAKOBS, «Strafbarkeit juristischer Personen», en: Prittwitz et al (editores): *FS für Klaus Lüderssen*, pp. 559 y ss.

tección del usuario) y que desde hace algún tiempo está también sometido a una regulación jurídica específica (20). Con la mirada puesta en este subsistema social es por completo merecedor de reflexión si, junto a la ya abarcadora responsabilidad civil, es todavía necesaria una aún más amplia responsabilidad penal por daños a la vida y la salud del usuario (y terceros) (21).

A esto hay que añadir que este ámbito social es considerado, no sin razón, uno de los «ámbitos especiales», que vienen caracterizados por específicos y modernos «problemas de riesgo que son la consecuencia de nuevas complicaciones» (22); por este motivo, en lo que respecta a la aplicación de los tipos tradicionales del Derecho penal nuclear como las lesiones y el homicidio, estos ámbitos son especialmente propensos a un Derecho penal «moderno» o «del riesgo» que, conforme a una extendida percepción, pretende solucionar los mencionados problemas «mediante la extensión de los conceptos penales y la disolución del poder limitador de los principios» (23).

Todo esto, sin embargo, no significa que la responsabilidad penal por el producto no venga normativamente indicada, algo que aquí sólo puedo afirmar pero no justificar en profundidad. Incluso en el caso de que no se consiguieran beneficios preventivos adicionales sobre los de la responsabilidad civil por el producto, ni la alusión a la producción y distribución de bienes, ni incluso la existencia de un *ámbito social* «moderno» pueden legitimar su exclusión de la vigencia de las prohibiciones penales referidas a las lesiones y homicidios dolosos e imprudentes. Esto es así porque la pertenencia de ciertas conductas a tal ámbito es *per se* irrelevante en lo que respecta a su merecimiento de pena. Tener en cuenta tal pertenencia mediante la exención de responsabilidad penal constituiría una infracción del principio de igualdad (24) y, en tanto se trata de concretas materias modernas (25), se

(20) En Alemania especialmente a través de la Ley de responsabilidad por el producto (*Produkthaftungsgesetz: ProdHG*), que entró en vigor en 1990. Ya antes se había elaborado judicialmente reglas específicas para este sector, sobre todo, mediante la concreción del artículo 823, párrafo 1.º del *BGB*, que la jurisprudencia había desarrollado desde hace tiempo para dar cabida a la responsabilidad civil por el producto.

(21) Sobre el tema, v. ya KUHLEN (*supra*, nota 1), pp. 182 y ss.

(22) HASSEMER, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 1994, p. 15.

(23) HASSEMER (*supra*, nota 22), p. 25. Concienzudamente sobre la relación entre la moderna sociedad del riesgo y la responsabilidad penal por el producto, HILGENDORF (*supra*, nota 12).

(24) KUHLEN (*supra*, nota 1), pp. 187-188.

(25) Sobre las mismas v. HASSEMER (*supra*, nota 22), pp. 7 y ss.; HASSEMER *ZRP* 1992, pp. 378 y ss.

vincularía al mismo tiempo con la imparable deslegitimación del Derecho penal nuclear restante, que experimenta una creciente pérdida de importancia.

Está claro que nadie pide una regulación que de forma explícita imponga tal excepción. Pero, debido a la situación existente, se acaba llegando a ella cuando se otorga carácter de *objeción* a la responsabilidad penal por el producto al hecho de que a efectos preventivos (quizás) baste con la intervención civil, o cuando, confrontado con situaciones problemáticas nuevas y especiales, uno se recluye en el Derecho penal nuclear tradicional (26) y de ese modo rechaza la cuestión que se le plantea al juez, la concreción de la norma de una forma que tenga en cuenta las particularidades de tales situaciones problemáticas y al mismo tiempo también sus riesgos específicos.

Cuando se afirma que la responsabilidad penal por el producto está normativamente indicada con independencia de su significado preventivo junto a la responsabilidad civil, todavía no se ha dicho nada sobre si las específicas concreciones de las normas penales genéricas que ha realizado la jurisprudencia en este ámbito son adecuadas o no. Por mencionar los ejemplos más importantes: ¿Merece aprobación el tratamiento del *BGH* de las organizaciones o las empresas (27), la solución que da al problema de la causalidad general (28) o de la responsabilidad de los miembros individuales por las decisiones colegiales (29), la suposición de un deber de garante que obliga a la retirada del producto (30) y, en general, su determinación de los deberes del productor (31)?

Cada una de estas preguntas se puede contestar de diversas formas, en cada caso con buenos argumentos, y todas las preguntas *serán de hecho* analizadas de forma crítica. En mi opinión, las posiciones que el *BGH* defiende para cada una de estas cuestiones son dignas de elogio con carácter general. De acuerdo con lo anterior y

(26) V. HASSEMER (*supra*, nota 22), pp. 20 y ss.

(27) Sobre el tema KUHLEN, *WiVerw* 1991, pp. 181 y ss. (242 y ss.); EL MISMO, *JZ* 1994, pp. 1142 y ss. (1144-1145); HASSEMER (*supra*, nota 22), pp. 62 y ss.; KUHLEN (*supra*, nota 3), pp. 663 y ss.; en cada caso con ulteriores referencias.

(28) Sobre el tema v. por todos KUHLEN (*supra*, nota 3), pp. 650 y ss., con referencias al estado de la discusión.

(29) Sobre el tema con ulteriores referencias KUHLEN (*supra*, nota 3), pp. 668 y ss.

(30) V. KUHLEN (*supra*, nota 7) números marginales 34 y ss, con ulteriores referencias.

(31) Sobre el tema Kuhlen *JZ* 1994, pp. 1142 y ss. (1146-1147); EL MISMO (*supra*, nota 7) números marginales 25 y ss.; EL MISMO (*supra*, nota 3), pp. 655 y ss.

según mi punto de vista personal, la responsabilidad penal por el producto relativa a lesiones de la vida y la salud son *normativamente* adecuadas, no sólo en principio, sino también tomando en consideración las concreciones más importantes que de ellas ha hecho la nueva jurisprudencia.

La cuestión de si la responsabilidad penal por el producto añade algún efecto *preventivo* a la civil no tiene ya importancia decisiva. De todos modos, entiendo que también esta pregunta ha de responderse positivamente. El «output» en condenas sobre estos temas (32) es sin embargo modesto, también y precisamente desde la sentencia del caso *Lederspray*. Pero esto no es importante, puesto que el objetivo de la prevención general es la conducta conforme a la norma, y no el número de condenas dictadas por los tribunales penales.

Para el trabajador de la empresa productora, en líneas generales un ciudadano respetable, el riesgo de condena es relevante. Tal riesgo le toca *personalmente y no es asegurable*. Así pues, se puede partir de una elevada disposición del trabajador a evitar lo que percibe como un riesgo a ser condenado, cumpliendo con los deberes del productor penalmente sancionados también en aquellas ocasiones en las que tal cumplimiento acarree elevados costes para la empresa, como ocurre, por ejemplo, cuando se rechazan productos potencialmente dañinos para la salud, o al retirar género que se ha mostrado peligroso después de ser distribuido. A todo esto se suma que el fallo del caso *Lederspray* dio a conocer al público en general por vez primera la existencia de un riesgo relevante de condena para los trabajadores de empresas productoras, y que la vertiente jurídico-penal de la responsabilidad por el producto ha experimentado un gran desarrollo en el asesoramiento letrado y que a través de éste también ha cobrado una importancia considerable en las decisiones empresariales (33).

Para acabar con el análisis de la necesidad de la responsabilidad penal por el producto y resumir mis tesis en una frase: la responsabilidad penal por el producto, tal y como ha sido definida por la nueva jurisprudencia, y especialmente la del *BGH*, es adecuada desde el punto de vista normativo y al mismo tiempo contribuye a la protección de la vida y la salud del usuario.

(32) Lo cual es destacado en ocasiones cuando se valora otros sectores del moderno Derecho penal. V. para el Derecho penal del medio ambiente HEINE/MEINBERG, *GA* 1990, pp. 1 y ss. (2 y ss.).

(33) SCHMIDT-SALZER *NJW* 1994, pp. 1305 y ss.; EL MISMO, *NJW* 1996, pp. 1 y ss.

III. LÍMITES DE LA RESPONSABILIDAD PENAL POR EL PRODUCTO

Que debe haber límites a la responsabilidad penal por el producto es algo evidente. Tales límites se instituyen con cada requisito de punibilidad y resultan tan problemáticos y discutibles como su concreta especificación. Con seguridad van a aparecer distintos problemas que tienen una estrecha relación con la responsabilidad penal por el producto, porque los mismos se manifiestan en las constelaciones de casos típicas de este entorno, como por ejemplo la cuestión de la causalidad general, de la autoría en caso de decisiones colegiadas y en general de la responsabilidad individual del sujeto por su conducta en el ámbito de la organización de la cual es miembro.

1. Pero el límite más importante de la responsabilidad penal por el producto viene constituido por la concreción de los *deberes* del productor. Estos deberes son relevantes tanto para la imputación a título doloso como para la imputación a título imprudente, tanto para los delitos de resultado como para los de peligro (los ya existentes o los que estén por venir) (34). Estos deberes tienen una importancia esencial en la situación que caracteriza la toma de decisiones bajo incertidumbre, especialmente en lo que respecta a la puesta en circulación de un producto, a su mantenimiento en el mercado, o a su retirada del mismo teniendo en cuenta indicios de peligrosidad más o menos claros y significativos.

Cuáles son las *consecuencias* reales de tales decisiones es algo que sólo se revelará posteriormente y que será tratado en el marco de la causalidad *ex post* en los casos en los que se plantee, es decir, en los delitos de resultado. Sin embargo, lo que según el Derecho penal esté permitido o sea obligatorio se determinará conforme a los deberes del productor, que deben fijarse desde una perspectiva *ex ante*. De modo distinto a como ocurre en la práctica forense, donde las cuestiones de causalidad propias de la responsabilidad por el producto tienen gran importancia, en el asesoramiento que se lleva a cabo por los juristas de la empresa o externos a la misma, la pregunta principal es la relativa a la concreción de los deberes del productor. Esta cuestión, en cualquier caso, no sólo es relevante por su importancia en la práctica (para la decisión del productor). Su concreción es *problemática* por otras razones.

(34) KUHLEN (*supra*, nota 3), pp. 655-656.

Teniendo en cuenta la gran cantidad de productos, desarrollados de un modo cada vez más rápido, a menudo es difícil decidir *si* la información sobre la peligrosidad de un producto determinado tiene entidad suficiente para generar en el productor el deber de tomar medidas de disminución del riesgo. En su decisión del caso Contergan en 1971, la Audiencia Provincial de Aachen dijo al respecto que el productor de medicamentos estaba obligado a tomar medidas de ese tipo (por ejemplo, a parar la producción o a retirar el producto) no cuando se demostrara su peligrosidad, sino ya cuando los efectos lesivos de su uso «son de temer de acuerdo con una sospecha fundada» (35). No es posible sin embargo establecer un «baremo de validez general» para la determinación de esta sospecha, sino que habrán de considerarse «en cada caso distintos factores», como la plausibilidad de la hipótesis de la peligrosidad, la entidad y el número de las lesiones que se teme puedan causarse, así como la utilidad del uso del producto (36).

Este pronunciamiento merece una aprobación total, pero sigue siendo muy poco concreto. Esto se ve claramente en el planteamiento de la Audiencia Provincial de Aachen, cuando dice que es el propio productor el que debe «examinar en profundidad en cada caso, teniendo en cuenta los mencionados criterios y otorgando especial consideración a los intereses dignos de protección de los usuarios [...] cuándo la sospecha existente sobre su producto le obliga a tomar medidas de protección» (37). Todavía aparecen nuevas dificultades en la determinación del deber cuando, después de afirmar la obligatoriedad de las «medidas de protección», se pasa a considerar *cómo* han de estructurarse *en concreto*, cuestión que luego me gustaría ilustrar con un ejemplo.

Pero las inconcreciones de este tipo, que no sólo afectan al ámbito de la responsabilidad por el producto y que en éste como en todos los demás pueden ser progresivamente reducidas por la jurisprudencia, no son el único problema. Por el contrario, existe el peligro de que en la necesaria concreción se le impongan al productor exigencias *demasiado estrictas*. Este peligro se produce, por un lado, porque la determinación del deber se realiza por los tribunales desde una perspectiva *ex post*, y por lo tanto alejada de la a menudo compleja situación en la que ha de decidir el productor, así como con conocimiento de las lesiones que luego efectivamente se produjeron, lesiones que en el

(35) *LG Aachen JZ* 1971, 507 (515).

(36) *LG Aachen JZ* 1971, 507 (516).

(37) *LG Aachen JZ* 1971, 507 (516).

campo de la responsabilidad por el producto a menudo son graves y alcanzan a muchas personas, lo que conforme a los conocimientos de psicología social hace suponer que la atribución de responsabilidad será excesivamente estricta (38). Por otro lado, puede ocurrir que la jurisprudencia sobre la responsabilidad penal por el producto se oriente siguiendo la mucho más rica y por tanto más concreta jurisprudencia de los tribunales civiles sobre el artículo 823, párrafo I, del *BGB*. La doctrina propone esta medida en numerosas ocasiones (39), aun cuando ya antes de la entrada en vigor de la Ley de Responsabilidad por el Producto la jurisprudencia civil había superado en numerosas ocasiones la frontera que separa la responsabilidad subjetiva de la responsabilidad por riesgo (40).

A fin de cuentas, entiendo que la tarea más importante en el desarrollo de la responsabilidad por el producto es su limitación a través de una adecuada determinación de los deberes del productor, con miras a la prevención general pero ante todo desde el punto de vista de una imputación jurídico-penal justa. Me gustaría analizar las posibilidades y las dificultades existentes de la mano de dos ejemplos de la praxis y a continuación estaré encantado de tratar estos aspectos con ustedes.

2. El primero de estos ejemplos es la venta de *amalgama* como material para empastes. Como ya se dijo, el ministerio fiscal inició la instrucción de un proceso por lesiones contra los responsables del único productor alemán de amalgama, Degussa, S.A. Esta instrucción acabó con el archivo de las actuaciones bajo la condición de que la empresa pagase 1,2 millones de marcos destinados a investigación (41). Aunque no vaya acompañada de una declaración de culpabilidad (42), semejante conclusión del proceso presupone con todo la

(38) En profundidad sobre el tema KUHLEN, «Zur Problematik der nachträglichen ex ante-Beurteilung im Strafrecht und in der Moral», en: Jung/Müller-Dietz/Neumann (eds.), *Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung*, 1991, pp. 341 y ss.; PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, 1993, pp. 103 y ss.; DUTTGE, *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, 2001, pp. 8 y ss.

(39) Así, HILGENDORF (*supra*, nota 12), pp. 146 y ss. La sentencia del Tribunal Supremo –*BGHSt* 37, 106 (115)– deja abierta la cuestión de «sí, y dado el caso en qué medida, los deberes civiles de prevenir el daño coinciden con aquellos que dan lugar a responsabilidad penal», y con razón añade que «los principios de responsabilidad civil, orientados a la reparación del daño, no pueden sin más ser usados para la determinación de la responsabilidad penal».

(40) V. al respecto KUHLEN (*supra*, nota 1), pp. 82 y ss.

(41) V. HAMM *StV* 1997, pp. 159 y ss. (p. 163); TIEDEMANN (*supra*, nota 17), p. 766.

(42) V. no obstante al respecto KUHLEN, *Diversions im Jugendstrafverfahren*, 1988, pp. 44 y ss.

existencia de una sospecha (43), y es en cualquier caso prácticamente una sanción, de modo que sólo era consecuente que la S. A. Degussa dejara a continuación de producir productos técnico-dentales que contuvieran amalgama.

Aunque no me ocupé de este caso, a mediados de los noventa tuve ocasión de elaborar un dictamen para una empresa extranjera que se dedicaba a la producción de productos técnico-dentales que contenían amalgama. El dictamen se ocupaba de determinar si la distribución de tales productos creaba el riesgo de una actuación jurídico-penal para la empresa/sus trabajadores. De haber existido buenas razones para contestar afirmativamente esta pregunta, la empresa en cuestión se habría retirado del mercado alemán, ya que se trataba de una empresa seria cuyos responsables en modo alguno estaban dispuestos a correr semejante riesgo y mostraban gran extrañeza ante la mera posibilidad de que éste pudiera existir conforme al derecho alemán.

En cuanto profundicé en la cuestión se hizo evidente que en la situación en la que el productor se veía obligado a decidir (determinada, por un lado, por la discusión pública sobre la lesividad de los empastes de amalgama y, por otro, por la nueva jurisprudencia sobre responsabilidad penal por el producto, especialmente el fallo del caso Lederspray) lo importante no era atender cuestiones sobre la causalidad o la responsabilidad personal de los miembros individuales de la empresa, sino que se trataba exclusivamente de determinar los deberes del productor, esto es, de ver si el Derecho penal permitía que el productor siguiera distribuyendo sus productos o no. Ulteriormente se mostró que, a pesar de que eran de aplicación muy distintos tipos penales, incluyendo tanto las lesiones y el homicidio como delitos de peligro previstos en la Ley del Medicamento (44), a la hora de determinar el deber del fabricante la cuestión decisiva era siempre la misma.

Lo decisivo es determinar si el fabricante *debe partir de una sospecha seria de peligrosidad* o si no tiene que hacerlo. En caso de que debiera hacerlo, teniendo en cuenta las graves consecuencias que según algunos pacientes y médicos podrían tener los empastes de amalgama para los afectados, el productor se vería obligado a dejar de fabricarlos. Si no tuviera que hacerlo, entonces la venta no supondría una infracción de sus deberes y no habría manera de fundamentar la responsabilidad penal de los empleados de la empresa. En mi opinión

(43) En caso contrario lo que procedería sería un archivo de las actuaciones conforme al artículo 170, párrafo segundo, de la *StPO*.

(44) Artículo 95, párrafo 1.º, número 1, de la Ley del Medicamento.

se podía contestar de manera clara a esta cuestión, con una respuesta válida tanto para este caso como para un más amplio conjunto de casos: el fabricante *podía* seguir distribuyendo el producto, de modo que la responsabilidad penal de los trabajadores responsables no venía al caso.

Por un lado, los posibles efectos lesivos de los empastes de amalgama llevaban muchos años siendo *objeto de investigación científica* y de una amplia discusión de carácter internacional. Según la opinión claramente dominante entre los científicos implicados, se había demostrado que los empastes de amalgama causaban una exposición al mercurio de baja intensidad y a largo plazo, pero no había ninguna sospecha fundamentada de que esto hubiera tenido los efectos lesivos que aducían algunos. En una situación como ésta, *se tiene* que permitir al fabricante que parta de la que es la opinión claramente mayoritaria de la comunidad científica.

Cuando las cosas se miran más de cerca, a menudo se ve que a una opinión de este tipo no se llega a través de un discurso autónomo y desinteresado. También es de esperar que no sea compartida por todos los científicos involucrados (ni por los pacientes o los usuarios). Finalmente, puede ocurrir que algún día se demuestre que una opinión dominante y dotada de fundamentación científica no se ajusta a la realidad. Pero todo esto no cambia el hecho de que se deba permitir al fabricante partir de tal opinión mientras no disponga de conocimientos especiales que muestren su falsedad. Actuando conforme a esa opinión dominante, el productor no actúa de forma contraria a deber. En mi opinión esta conclusión se sigue de modo *prácticamente necesario* de una ponderación de los intereses en juego (45) que tenga en cuenta las consecuencias que tendría el decidir de otra manera (46).

Por otra parte, el fabricante de productos que contienen amalgama podía venderlos también (y sólo) porque estos habían sido *aprobados por la autoridad competente* (47), precisamente como consecuencia de un examen material que también se concentró en la falta de lesividad para la salud de los materiales de relleno. En estas circunstancias y en tanto se trate de «largas exposiciones a pequeñas dosis» (48), se debe permitir de modo general que el fabricante parta de la autoriza-

(45) Que es necesaria para la determinación del deber no sólo en el campo de la responsabilidad penal por el producto. V. KUHLEN (*supra*, nota 1), pp. 93 y ss.

(46) Sobre el tema v. por todos KUHLEN (*supra*, nota 3), p. 658, nota 66.

(47) TIEDEMANN (*supra*, nota 17), p. 775; KUHLEN (*supra*, nota 3), p. 662.

(48) TIEDEMANN (*supra*, nota 17), p. 771.

ción estatal y de la subyacente evaluación de su producto como inofensivo.

Desde luego hay *excepciones* a este principio. Algunas aparecen en la discusión sobre la accesoriedad administrativa del Derecho penal del medio ambiente, donde se comenzaron a tratar desde la perspectiva del abuso de derecho y han acabado siendo regulados en el artículo 330d n.º 5 del *StGB*. Al igual que ocurre en el caso del contaminador, el productor que consigue una autorización por medio de falsedad, soborno, amenaza o cohecho no puede buscar refugio en ésta. También el superior conocimiento del productor sobre la peligrosidad de su producto fundamenta en mi opinión una excepción de este tipo (49).

Pero esto no resta ni un ápice de importancia al principio expuesto. Esta importancia se muestra en los casos en los que, de modo distinto a lo que ocurre con los empastes de amalgama, no existe una opinión científica consolidada tras una intensa investigación. El que la investigación científica no haya podido demostrar de manera suficiente que un producto supone un peligro para la salud no tiene como consecuencia directa la autorización de su venta. Y al revés: para determinar la inadmisibilidad de la comercialización de un producto no basta con que exista una hipótesis que afirme su peligrosidad, aunque ésta haya sido propuesta por algún científico. Lo que es decisivo es antes bien la «sospecha seria de peligrosidad» a la que ya se refirió la Audiencia Provincial de Aachen. Desde luego, en el grupo de casos que hemos visto (50) este criterio es tan vago que el productor debería tener la oportunidad de eludir el riesgo de la interpretación jurídico-penal mediante la obtención de una decisión administrativa.

En resumen: el ejemplo de la amalgama muestra que existen directrices vinculantes para la concreción de los deberes del productor que tienen un carácter completamente intersubjetivo. La existencia de una opinión científica consolidada y la autorización administrativa otorgada como resultado de un test de inocuidad suponen un importante límite para la responsabilidad penal por el producto. Otra cosa es que estos límites no sean respetados en los archivos de actuaciones conforme al artículo 153a de la *StPO*, que en cualquier caso y *de facto* tienen un carácter sancionador.

(49) Lo que es discutido en el derecho penal del medio ambiente y en cualquier caso no está previsto en la ley.

(50) Casos en los que no existe investigación sobre los efectos a largo plazo que el uso del producto puede tener sobre la salud o en los que la investigación que existe es poco clara.

3. El segundo caso ejemplificativo que quiero mostrarles para ilustrar los límites de la responsabilidad penal por el producto tampoco tiene un origen académico, sino que proviene de la praxis. Se trata de una acción de retirada, sobre cuyos aspectos jurídico-penales he elaborado este año un dictamen para un fabricante de ventanas de tejado (una sociedad limitada).

Estas ventanas se instalan en las cubiertas inclinadas de los áticos. No sólo se pueden abrir hacia fuera, sino que también pueden moverse lateralmente, lo que requiere una construcción técnicamente bastante complicada. Comercialmente fueron un gran éxito. Desde 1986 hasta el año 2000 se vendieron aproximadamente 900.000 de las mencionadas ventanas tanto en Alemania como en el exterior, la mayoría a comercios especializados en la construcción que, a su vez, las vendían o directamente a los propietarios o a los operarios contratados que instalan ventanas.

Desde mediados del año 2001 varias personas han resultado lesionadas por ventanas que se soltaron de su anclaje, se deslizaron por el tejado correspondiente y cayeron desde él. Conforme a un informe técnico, el desprendimiento de la ventana se produjo, expresándolo de forma muy simplificada, porque la unión entre el marco de la ventana y el mecanismo basculante no presentaba la suficiente firmeza para el sostenimiento continuado. Aceptemos que se trataba de un defecto de construcción de las ventanas (reconocible ya en el momento de la comercialización) y que éste se puede remediar permanentemente con un refuerzo (*Umrüstung*) de las ventanas (51).

Estas circunstancias suscitan ante todo la cuestión de si la *puesta en circulación* de las ventanas, que posteriormente se soltaron de su anclaje y que acabaron lesionando a varias personas, puede fundamentar responsabilidad penal por lesiones imprudentes (§ 229). Si existiera la responsabilidad penal de las personas jurídicas, habría que contestar afirmativamente a esta cuestión. La venta de las ventanas por la sociedad limitada es causal respecto a las lesiones, constituye una imprudencia atendiendo al defecto de construcción, y el resultado (a menos que en el caso concreto sea, por ejemplo, un fallo de montaje el que conduzca a la caída de una ventana) es una consecuencia objetivamente imputable a la puesta en circulación de la mencionada ventana.

(51) Es decir, mediante una modificación técnica que consiste, en esencia, en completar la unión remachada existente entre el marco de la ventana y el mecanismo de basculación con una unión con tornillos.

La responsabilidad de los *trabajadores individuales de la empresa* que en su momento fueron responsables de la comercialización de las ventanas –única que puede considerarse de *lege lata*– no es por ello evidente. El derecho sustantivo requiere, ante todo, que el defecto de construcción y su peligrosidad fueran ya entonces cognoscibles para el sujeto, conforme a su posición en la empresa y sus conocimientos y capacidades individuales. Esto requiere procesalmente una investigación minuciosa del proceso de construcción, producción y distribución del producto, que se prolongó durante más de 15 años. Ésta le correspondería al ministerio fiscal, pero al no existir petición del fiscal (§ 230), la empresa productora no se interesó por esta cuestión.

En este caso, por el contrario, se trataba de lo que debe hacerse *ahora* en vista de los supuestos lesivos acaecidos. Ello depende no sólo pero sí en gran medida de las exigencias que el Derecho penal formula al productor en esta situación. En caso de incumplimiento de tales exigencias entra en consideración una responsabilidad penal por lesiones imprudentes o dolosas (§ 229, 223 y ss.), o incluso por homicidio (§ 222, 212), dependiendo de las representaciones subjetivas de los responsables y de la aparición de futuros casos lesivos. Si se cumplen aquellas exigencias, decae la posibilidad de una responsabilidad penal conforme a cualquiera de los criterios concebibles. Entre los distintos problemas jurídico-penales que puede suscitar un caso como éste, vuelve a destacarse el de la determinación de los *deberes del productor*.

En consecuencia, hay que partir en primer lugar de que, dado que se trata de la evitación de peligros procedentes de ventanas ya comercializadas, de ahora en adelante sólo entra en consideración como comportamiento punible una *omisión* de las medidas de prevención del peligro (52). Según la doctrina dominante, el productor tiene que responder como garante, y como tal, dadas las circunstancias, está obligado a la retirada de las mercancías ya servidas (53). El *BGH*, en contra de la posición de Schünemann (54), ha reconducido este deber

(52) Esto es así debido al tratamiento de las organizaciones que se ha asentado en la jurisprudencia desde *BGHSt* 37, 106 (114 y ss.), incluyendo a los trabajadores de la empresa que con su comportamiento activo han contribuido a que el productor omita las medidas de protección debidas. V. al respecto *KUHLEN JZ* 1994, pp. 1142 y ss. (1144).

(53) *BGHSt* 37, 106 (114 y ss.). Ulteriores referencias sobre la literatura, en cualquier caso mayoritariamente conforme, en *KUHLEN (supra, nota 7)*, número marginal 35.

(54) Quien entretanto la ha abandonado o al menos la ha modificado en gran medida. Cfr. *SCHÜNEMANN (supra, nota 18)*, pp. 636 y ss; *SCHÜNEMANN*, «Unzulänglichkeiten des Fahrlässigkeitsdelikts in der modernen Industriegesellschaft», en *Graul/Wolf (eds.): GS für Dieter Meurer*, 2002, pp. 37 y ss. (63).

de garante a la idea de injerencia (55), que de todos modos encaja mejor en este caso que en el del Lederspray: mientras que allí faltaba (56), aquí concurre la antijuridicidad objetiva a valorar ex ante en la venta del producto (como comportamiento previo que genera el peligro), a causa del defecto de construcción de las ventanas. El productor de las ventanas está obligado como garante a «preocuparse» de que los propietarios de las ventanas y los terceros «(queden) a salvo de los daños para su salud..., que (amenacen) surgir con el uso correcto del artículo a consecuencia de su calidad» (57).

Aunque este deber de garante del productor, y con él también el de los trabajadores de la empresa responsables, no sea evidente, en la práctica, es decir, atendiendo a la jurisprudencia, no presenta problemas. También tienen carácter práctico las dificultades que aparecen con la necesaria *concreción de los deberes*, la única que puede ilustrar qué medidas *en concreto* está obligado a tomar el productor. En tales casos suele haber un amplio abanico de medidas de prevención del peligro más o menos prometedoras y, también, más o menos costosas. En el caso discutido la mayoría de estas posibilidades quedan descartadas de antemano, por ejemplo: una «retirada discreta» (*stiller Rückruf*) (58), el ofrecimiento de enviar a reparar el objeto peligroso, o las instrucciones para un refuerzo que puedan efectuar los propios dueños de las ventanas. En la práctica vienen al caso las siguientes medidas de protección:

- Advertencia mediante comunicación individualizada a los propietarios de ventanas en el tejado que conozca el productor.
- Inserción de la advertencia en los medios de comunicación.
- Ofrecimiento de un refuerzo, es decir, de una complementación de la unión remachada con una unión por tornillos por cuenta de los propietarios de las ventanas.
- Ofrecimiento de un refuerzo de las ventanas por cuenta del productor.
- Ofrecimiento de sustitución de las ventanas por otro tipo de ventanas de tejado, por cuenta del productor.

Aceptemos sin más la existencia de un deber de *advertencia* del productor a los propietarios de ventanas a los que conozca nominal-

(55) *BGHSt* 37, 106 (119 y ss.).

(56) V. por todos *KUHLEN NStZ* 1990, pp. 566 y ss. (568); *KUHLEN (supra, nota 7)* número marginal 34 con ulteriores referencias.

(57) *BGHSt* 37, 106 (114).

(58) V. *BODEWIG, Der Rückruf fehlerhafter Produkte*, 1999, p. 285.

mente. La existencia de deberes de acción más amplios depende, por un lado, de la idoneidad y necesidad de otras medidas para la protección de la vida y la salud y, por otro, de la exigibilidad de tales medidas al productor (59). Salta a la vista que las advertencias públicas junto a las privadas serán idóneas para evitar lesiones adicionales causadas por las ventanas que se caen cuando sólo una fracción de los propietarios del producto sea nominalmente conocida por el productor.

Lo mismo ocurre con el ofrecimiento (60) de un *refuerzo* de las ventanas (61). En la doctrina puede encontrarse la opinión escéptica de que, más allá de la mera advertencia al usuario, es dudosa la necesidad de las medidas de retirada, ya que no hay «ninguna máxima de la experiencia que establezca que se atiende más a las medidas de retirada que a la advertencia» (62). Pero esta visión da la espalda a la realidad y difícilmente puede impresionar a la praxis judicial penal, porque con la mera advertencia poco puede hacer el propietario de una ventana de tejado. A diferencia de lo que puede hacer con otros bienes, no puede simplemente tirar su producto, y apenas puede renunciar permanentemente a su uso, es decir, a abrir la ventana. Si, en lugar de ello y cuando sea posible, se le ofrece un refuerzo de la ventana que garantice su seguridad por largo tiempo, tal oferta, con total seguridad, será aceptada por muchos de los propietarios de ventanas, siendo en mi opinión evidente la ganancia en seguridad a ello vinculada.

Para el productor resulta extraordinariamente interesante la cuestión aneja, aún no resuelta por la jurisprudencia, de si es necesario el ofrecimiento de un refuerzo *por cuenta del productor* o si basta con ofrecer a los propietarios tal refuerzo, pero por su cuenta. Si se atiende a la cuestión previa de la idoneidad y necesidad de las medidas de protección, la respuesta a tal cuestión no ofrece, en mi opinión, ninguna duda. Los propietarios de las ventanas se orientan, como otras personas, por los costes de su conducta. Por lo tanto, harán un uso

(59) Sobre ello, exhaustivamente, BODEWIG (*supra*, nota 58), 200 y ss.

(60) Como se trata de una *oferta* que el propietario de la ventana puede o no aceptar, no es convincente que SCHÜNEMANN (*supra*, nota 18), p. 638, fundamente su tesis según la cual «el deber penal de evitación del resultado se cumpliría siempre con la advertencia a los consumidores» en la idea de que «por supuesto, sólo a él le corresponde decidir si quiere seguir utilizando el producto peligroso del que es propietario».

(61) Lo que debe incluirse en las medidas de retirada en sentido estricto.

(62) FOERSTE, «Deliktische Haftung», en Graf von Westphalen (eds.), *Produkt-haftungshandbuch*, tomo I, 1997, número marginal 262.

mayor del ofrecimiento de refuerzo si no tienen que asumir los costes (63).

Por el contrario, del ofrecimiento de *sustituir* las ventanas de techo por ventanas de otro tipo no se puede esperar ninguna mejora adicional en seguridad. Esa sustitución sería con mucho la medida más cara de entre las que cabe considerar (64). En todo caso, no es necesario un ofrecimiento de cambio porque, conforme al informe técnico, se parte de que el refuerzo de las ventanas supone una solución segura y duradera.

Las medidas idóneas para proteger la vida y la salud frente a lesiones producidas por ventanas de tejado que se caen (advertencias privadas y públicas, ofrecimiento de un refuerzo por cuenta del productor) implican en sí mismas consideradas *costes* por valor de millones y, además, probablemente perjudican la imagen de la empresa productora. Ello suscita la cuestión de si puede exigirse al productor la adopción de los correspondientes deberes de actuación. El *BGH* ha explicado en la sentencia del Lederspray que sólo excepcionalmente considera justificada una limitación de lo adecuado para la protección de bienes jurídicos por el criterio de la exigibilidad al productor, y, consecuentemente, expone: «La retirada necesaria para evitar los daños no (puede) omitirse porque tal acción hubiera generado costes, eventualmente hubiera perjudicado la fama (la imagen) de la empresa implicada y hubiera terminado en un descenso del consumo así como en una pérdida de ganancias; en una ponderación de los intereses en juego deben retroceder los criterios económicos: la protección del consumidor frente a daños a su salud merece preferencia» (65). Algo distinto podría decirse «si, en caso de omisión de la retirada, sólo amenazan a los consumidores inconvenientes insignificantes, mientras que de la retirada se derivarían consecuencias graves para el empresario, posiblemente incluso capaces de afectar a su supervivencia», lo cual, en vista «del peligro de serios perjuicios para la salud, incluso, en parte, de peligro de muerte», no precisaba en aquel caso siquiera plantearse (66).

En estas afirmaciones del *BGH* se acentúan algunos criterios esenciales, que han sido elaborados de forma más completa en la discu-

(63) Así se reconoce también en la doctrina jurídico-civil, donde la cuestión de la concreción de los deberes de retirada se ha discutido más intensamente que en el Derecho penal. V. BODEWIG (*supra*, nota 58), p. 203.

(64) En tal medida también es problemático el aspecto de la exigibilidad, que habría que examinar a continuación.

(65) *BGHSt* 37, 106 (122).

(66) *BGHSt* 37, 106 (122).

sión jurídico-civil especializada (67). Resumiendo esta discusión, todas las circunstancias relevantes del caso hablan a favor de afirmar la exigibilidad de las medidas de protección mencionadas. Es decir, se trata de:

- La peligrosidad de un producto comercializado *en masa*.
- El peligro de lesiones *graves*, incluso de muerte de personas.
- Una puesta en peligro que proviene de un *defecto de construcción* del producto.
- De una puesta en peligro no sólo de los propietarios de ventanas, sino también de *terceros* ajenos, *niños* incluidos.

Por tanto, todos los puntos de vista significativos hablan a favor de que a pesar de los importantes costes derivados, la empresa productora (y, con ello, a sus directivos responsables) tiene un deber de garante no sólo de advertencia de los propietarios de ventanas que conozca, sino además de advertencia pública y otro más amplio de refuerzo de las ventanas efectuado por cuenta de la empresa.

Con esta determinación de deberes se ha dado un paso importante en la concreción que, en mi opinión, es plausible conforme al estado de la discusión jurídico-dogmática y susceptible de consenso de cara a la praxis. Una precisión ulterior de los deberes del productor, igualmente plausible y susceptible de consenso, parece difícil. Hay que insistir en ello porque la determinación de deberes alcanzada continúa siendo bastante abstracta. Deja *abiertas* una gran cantidad de *cuestiones particulares* que debe responder el productor, para lo que sólo puede orientarse (en tanto falten las indicaciones judiciales correspondientes) por los criterios de idoneidad y necesidad para la protección de bienes jurídicos, por un lado, y la exigibilidad, por el otro.

Para ilustrarlo con un ejemplo: ¿qué se exige exactamente en realidad de un productor de ventanas cuando se dice que está obligado a una *advertencia pública*? Aunque se restrinja al mercado *alemán* (68) y se parta sin más de que la acción de advertir se *organiza* convenientemente (69), se plantea primero el interrogante de en qué medios debe anunciarse. Cabe pensar, en primer lugar, en las publicaciones

(67) Exhaustivamente, BODEWIG (*supra*, nota 58), 136 y ss., 240 y ss., 280.

(68) Lo que simplifica mucho la cuestión, ya que las ventanas se vendieron en todo el mundo.

(69) Sobre ello, DIERCKS, *Organisation des Produktrückrufs: Vorbeugung, Qualitätssicherung, Produzentenhaftung*, 1978, 28 y ss.; RETTENBECK, *Die Rückrufpflicht in der Produkthaftung*, 1994, 26 y ss.; FOERSTE (*supra*, nota 62), números marginales 253 y ss.; BODEWIG (*supra*, nota 58), p. 237.

periódicas, junto con la radio y la televisión (70), así como en Internet. En comparación, también sería imaginable pero excesivo pretender exigir al productor que por ejemplo se dirija por carta a cada hogar alemán, que vaya con un coche con megafonía por las poblaciones o advierta por medio de anuncios públicos. Todas estas son formas de comunicación que en principio son aptas y que, por ejemplo, son usuales en las campañas electorales, pero no son habituales en la praxis de las acciones de retirada. Esta praxis, que se justifica bajo el aspecto de la exigibilidad, debe ser respetada por el Derecho penal.

Pero también esta información parcial deja abiertas todavía muchas cuestiones para el productor. Centrándonos en la publicación de advertencias en *prensa*; la Audiencia Provincial de Frankfurt am Main exigió en su sentencia sobre el producto protector de la madera (*Holzschutzmittel*) «anuncios de gran formato en diarios regionales y suprarregionales, así como en publicaciones especializadas» (71). Aunque se acepte esto sin más, subsisten otros problemas. ¿*Qué tamaño* debe tener un anuncio de «gran formato»? ¿debe ocupar una página completa?, ¿basta con media, incluso un cuarto? ¿*Cuántos* (y en qué) días así como *en cuántos* y en qué publicaciones especializadas deben publicarse los anuncios? ¿Cómo deben disponerse los contenidos para lograr el término medio entre una minimización del problema y la desorientación del consumidor por un exceso de información? ¿En qué días de la semana deben publicarse los anuncios y basta una única publicación o debe tener lugar reiteradamente? (72).

No puede darse una respuesta absoluta a todas estas cuestiones que sea de tan generalmente vinculante como precisa. A pesar de todo, el productor debe encontrar una solución concreta para cada uno de los problemas particulares mencionados (73). El Derecho penal debe tener en cuenta este extremadamente complejo contexto de decisión. No se puede llegar más lejos: fijar *ex post* y hasta el último detalle los deberes del productor sancionados penalmente y comparar con tal baremo las decisiones del productor realmente adoptadas sería tan injusto como incompatible con el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal. En todo caso, el Derecho penal más bien tiene que actuar con moderación y conceder al productor un marco de juego considerable

(70) Así, FOERSTE (*supra*, nota 62), número marginal 253.

(71) Fallo del LG Frankfurt am Main de 25.5.1993 –5/26K1s65J8793/84–, p. 344.

(72) Sobre esto último FOERSTE (*supra*, nota 62), número marginal 254.

(73) Y sólo se trata de ejemplos, cuya lista se puede prolongar fácilmente atendiendo a la concreta ejecución de la acción de reequipamiento.

en la adopción y ejecución de las medidas de protección que se le exigen (74). Como quiera que se fijen por los tribunales los límites de la responsabilidad civil por el producto, en cualquier caso en el Derecho penal debe regir que el productor actúa conforme a deber si organiza las medidas de protección a que está obligado en el caso concreto tal y como parezca *todavía defendible* desde la perspectiva de la necesaria protección de bienes jurídicos.

4. Para concluir, permítanme decir algo sobre un problema que no ha jugado papel alguno en los casos de responsabilidad por el producto hasta ahora examinados, pero que se me manifestó claramente por primera vez en el caso de las ventanas de tejado. Atañe a los *límites temporales* de la responsabilidad penal por el producto. La retirada actual de las ventanas de tejado no sólo es muy costosa, sino que sería ya la segunda acción semejante que hubo de realizarse, porque ya hace unos 10 años se manifestó otro problema de construcción de las ventanas. De ahí que sea comprensible el interés del productor en saber si, en caso de que en otros 10 años sucedieran nuevos casos de daños, respondería de nuevo o si su responsabilidad por este producto estaría de alguna manera temporalmente limitada.

El § 13, párrafo 1 de la Ley de Responsabilidad por el Producto contiene un límite semejante para los casos de responsabilidad objetiva, conforme al cual la acción de responsabilidad del § 1 se extingue diez años después del momento en que el fabricante ha puesto en circulación el producto que más tarde ha generado los daños. Es un límite claro, una «acción» por daños que acontecen posteriormente se extingue antes siquiera de que hayan surgido. De forma semejante, conforme al § 199, párrafo 2 BGB, reformado este año, las acciones de indemnización por lesiones a la vida, integridad corporal y salud o a la libertad prescriben «a los treinta años de la realización de la acción», «sin tener en cuenta el momento de su surgimiento».

Las *reglas de prescripción jurídico-penales* no contienen una limitación semejante. Conforme a la inequívoca regla del § 78a, la prescripción de la acción comienza con la aparición del resultado, es decir, en los casos que aquí interesan: la lesión de personas. La cuestión era polémica hasta 1975 (75), pero la Ley de Introducción del Código Penal, de 1974, decidió claramente que los primeros intentos «de fijar de forma distinta los plazos de prescripción en casos de grandes intervalos del tiempo entre el comportamiento antijurídico y el resultado

(74) En tal sentido, BODEWIG (*supra*, nota 58), p. 214.

(75) Se decidió entonces en el sentido de la regulación actual, que ya era la opinión dominante.

no son compatibles con el § 78a» (76). Si, por ejemplo, una persona resulta lesionada por un producto 40 años después de su puesta en circulación, el transcurso del plazo de prescripción comienza precisamente en ese momento.

Esta es una consecuencia problemática que no encaja bien con las reglas de prescripción jurídico-civiles. Cuando el resultado de lesión sólo tiene lugar años o incluso décadas después de la ejecución de la acción, a duras penas pueden reconducirse ambos a una acción (sobre todo en los delitos imprudentes). Parte de la doctrina ha defendido la opinión de que en los casos de los llamados «daños producidos a largo plazo» (*Spätfolgeschaden*), «dada la imprevisibilidad e indominabilidad del curso causal en concreto, se excluye la imputación objetiva del resultado a la acción y con ello la posibilidad de un hecho imprudente punible» (77). Evidentemente, tal opinión no se ha impuesto hasta la fecha (78). Pero aunque se siga, no conduce a la limitación temporal de la responsabilidad que aquí interesa.

Esto es así porque concierne solamente a daños producidos a largo plazo, es decir, a consecuencias lesivas *secundarias* que surgen mucho después de la aparición de las lesiones *primarias* (como su consecuencia o intensificación), y en esta constelación surgen problemas procesales específicos (79). Estas cuestiones, sin embargo, no se plantean en los casos de daños tardíos aquí tratados, donde simplemente transcurre un largo período entre la acción y las lesiones primarias. Negar en estos casos la imputación objetiva del resultado u otro presupuesto de la punibilidad por el mero transcurso del tiempo choca con la regulación legal de la prescripción del § 78a, que claramente valora de otra manera ese intervalo temporal.

(76) LK- JÄHNKE, número marginal 16 sobre § 68a, con ulteriores referencias.

(77) Así SCHÜNEMANN «Die Rechtsprobleme der AIDS-Eindämmung – Eine Zwischenbilanz, en: Schünemann/Pfeiffer (eds.), *Die Rechtsprobleme von AIDS*, 1988, pp. 473 y ss. (484), a la vista de los casos de contagio «imprudente o doloso» del sida a otra persona. Sobre la problemática jurídico-penal de los daños producidos a largo plazo, cfr. últimamente SCHMITZ, *Unrecht und Zeit: Unrechtsqualifizierung durch zeitlich gestreckte Rechtsgutsverletzungen*, 2001, así como PUPPE, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2002, 171 y ss.

(78) Sobre el contagio del sida, v. por todas BGHSt 36, I (15), donde la circunstancia «de que en el sida haya de tenerse en cuenta un período de incubación variable, en ocasiones muy dilatado» sólo sirve como argumento frente a la afirmación del dolo de matar. También en contra PUPPE, (*supra*, nota 77), p. 174.

(79) ¿Debe suspenderse el proceso hasta la aparición de una consecuencia ulterior a pesar de que el hecho ya se ha consumado? Si no: ¿no impide la fuerza de cosa juzgada de una sentencia ya dictada la imputación posterior de los daños ulteriores? V. sobre ello SCHÜNEMANN (*supra*, nota 77), pp. 484-485.

Aun cuando la responsabilidad penal por la *puesta en circulación* de productos que sólo décadas después termina en lesiones sea objetable, tal problema puede, en cierto modo, superarse *en la práctica*. Después de usar el producto sin dificultad durante años será bastante improbable encontrar un defecto del producto (*ex ante* reconocible). A ello se añaden los correspondientes problemas a la hora de probar una conducta individual indebida que se ha prolongado durante años, así como obstáculos biológicos a la punición (muerte, incapacidades) y de tipo procesal (disminución del interés público en la persecución).

En la práctica es más importante la cuestión de la limitación temporal de la responsabilidad de garante del productor. Cuando se producen lesiones a personas 40 años después de la puesta en circulación de un producto duradero, ¿realmente sigue estando obligado como garante a realizar todo lo hasta cierto punto financieramente posible para proteger a los propietarios del producto y, eventualmente, a terceros; es decir, a llevar a cabo una costosa acción de retirada después de ese largo período de tiempo, de modo que si omite las medidas pertinentes le amenaza una nueva responsabilidad, por decirlo así, muy fresca?

Al productor de las ventanas que me hizo la anterior pregunta, le dije honestamente que, aun con toda la comprensión hacia sus intereses, no veía en una limitación temporal concreta de la responsabilidad la razón por la que debiera negarse en este caso una posición de garante del productor, considerando que la opinión dominante afirma la existencia de un deber de garante penal que obliga a retirar los productos peligrosos. Esta información no contentó a mi interlocutor, y por eso le prometí que trasladaría su pregunta a un grupo de expertos del más alto nivel que se reunían en Madrid en noviembre de 2002. Ahora cumpla esa promesa. Me alegraría que nuestra discusión también se detuviera sobre la cuestión aquí sólo esbozada de los límites temporales de la responsabilidad por el producto.

Relación de causalidad e imputación objetiva a través del ejemplo de la responsabilidad penal por el producto (*)

ERIC HILGENDORF

Catedrático de la Universidad de Würzburg

I. LA CRISIS DE LA CONCEPCIÓN JURÍDICA DE LA CAUSALIDAD

Casos de responsabilidad por el producto como el de Contergan (1), el del spray de cuero (2), el del producto protector de la madera (3) o el caso español del aceite de colza (4) han sometido a una difícil prueba a los métodos tradicionales de imputación jurídico-penal (5). Sería exagerado querer lanzar por la borda el instrumental jurídico-penal tradicional de imputación, pero seguramente sea conveniente seguir desarrollando funcionalmente algunos conceptos penales básicos (6). Esto me parece válido, sobre todo, para el concepto de causalidad, que prolonga una miserable existencia en la juris-

(*) Traducción del original alemán realizada por María Martín Lorenzo e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno (Universidad Complutense de Madrid).

(1) *LG AACHEN*, JZ 1971, pp. 507 y ss.

(2) *BGHSt* 37, 106 y ss.

(3) *BGHSt* 41, 206 y ss.

(4) *NStZ* 1994, pp. 37 y ss.

(5) En la discusión sobre la responsabilidad penal por el producto sigue siendo fundamental KUHLEN, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, 1989.

(6) GIMBERNAT ORDEIG, en: Hirsch (ed.), *Krise des Strafrechts und der Kriminalwissenschaften?*, 2001, pp. 151 y ss., 165.

prudencia bajo la pigmea forma de la «conditio sine qua non» (7). Los nuevos problemas en la responsabilidad penal por el producto se deben sobre todo a que entre la decisión de fabricar un producto determinado y las lesiones que probablemente se le inflijan al consumidor final existe una cadena causal con algunos eslabones muy heterogéneos. Ahí reside la diferencia esencial entre los casos de responsabilidad por el producto y los casos más sencillos, por ejemplo, cuando se mata o se lesiona a una persona disparándole con un revólver.

En tales casos sencillos —en los que podría hablarse de una «causalidad homogénea»—, la relación de causalidad en cuestión se refiere a un estado de cosas que es uniforme en sí mismo, es decir, que no presenta particularidades relativas a la esfera de actividad de que se trate. Por ejemplo, en el caso del disparo con el revólver, se puede describir y explicar el curso causal relevante entre apretar el gatillo y la entrada de la bala en el cuerpo de la víctima con ayuda de sencillas regularidades mecánicas. En los casos de causalidad heterogénea, por el contrario, están implicados estados de cosas en los que no se puede constatar y comprobar tan fácilmente las regularidades subyacentes. A este grupo pertenecen, por ejemplo, los casos de causalidad psíquica o, mejor dicho, psíquicamente mediada, los casos de causalidad en asociaciones o aquellos en los que la víctima ha contribuido al surgimiento de los daños. Especiales problemas suscitan aquellas constelaciones de casos en las que [como en el caso del producto protector de la madera (8)] el resultado lesivo sólo puede ser descrito como síndrome de numerosos fenómenos singulares, cuya aparición y constelación varía de caso a caso. Un ámbito problemático específico, pero que desborda el tema que aquí se tratará, es la cuestión de si y cómo puede concebirse una imputación individual en grandes empresas organizadas conforme al principio de división del trabajo (9).

El tradicional instrumental jurídico de imputación —nombraré sólo la fórmula de la csqn, la figura del «resultado en su concreta configuración» y la teoría de la imputación objetiva— se ha revelado inadecuado para resolver los nuevos casos problemáticos de forma unívoca e intersubjetivamente comprobable. La crisis se ha percibido más nítidamente en la doctrina que en la praxis jurídica, lo que apenas sorprende dados los distintos requisitos de argumentación. A diferencia de la ciencia jurídica, la jurisprudencia puede y debe decidir autorita-

(7) En adelante hablaré de la fórmula de la csqn.

(8) *BGHSt* 41, 206, 207-208.

(9) Sobre ello, últimamente, BOSCH, *Organisationsverschulden in Unernehmen*, 2002.

tivamente los casos que se le planteen, pudiendo conformarse a veces con argumentos que en la ciencia no pueden ser aceptados sin una explicación más profunda (10).

No obstante, el instrumental jurídico tradicionalmente usado en la resolución de los problemas de causalidad es lo bastante impreciso como para dejar al sentimiento jurídico el espacio necesario para que, a fin de cuentas, las decisiones de la jurisprudencia en los casos paradigmáticos de responsabilidad penal por el producto parezcan siempre aceptables. Es significativo que la jurisprudencia alemana no haya adoptado el más problemático de estos instrumentos de imputación, la teoría de la «imputación objetiva» (11). A continuación quiero mostrar que esta reserva frente a la teoría de la imputación objetiva en su actual formulación es acertada. La tesis central que pretendo elaborar y fundamentar de la mano del ejemplo de la responsabilidad penal por el producto es que la mayoría de los problemas de «imputación objetiva» son cuestiones de causalidad y que bajo esa forma pueden discutirse de forma más precisa de lo que hasta ahora se ha hecho. Desde luego, presupuesto de ello es el abandono de la equiparación entre «causalidad» y «fórmula de la csqn» y la disposición a tomar en consideración modelos de causalidad más ambiciosos, empleados desde hace tiempo en otras disciplinas (12).

Los problemas de imputación que no puedan traducirse a cuestiones de causalidad pueden ser discutidos en el nivel de la justificación, de modo que no queda sitio para una categoría autónoma de imputación llamada «imputación objetiva». La fórmula rectora de la imputación objetiva en su actual configuración: «creación de un riesgo típicamente relevante (que ya no es socialmente adecuado)» y «realización de ese riesgo en el resultado concreto» (13) es demasiado vaga e indetermi-

(10) Un ejemplo es la fundamentación del *BGH* en el caso del spray de cuero de la responsabilidad jurídico-penal de los miembros de la asociación en las lesiones corporales imprudentes, *BGHSt* 37, 106, 132.

(11) En cualquier caso, no explícitamente. En realidad, la jurisprudencia tiene en cuenta argumentos que también se discuten en el contexto de la imputación objetiva; pero esto no se debe a que adopte esta teoría, sino a que los problemas correspondientes también se plantean (y pueden resolverse) en otras categorías sistemáticas.

(12) Una buena introducción a la moderna discusión sobre la causalidad, comprensible para los juristas, la ofrecen HERBERGER/SIMON, *Wissenschaftstheorie für Juristen*, 1978, pp. 354 y ss.; cfr. también OPP, *Methodologie der Sozialwissenschaften*, 3.^a ed., 1995, pp. 45 y ss.

(13) Cfr. sobre el tema, con formulaciones ligeramente distintas, WESSELS/BEULKE, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 32.^a ed., 2002, número marginal 179; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5.^a ed., 1996, p. 287; ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, tomo I, 3.^a ed., 1997, § 11, número marginal 44.

nada para ser algo más que una apariencia de legitimación para fundamentar resultados que intuitivamente se perciben como correctos.

II. CAUSALIDAD Y CONEXIÓN CONFORME A LEYES

Para fundamentar la tesis de partida necesitamos, en primer lugar, un modelo jurídico de causalidad más diferenciado. La fórmula de la *conditio sine qua non*, conforme a la cual toda condición necesaria es causa del resultado, no es más que una herramienta para comprobar las relaciones causales, pero no puede sustituir a la definición de causalidad.

En la literatura jurídica a menudo se encuentra la idea de que existe un concepto asentado de causalidad dentro de las ciencias naturales, del que se separa la jurisprudencia mediante conceptos «normativos» propios. De esta forma pasan desapercibidas otras consideraciones: por un lado, que tampoco en las ciencias naturales existe un modelo de causalidad cuasi-«dado». Todas las ciencias se enfrentan a la tarea de desarrollar su aparato conceptual —al que pertenece el concepto de causalidad en la mayoría de las disciplinas—. Las estipulaciones terminológicas necesarias se deciden a la luz de los fines que cada una de ellas persigue. La elaboración científica de conceptos se efectúa en todas las disciplinas *instrumentalmente*, por medio de la construcción de una terminología que resulte adecuada para superar los problemas correspondientes. En ese sentido, toda concepción de la causalidad es «normativa».

Pero, además, la imagen habitual del concepto de causalidad en las ciencias naturales es errónea, porque en ellas, incluida la Física, se discute mucho menos sobre la cuestión de la causalidad que en la jurisprudencia. Quien ojee un manual típico de alguna de las grandes disciplinas de las ciencias naturales buscará casi siempre en vano las explicaciones sobre la casualidad. La discusión sobre la causalidad no tiene lugar en las disciplinas singulares, sino en la Filosofía de la ciencia y la Teoría del conocimiento, que desde la antigüedad se ha consolidado como una rama de la Filosofía. Es cierto que durante la primera mitad del siglo XX la Filosofía de la ciencia se ha ocupado preferentemente de temas de las ciencias naturales. Pero también lo es que, como muy tarde a partir de los años 60 del siglo XX, se incluyeron los problemas de causalidad de las ciencias sociales. El modelo de causalidad clásico formulado por Carl Gustav Hempel (14) puede aplicarse

(14) HEMPEL, *Aspects of Scientific Explanation*, 1965; en alemán, 1977.

a los problemas de causalidad de todas las disciplinas. Desde luego, el presupuesto es que se entienda la causalidad como una categoría empírica en la que se trata de la comprobación de regularidades reales en el mundo que nos rodea (incluido el mundo social).

El programa de comprobación jurídico-penal, tan extraordinariamente refinado en la actual dogmática jurídica alemana, no es sino una explicación en extremo diferenciada y sistematizada de las representaciones dominantes en nuestro ámbito cultural sobre cuándo una persona es «responsable» de un mal. A ellas pertenece ante todo que la persona haya «causado» el mal –si es posible, de forma voluntaria–. Una «causación» presupone, según opinión general y un uso del idioma estrechamente unido a la conciencia jurídica, una relación entre el actor y el resultado, es decir, una modificación del tipo que sea del mundo exterior. En primer lugar, para hacer responsable a alguien de un mal debe haber actuado, o sea, haberse comportado conforme a una dirección de voluntad. No basta con que el mal simplemente suceda en el tiempo a la acción. Por el contrario, es precisa una vinculación concreta entre acción y resultado: si acontece la acción, también cabe esperar que lo haga el resultado en cuestión. Tiene que haber una *conexión conforme a reglas* entre la acción y el resultado.

Esa regularidad a la que se acaba de aludir puede presentarse de dos formas. Por un lado, puede exigir que el resultado en cuestión se vincule siempre a la respectiva acción: siempre que se dé la acción A, entonces se produce el resultado B. Esa conexión puede denominarse determinista. La otra posibilidad consiste en que la acción sólo en determinados casos conduce al resultado, en otros no. Ese tipo de conexión se denomina probabilística (15). Lingüísticamente puede expresarse de distintas formas: si se da la acción A, entonces (a veces) se produce el resultado B, o: si se da la acción A, entonces (a menudo) se produce el resultado B. Aún más estrecha es la conexión si se describe con formulaciones como: si se da la acción A, entonces (muy a menudo) se produce el resultado B, o incluso: si se da la acción A, entonces (casi siempre) se produce el resultado B. Estas

(15) En la jurisprudencia se vienen empleando desde siempre regularidades probabilísticas para la comprobación de la causalidad, pero no se denominan así, porque al utilizarse la fórmula de la csqn se difumina la diferencia entre regularidades deterministas y probabilísticas (o estadísticas). Cfr. por ejemplo, HILGENDORF, *Jura*, 1995, pp. 514, 518 y ss.; MUMMENHOFF, *Erfahrungssätze im Beweis der Kausalität*, 1997, pp. 16-17 y *passim*; UNGER, *Kausalität und Kausalitätsbeweis produktiverursacher Gesundheitsschädigungen*, 2001, pp. 84-85, 157 y ss. y *passim*.

descripciones de conexiones probabilísticas se aproximan cada vez más a la descripción de una conexión determinista.

En resumen, se puede decir que, según el uso general del lenguaje profundamente anclado en el sentir jurídico de nuestro ámbito cultural, sólo puede hacerse responsable a un actor por un resultado si lo ha causado mediante su acción. Así será si el actor ha realizado una acción que *por regla general* está vinculada a ese concreto resultado, pudiéndose presentar esa regularidad de forma determinista o probabilística. El caso concreto en cuestión es un subcaso de una conexión conforme a leyes de carácter general. Hablando en abstracto, esto significa que un suceso puede explicarse causalmente si se puede inferir de una ley empírica junto a determinadas condiciones antecedentes.

Este concepto de causalidad es conocido desde hace tiempo en la jurisprudencia. En la ciencia jurídica alemana se planteó por primera vez por Karl Engisch (16), y más tarde fue desarrollado y precisado por Armin Kaufmann y otros (17). El nivel de comprobación en el que se trata la existencia de una conexión conforme a leyes se denomina «causalidad general», mientras que bajo la denominación «causalidad concreta» se comprueba si el caso concreto puede subsumirse en la regla que expresa la conexión conforme a leyes (18). El examen de la causalidad se efectúa en un proceso de dos niveles. Primero se plantea, en el nivel de comprobación de la causalidad general, si se da la regularidad comprobable empíricamente entre el tipo de suceso A y R. Esta regularidad puede ser de tipo determinista, pero también de tipo meramente probabilístico. En el nivel de examen de la causalidad concreta se cuestiona si el concreto caso en cuestión, por ejemplo la acción del actor, puede calificarse como portadora de una condición A. En ese caso puede decirse que el actor ha causado mediante su acción A el resultado R.

El modelo de causalidad más arriba esbozado presenta importantes ventajas frente a la fórmula de la csqn. Desde hace tiempo se sabe que la fórmula de la csqn presupone el conocimiento de las conexiones conformes a leyes: para comprobar que R desaparecería si se suprimiera mentalmente A, tiene que conocerse que A y R están vinculados por regla general. La fórmula de la csqn fracasa cuando existen cau-

(16) ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931.

(17) Armin KAUFMANN, *JZ* 1971, pp. 569 y ss.; en profundidad, KUHLEN, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung* (nota 5), pp. 32 y ss.

(18) Críticamente, BOSCH, *Organisationsverschulden* (nota 9), pp. 95 y ss., quien, no obstante, emplea los conceptos de causalidad «general» y «concreta» en otro sentido.

sas alternativas que normalmente también conducen al resultado R. Por esta razón la fórmula de la csqn puede servir, como mucho, de herramienta para comprobar la presencia de una relación causal poco problemática en los casos sencillos. Pero no es ni una *explicación* conceptual precisa de aquello que normalmente entendemos como «causalidad» ni se trata de una *definición* útil de causalidad. La fórmula de la csqn es un criterio (falible) para una relación causal definida sobre la base de una conexión conforme a leyes (19).

III. PROBLEMAS DE CAUSALIDAD EN LOS MODERNOS CASOS DE RESPONSABILIDAD POR EL PRODUCTO

Por medio del modelo de causalidad más arriba esbozado pueden ubicarse inequívocamente y discutirse numerosas cuestiones dudosas que se suscitan en los modernos casos de responsabilidad por el producto dentro de la causalidad y la imputación objetiva. Pueden distinguirse cinco constelaciones de problemas, a saber:

- el desconocimiento de las leyes causales relevantes,
- el grado de seguridad con el que debe darse una determinada regularidad para poder ser empleada como ley causal,
- el desconocimiento de eventuales leyes causales alternativas,
- los casos de formulación imprecisa de la ley causal pertinente y
- el problema de la causalidad psíquica (20).

A) Las leyes causales relevantes

La comprobación de las conexiones empíricas, es decir, la investigación sobre las posibles leyes causales es tarea de las ciencias empíricas sociales y naturales. En muchos casos de responsabilidad por el producto va a ser la Medicina la ciencia empírica competente. Puede llevar a cabo afirmaciones científicamente fundadas sobre si la sustancia A conduce por regla general a las lesiones corporales del tipo B. De nuevo, tales afirmaciones pueden ser de tipo determinista o probabilístico. El juez carece por principio de la competencia para compro-

(19) Con mayor profundidad, ENGISCH, *FS. für H. von Weber*, 1963, pp. 247, 261, que caracteriza la fórmula de la csqn como «absolutamente vacía».

(20) Sobre las cuatro primeras constelaciones, cfr. ya HILGENDORF, *FS für Lenckner*, 1998, pp. 699 y ss.

bar tales leyes causales, porque la Ciencia jurídica no es una disciplina empírica. Si según la opinión de los especialistas no existe una conexión conforme a leyes, el juez no puede postularla sin más, sino que debe negar la relación de causalidad.

En el caso inverso, cuando los especialistas competentes admiten una ley causal específica, el juez debe partir de la existencia de la correspondiente relación de causalidad, incluso si duda personalmente, por ejemplo, porque no entiende los métodos de prueba de los expertos. Por supuesto, el recurso a una rama científica sólo es necesario en los casos problemáticos. En la mayoría de los casos restantes las conexiones causales no plantean problemas y el juez puede recurrir a su conocimiento profano de las regularidades empíricas (21).

Todavía no está suficientemente clara la cuestión del grado de generalidad que debe tener la formulación de las regularidades empíricas para poder emplearse como ley causal. El discurso de las «leyes de la naturaleza», que se encuentra con frecuencia en la literatura jurídica, implica un grado de generalidad muy elevado, en el que el uso del lenguaje parece ser desuniforme y poco elaborado. Por eso la expresión «regularidades empíricas» será preferible, en cuanto queden abarcadas también las regularidades en la esfera social. Sigue abierta la cuestión de qué otros requisitos adicionales han de exigirse en la formulación de las regularidades empíricas para poder emplearlas en las comprobaciones jurídicas de la causalidad (22). En todo caso, en la práctica debería bastar con que una regularidad sea reconocida al menos de forma preponderante como posible ley causal por los especialistas científicos competentes (23).

B) La «seguridad» de las leyes causales

Nuestro conocimiento de las regularidades empíricas en el mundo que nos rodea puede ser diversamente seguro. Algunas regularidades son perfectamente conocidas, y no sólo en los entornos especializados, sino que son también por completo incontestables para la mayoría de la población. En cambio, en los casos de responsabilidad por el producto, a menudo las leyes causales pertinentes son todavía desco-

(21) HILGENDORF, *FS für Lenckner* (nota 20), p. 709.

(22) Cfr. por ejemplo DENICKE, *Kausalitätsfeststellung im Strafprozeß*, 1997, p. 104.

(23) Sobre el problema de la formulación de nuevas regularidades por los tribunales, HILGENDORF, *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der «Risikogesellschaft»*, 1993, pp. 120-121.

nocidas y objeto de intensas investigaciones científicas. Ejemplos de ello serían la conexión entre el consumo de tabaco y el cáncer de pulmón o entre las radiaciones de los móviles y los tumores cerebrales. El camino del conocimiento científico discurre con frecuencia desde la idea de la hipótesis marginal y la opinión minoritaria a la opinión mayoritaria y finalmente (en raros casos) a un punto de vista generalmente aceptado. La formulación de la hipótesis de ley de que se trate ni siquiera precisa modificarse en su tenor literal; por supuesto, en la mayor parte de los casos al hilo de la investigación científica será considerablemente precisada frente a la idea de partida.

A la investigación científica de una conexión conforme a leyes pertenecen aquellas pruebas mediante las cuales las hipótesis de leyes se exponen sin cesar al peligro de ser refutadas. Cuanto mayor sea la frecuencia con que la hipótesis supere tales pruebas, tanto más segura será su validez. Uno de los hallazgos esenciales de la moderna Filosofía de la ciencia es que ninguna proposición empírica general es válida con absoluta certeza. Incluso suposiciones tan bien contrastadas como las relativas a las leyes de la naturaleza y otras conexiones conformes a leyes del mundo siguen siendo meras hipótesis, por principio refutables y sustituibles por nuevas suposiciones de leyes.

El grado de validez de la que aquí se trata debe diferenciarse nítidamente del grado de seguridad con que las hipótesis de leyes informan sobre la aparición de un determinado acontecimiento. Un enunciado de ley determinista, conforme al que el resultado R se produce en todos los casos en los que se realiza la acción A, puede ser muy inseguro, aunque pretenda una vinculación «segura» entre A y R (siempre que se dé A, entonces se produce R). Y viceversa, los enunciados de leyes probabilísticas (por ejemplo, «la ingestión de talidomida eleva de forma relevante la probabilidad de malformaciones fetales») pueden ser válidos con gran seguridad. La regla procesal de que el juez no debe darse por satisfecho con la mera probabilidad alude al escaso grado de validez de las leyes causales, pero no a las regularidades probabilísticas (que en ocasiones son muy seguras).

C) Leyes causales alternativas

La sentencia del *BGH* (Tribunal Supremo Federal alemán) en el caso del spray de cuero fue criticada porque el Tribunal afirmó una conexión causal entre el uso del spray y los daños corporales, aunque no se conocían todos los factores potencialmente lesivos. No pudo excluirse con absoluta seguridad que, junto a las sustancias conteni-

das en el spray o en lugar de éstas, fueran otras sustancias las que causaron los daños (24). Este argumento no es convincente: dada la limitación del conocimiento empírico humano nunca puede excluirse que haya otros factores co-causales. La suposición de que un determinado factor sea causal de la aparición de un daño está siempre sometido a la reserva de la limitación de nuestro conocimiento. En caso de que existan explicaciones alternativas, el tribunal debe darse por satisfecho con la seguridad práctica del «mundo real», para lo que la jurisprudencia depende en gran medida de los conocimientos específicos de la disciplina competente.

D) Sobre la formulación de las leyes causales

Un cuarto problema en relación con los nuevos casos de responsabilidad por el producto es el de la concreción con la que ha de aislarse el factor lesivo y, en correspondencia con lo anterior, el grado de detalle con el que ha de formularse la ley causal. La jurisprudencia alemana afirma la existencia de una relación de causalidad entre un determinado producto y un daño también cuando (como es habitual) el producto nocivo podría ser analizado de un modo más preciso y dividido en ulteriores factores potencialmente lesivos (25). A menudo se desconoce la concreta identidad de los factores activos. Así, ni siquiera hoy en día parece haberse aclarado exactamente qué sustancia de la talidomida fue la causante de los daños (26).

El argumento de que los tribunales deberían señalar en cada caso hasta el último detalle las concretas condiciones conformes a leyes necesarias para que se produzca el daño ofrece poca base para criticar la postura de la jurisprudencia (27). Todos los factores lesivos son susceptibles de división hasta el nivel atómico (y posiblemente más allá), de modo que no se puede cumplir con una exigencia de este tipo. Tal precisión tampoco es necesaria de cara a los objetivos de la jurisprudencia. Para poder hacer responsable de unos daños concretos al productor o distribuidor de un determinado producto basta con que

(24) SAMSON, StV 1991, pp. 182 y ss., 183; PUPPE, JR 1992, pp. 29 y ss., 31; HASSEMER, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 2.ª ed., 1996, p. 42.

(25) BGHSI 41, 206, pp. 213-214 («síndrome del producto protector de la madera»).

(26) AMBERGER-LAHRMANN, Schmähl (ed.), *Gifte. Geschichte der Toxikologie*, 1988, p. 67.

(27) Así, sin embargo, claramente HASSEMER, *Produktverantwortung* (nota 24), p. 41; de modo similar, DENICKE, *Kausalitätsfeststellung* (nota 22), pp. 91, 107.

se pueda establecer con suficiente seguridad que el producto en sí era lesivo. A efectos de la responsabilidad penal por el producto basta con que la formulación de las leyes causales tenga un grado de precisión tal que permita la subsunción en ellas del producto sospechoso o de las sustancias conocidas que lo componen.

E) La denominada causalidad «psíquica»

Un problema específico y hasta el momento apenas tratado en la discusión jurídica sobre la responsabilidad por el producto es el de la causalidad «psíquica» (o, mejor, causalidad «psíquicamente mediada»). Si la admisión de relaciones causales presupone la existencia de conexiones conformes a leyes, éstas también deben poderse constatar en la causalidad psíquicamente mediada. Cuando, por ejemplo, A ofrece a B un producto peligroso y éste lo compra y lo usa, sufriendo daños corporales C, la hija de B, la «cadena causal» pasa por la decisión de B de comprar y usar el producto. Se trata de un supuesto de causalidad heterogénea (28). Pero, ¿se puede considerar efectivamente que la decisión de B ha sido «causalmente producida»? Más en concreto: ¿puede servir como *explanandum* en una explicación causal? A primera vista esto parece contradecir la antigua idea de que la voluntad humana ha de entenderse como «libre». Como es sabido, el libre albedrío se ha llegado a calificar como «ficción estatalmente necesaria» (29).

Es posible restar importancia al problema mediante la descripción de la relación entre la puesta en circulación del producto por A y su compra y utilización por B en términos de una mera relación probabilística: la puesta en circulación del producto no siempre conduce a su utilización, aunque lo haga en (muy) numerosos casos. De este modo, la oferta ha incrementado el riesgo de que el producto llegue a utilizarse, y consiguientemente también ha incrementado (de modo notable) el riesgo de aparición de lesiones físicas. De nuevo se pone de manifiesto que la aceptación y comprobación de relaciones de causalidad presupone conocimiento empírico. Esto es así sobre todo cuando se quiere cuantificar las conexiones probabilísticas, y no sólo concebirlas de un modo cualitativo o comparativo (30).

(28) V. *supra* I.

(29) KOHLRAUSCH, *FS Güterbock*, 1910, p. 26; crítico al respecto ROXIN, *AT* (nota 13), § 19, número marginal 45.

(30) Con mayor profundidad sobre los distintos tipos de ley, HILGENDORF, *Jura* 1995, pp. 514 y ss., 517-518.

Me parece importante que aceptar la posibilidad de describir la conducta humana mediante conexiones conformes a leyes no suponga una toma de decisión sobre la cuestión del libre albedrío. La afirmación de la existencia de regularidades en la conducta humana y su descripción mediante enunciados probabilísticos no implica la presencia de coacción. Desde luego, no se puede considerar que los problemas que tienen relación con las cuestiones anteriores estén resueltos. En los últimos tiempos el libre albedrío viene siendo cuestionado sobre todo por las investigaciones médicas sobre el cerebro, mientras que en filosofía se sigue manteniendo la idea (de manera profundamente modificada y precisada). Por el momento, a la ciencia jurídica no le resulta necesario prescindir de la posibilidad de una causalidad psíquicamente mediada.

Llego a un primer *resumen provisional*: el análisis precedente ha mostrado que los problemas más importantes de la imputación típica en la responsabilidad penal por el producto pueden ser resueltos, o al menos clarificados, por medio de un concepto de causalidad más preciso. Se trata sobre todo de la cuestión del conocimiento o desconocimiento de las leyes causales relevantes y de las posibles alternativas, de la cuestión del grado de validez de tales leyes y del problema de la precisión en su formulación. Todos estos problemas se refieren al nivel de la denominada «causalidad general». ¿Qué funciones le quedan a la figura de la «imputación objetiva» en la resolución de los casos de responsabilidad por el producto?

IV. LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Cuando se revisa la literatura sobre responsabilidad penal por el producto de los últimos quince años, se constata que en ella la teoría de la imputación objetiva no parece ocupar un papel digno de mención. Esto es tanto más llamativo si se tiene en cuenta que la responsabilidad por el producto es el mayor reto que se plantea actualmente la metódica de la imputación jurídico-penal. La teoría de la imputación objetiva ni siquiera aparece en la mayoría de los artículos generales sobre la responsabilidad penal por el producto, o en todo caso lo hace de modo marginal (31), y no tiene un papel especial en ninguna de las monografías (32). Finalmente, tampoco el *BGH* ha usado esta

(31) Así, por ejemplo, KUHLEN, *JZ* 1994, pp. 1142 y ss.; OTTO, en: *FS Hirsch*, 1999, pp. 291 y ss.; TIEDEMANN, en: *FS Hirsch*, pp. 765 y ss.; VOGEL, en *FS W. Lorenz*, 2001, pp. 65 y ss.

(32) V., por ejemplo, las nuevas tesis doctorales de DENICKE (nota 22) o UNGER (nota 15); ver también ya KUHLEN, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung* (nota 5), pp. 27-28.

teoría en sus decisiones en los casos más importantes en la materia, los casos del spray de cuero y del producto protector de la madera.

Esta constatación se contrapone claramente a la trayectoria vertical que ha experimentado la teoría de la imputación objetiva en los manuales para alumnos y en los materiales para la preparación del Examen de Estado (*Repetitorenkripten*), así como en amplios sectores de la dogmática jurídico-penal alemana. Particularmente impresionante es la exposición de las figuras de la imputación objetiva que lleva a cabo Roxin (33), quien puede ser considerado el (re)fundador de esta teoría. Incluso Schönemann, un partidario de esta teoría, ha resaltado con razón que «como un pulpo gigante de incontables tentáculos abarca cada vez ámbitos más numerosos y de lo más heterogéneo, tanto desde una perspectiva ontológica como desde una perspectiva normativa» (34). Haría falta una monografía para recopilar de modo tan siquiera aproximado la enorme cantidad de propuestas de aplicación de la teoría.

A mí me parece claro que la figura de la «imputación objetiva» a menudo tiene que funcionar como una especie de cuarto trastero para los problemas de tipicidad y justificación que aún no han sido resueltos. La inflacionaria utilización del topos de la «imputación objetiva» que se produce actualmente se encuentra en relación inversa con su potencial explicativo y para la resolución de problemas. En lo que sigue me gustaría centrarme en algunas observaciones sobre el desarrollo de la teoría, que deberían redondear lo que he expuesto acerca de los problemas de la causalidad en la responsabilidad penal por el producto. Debe resaltarse que de ninguna forma pretendo defender la vuelta a una indiferenciada utilización de la fórmula de la *csqn*, un estadio de evolución en la construcción del sistema jurídico-penal que con razón ha sido criticado por los defensores de la teoría de la imputación objetiva. Antes bien, el propósito de la exposición que sigue es promover la reformulación de los resultados más importantes de la teoría de la imputación objetiva en términos de un modelo causal más preciso, por un lado, y de nuevas causas de justificación, por otro.

La teoría de la imputación objetiva fue concebida como un instrumento para la restricción del tipo objetivo (35). Era necesaria para corregir ya en el propio tipo objetivo la inadecuada amplitud y falta

(33) AT (nota 13), § 11, números marginales 39 y ss.

(34) SCHÜNEMANN, GA 1999, p. 207. Últimamente KUHLEN, FS Roxin, 2001, pp. 331 y ss., ha propuesto ampliar la aplicación de la teoría hasta incluir el nivel de las causas de justificación.

(35) HONIG, FG Frank, tomo I, 1930, pp. 174 y ss.

de concreción de la fórmula de la csqn. A pesar de los esfuerzos desarrollados a lo largo de varias décadas, todavía no se ha conseguido dar un contenido preciso a esta teoría. Aun cuando existe acuerdo en que se quiere limitar normativamente la fórmula de la csqn, no lo hay sobre las bases de las valoraciones necesarias para hacerlo. De modo predominante uno se contenta con la construcción de grupos de casos en los que se debe excluir la imputación (36), y en muchas ocasiones el empleo de la «imputación objetiva» no va más allá de la apelación al sentimiento jurídico. La doctrina ha resaltado con razón que la teoría de la imputación objetiva comprende grupos de casos totalmente heterogéneos (37). Debería ser tarea de la dogmática estudiar las diferencias estructurales de estos grupos de casos con mayor profundidad de lo que lo ha venido haciendo, para poder incluirlos en las correspondientes categorías jurídico-penales en lugar de subsumirlos en bloque en las fórmulas multiuso de la «creación de un riesgo jurídicamente relevante» y la «realización del riesgo».

El principal ámbito de aplicación de la teoría de la imputación objetiva viene dado por aquellos casos en los que la producción del resultado típico se debe a un curso causal anómalo e imprevisible. El criterio de la falta de adecuación al que con ello se hace referencia puede describirse siguiendo el modelo causal más arriba expuesto (38), mediante el uso de regularidades probabilísticas con una probabilidad especialmente baja. Si la aversión al presuntamente naturalista (39) «dogma causal» no hubiera obstruido la visión de la dogmática jurídica alemana, quizás se hubiera advertido mucho antes o se hubiera expresado de forma más clara que la teoría de la adecuación no sólo se puede interpretar como un precursor histórico de la teoría de la imputación objetiva, sino que siempre ha constituido su núcleo racional (40).

Sólo unos pocos grupos de casos no parecen poderse solucionar mediante una concepción causal ampliada con el punto de vista de la adecuación. Entre estos se cuentan ante todo los casos en los que se produce una modificación incontrolable pero en principio previsible del curso causal «normal». Ejemplos de lo anterior son los casos en

(36) V., por ejemplo, JESCHECK/WEIGEND, *AT* (nota 13), pp. 286 y ss.

(37) Así, junto a SCHÜNEMANN (nota 34), v. especialmente HIRSCH, *FS Lenckner* (nota 20), pp. 119 y ss., 122 y ss.

(38) V. *supra* II.

(39) Con mayor profundidad sobre el naturalismo y su recepción en la teoría jurídica v. HILGENDORF, *Jahrbuch für Recht und Ethik*, vol. 11 (2003), en curso de publicación.

(40) HILGENDORF, *Jura* 1995, pp. 514 y ss., 522.

los que el daño es incrementado por la propia víctima u otros factores que el autor no puede dominar, o aquéllos en los que un tercero se inmiscuye de manera imprevisible en el curso causal. Estos casos pueden ser totalmente adecuados, esto es, su existencia no queda fuera de toda experiencia. A pesar de esto, parece inadecuado, por ejemplo, que al fabricante cuyo producto ha causado daños físicos al consumidor también se le responsabilice de que la propia víctima con negligencia extrema se eche veneno sobre la herida, de que se infecte con un agente patógeno letal en una clínica o de que un tercero mate (dolosamente) a la debilitada víctima.

¿Son estos casos, que ni siquiera teniendo en cuenta el pensamiento de la adecuación se pueden solucionar de modo satisfactorio en sede de causalidad, candidatos a la defensa de la teoría imputación objetiva? Me gustaría responder esta pregunta con un claro «sí y no» (*Jein*): la adecuación es, junto con la causalidad en el sentido de la fórmula de la csqn, una condición necesaria pero no siempre suficiente para una imputación satisfactoria. Existen casos en los que, a pesar de la adecuación de la producción del resultado, la imputación se muestra desacertada, como, por ejemplo, cuando el resultado se produce porque la víctima se ha comportado de un modo extremadamente descuidado.

V. UNA NUEVA PROPUESTA DE SOLUCIÓN

¿Cómo pueden excluirse estos casos de la esfera de responsabilidad del autor de una forma clara, susceptible de demostración y por lo tanto comprobable? La literatura sobre esta pregunta ya llena bibliotecas enteras, sin que parezca que se haya producido una aproximación a una solución susceptible de consenso generalizado. La clave para una solución razonable yace, en mi opinión, en la siguiente idea: si el Derecho penal ha de tener efectos preventivo-generales, entonces también la responsabilidad del autor debe restringirse a aquellas consecuencias que no sólo pudo prever, sino que también pudo *controlar* de modo general. En palabras de Schünemann: «la utilidad preventivo-general [...] es la que justifica cargar al autor con el resultado producido, mientras que sin tal utilidad preventivo-general la imputación del resultado no tendría sentido en Derecho penal» (41).

(41) SCHÜNEMANN, GA 1999, pp. 207 y ss., 209.

El productor no será perseguido penalmente por los daños adicionales que se produzcan por la conducta imprevisible del usuario, ya que una norma penal de prohibición dirigida al productor que penara tales daños adicionales no tendría sentido desde el punto de vista preventivo. Lo que ni de modo aproximado puede controlarse, tampoco tiene por qué intentar ser evitado. Para hacer referencia a las consecuencias que ya no se pueden controlar, puesto que en el caso concreto son indominables, me gustaría proponer el término «supervenidas» (42).

La distinción entre causas supervenidas y no supervenidas es complicada, ya que ambas pueden ser previsibles. El criterio de la posibilidad de control sólo nos ofrece un criterio general. La cuestión principal sobre si la norma de conducta infringida por el actor «era adecuada y también en retrospectiva sigue siéndolo» (43) para evitar el resultado en cuestión tampoco proporciona un criterio claro. La decisión acerca de si hay o no que imputar objetivamente un resultado adecuado y causalmente producido es algo que según Schünemann debe resultar de la interpretación de la norma, considerando sobre todo su fin de protección (44). A falta de reglas de delimitación más precisas, hoy en día este es el mejor procedimiento en el contexto de la imputación objetiva. Sin embargo, a la vista de las reconocidas limitaciones e incertidumbres que presenta la interpretación teleológica (45), me parece que tiene sentido reflexionar sobre el desarrollo del procedimiento para la exclusión de las consecuencias supervenidas de la acción.

El punto de partida de tales reflexiones debería ser que la sistemática jurídico-penal junto con su esbozo práctico, la determinación de pautas para el examen del caso, ha de construirse atendiendo a consideraciones de racionalidad instrumental. No existen estructuras preestablecidas que obliguen a una determinada configuración (46), por lo que es posible discutir los criterios que hoy se examinan de forma

(42) Del latín «supervenire», llegar. En filosofía la expresión se utiliza sobre todo en filosofía de la mente, v. Mittelstrass (ed.), *Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie*, vol. 4 (1996), pp. 144-145.

(43) SCHÜNEMANN, GA 1999, pp. 207 y ss., 215.

(44) SCHÜNEMANN, GA 1999, pp. 207 y ss., 224.

(45) WEBER, en: BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 10.^a ed., 1995, § 14, números marginales 95-96, con ulteriores referencias; similar en la fijación de objetivos BUSTOS RAMÍREZ, *FS Arm. Kaufmann*, 1989, pp. 213 y ss., 233.

(46) Aunque las circunstancias fácticas del mundo que nos rodea bien pueden hacer que algunas formas de sistematización jurídico-penal parezcan mucho más adecuadas que otras. Esta idea es el núcleo acertado de la noción de «estructuras lógico-objetivas».

conjunta y relativamente indiferenciada en el marco de la teoría de la imputación objetiva en otros niveles del sistema y en otras categorías dogmáticas. Ya se ha mostrado que gran parte de los problemas se pueden interpretar en términos de causalidad, si se supera el marco de la fórmula de la *csqn*, demasiado simple para estos grupos de casos, y se tienen en cuenta las regularidades que les sirven de base (sean deterministas o probabilísticas). Otras potenciales categorías específicas son el concepto de conducta (jurídico-penalmente relevante) (47) y, en los delitos imprudentes, el contexto de infracción del deber (48).

Otra posibilidad, interesante y hasta ahora demasiado poco sondeada (49), podría ser la ubicación de ciertas constelaciones en sede de justificación. Aquí hay que tener en cuenta tanto causas de justificación tradicionales, como el consentimiento o el riesgo permitido (50), como la creación de otras nuevas. El número de causas de justificación está abierto por arriba (51). Sería por tanto posible explicitar las consideraciones relevantes para la responsabilidad que hoy en día aún se tratan más mal que bien en el contexto de la «imputación objetiva» y reunir las en una o varias nuevas causas de justificación formuladas de modo preciso. Si se quiere tratar el problema ya en sede de tipicidad, entonces puede pensarse en una nueva categoría de «causas de exclusión de la responsabilidad» que sigan manteniéndose en tal sede (52).

Bien entendido, no se trata de abandonar la teoría de la imputación objetiva, sino de trasladar los grupos de casos que ésta ha construido a conceptos y figuras jurídicas susceptibles de ser manejadas con precisión. La sistemática jurídico-penal es libre de crear estas figuras en tanto parezca adecuado. De esta manera podría conseguirse que la «teoría de la imputación objetiva», reducida por sus propios seguidores a un conjunto de reflexiones sobre el fin de protección (53), se estructurara de un modo completamente racional, y así cortar de una vez por todas la cabeza del pulpo schünemanniano.

(47) Así, la propuesta de FRISCH, *FS Roxin* (nota 34), pp. 232 y ss.

(48) HIRSCH, *FS Lenckner* (nota 20), pp. 125 y ss., 127-128.

(49) V., sin embargo, WEBER, en BAUMANN/WEBER/MITSCH, *AT* (nota 45), § 14, números marginales 96, 99 y *passim*.

(50) Según otra opinión, en el «riesgo permitido» lo que hay es una restricción del tipo.

(51) JESCHECK/WEIGEND, *AT* (nota 13), p. 327.

(52) En este contexto v. también la discusión sobre la interpretación dogmática del § 5 *TDG* en su versión anterior, o de los vigentes §§ 8 y ss. *TDG* [*Teledienstgesetz*: Ley sobre servicios de información y comunicación electrónica (N. de los T.)].

(53) V. nota 44.

VI. TESIS DEFINITIVAS

1. La afirmación de la existencia de una relación de causalidad entre dos sucesos implica la aceptación de una conexión conforme a ley entre ambos. Esta conexión puede ser de naturaleza determinista, pero también probabilística.

2. La fórmula de la *causa ocaulta* oculta la diferencia entre estos dos tipos de conexiones conformes a leyes. Sin embargo, en los casos problemáticos, entre los que hay que incluir los casos modernos de responsabilidad por el producto, a menudo es útil tener presente la relación de causalidad subyacente, como han propuesto Engisch y otros.

3. La mayoría de los problemas de la causalidad en la responsabilidad por el producto se pueden discutir dentro de los siguientes grupos de problemas: desconocimiento de las leyes causales relevantes, grado de validez, desconocimiento de leyes causales alternativas y grado de precisión de la formulación de las leyes causales. A éstos hay que añadir el poco discutido problema de la causalidad psíquicamente mediada.

4. La teoría de la imputación objetiva no ha tenido hasta el momento un gran papel en la discusión sobre la responsabilidad penal por el producto. Esto puede ser un indicio de que se debería reflexionar críticamente sobre el ámbito de aplicación de esta teoría, que como un pulpo amenaza con abarcar todo el ámbito de la tipicidad y la antijuridicidad.

5. Mi propuesta consiste en el desarrollo de la figura de la imputación objetiva. Por una parte, dentro de un modelo causal más ambicioso por medio del cual ante todo se pueden abarcar los cursos causales extremadamente improbables y, por otra, a través de la formulación de nuevas causas de justificación para grupos de casos como la autopuesta en peligro y la incontrolable intervención de terceros.

Disciplina y reclusión en el siglo XIX: Criterios humanizadores y control de la custodia

ENRIQUE SANZ DELGADO

Profesor Ayudante de Derecho Penal. Universidad de Alcalá

SUMARIO: I. *Introducción: Evolución del régimen disciplinario para confinados y presos:* 1. La Ordenanza de Presidios de los Arsenales de Marina de 1804. 1.1 Las recargas gubernativas de condena. 2. El Reglamento de presidios peninsulares de 1807. 3. La Ordenanza General de Presidios de 1834. 4. Reales órdenes posteriores y demás legislación específica. 5. Contenido disciplinario del Real Decreto de 1901. 6. Del Real Decreto de 5 de mayo de 1913. 7. La normativa disciplinaria para mujeres reclusas.—II. *La disciplina y su régimen en las cárceles:* 1. Posturas doctrinales de finales del siglo XIX acerca del régimen disciplinario.—III. *El control disciplinario de los custodios. La evolución paralela:* 1. La Ordenanza de Arsenales de 1804. 2. El Reglamento de 1807. 3. Previsiones de la Constitución de 1812. 4. La evolución paralela del Código penal de 1822. 5. La Ordenanza General de 1834. 6. Reales Órdenes y normativa posterior. 7. El Código penal de 1848 y el control de la custodia. 8. Disposiciones posteriores. 9. La específica previsión del Código penal de 1870. 10. Disposiciones posteriores. 11. El Decreto de 1901. 12. El Decreto de 1913.

I. INTRODUCCIÓN: EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO PARA CONFINADOS Y PRESOS

La moderación de la intensidad de la sanción impuesta, ante la infracción de la norma jurídica, se muestra hoy como un inequívoco índice de la actividad reformadora en el ordenamiento penal, asimismo contemplada en los singulares entornos carcelario y penitenciario, en la progresiva atenuación de los negativos, por represores, efectos del necesario régimen disciplinario intramuros (1). Delimi-

(1) Desde una perspectiva actual, la legitimidad del instrumento disciplinario penitenciario se reconoce y se ha afirmado, a modo de ejemplo, por el Tribunal Cons-

tado el ámbito, tratase, en fin, de la medida de un derecho punitivo nuclear, inserto en la ejecución penal, en el Derecho penitenciario (2), del castigo dentro del castigo; y constituye, por ello, desde los inicios del siglo XIX, como principal objeto temporal de esta aproximación, un progresivo ejemplo de humanización del marco, de por sí estricto, de la ejecución punitiva (3). El sentido castrense no cesa de informar

titucional, en estos términos: «La Comisión de Estrasburgo ha sido muy tajante al afirmar que “el sistema penitenciario para funcionar efectivamente depende de la disciplina. La disciplina es controlada por los funcionarios de la prisión y puede subvertirse por ataques incontrolados a su autoridad” (*Dec. Adm. Com. Ap. 6.224/1973*, de 16 de diciembre de 1976). También ha dicho la Comisión que no altera la verdadera naturaleza de la particular infracción el que la misma pudiera figurar también en el Código Penal, sobre todo allí cuando “el incidente toma una perspectiva más seria contemplada a la luz de las exigencias de la disciplina de prisión”, pues este último aspecto permite a las autoridades de la prisión el establecer medidas disciplinarias contra el interno: “Las autoridades están legitimadas para tratar al recurrente a través de procedimientos disciplinarios que no incluyen las garantías del artículo 6 del Convenio” (*Dec. Adm. Com. Ap. 7.219/1975*, de 16 de diciembre de 1976). Teniendo en cuenta el carácter de los incidentes que dieron lugar a los procedimientos sancionados, no cabe duda que se trataba de “una infracción esencialmente de naturaleza disciplinaria, siendo axiomática a la disciplina de la prisión que, es la base del sistema penitenciario” (*Dec. Adm. Com. Ap. 7.219/1975*, de 16 de diciembre de 1976)». Vid. STC 2/1987, de 21 de enero.

(2) En expresión de la época, del práctico reformador Manuel MONTESINOS Y MOLINA, «un código penal interior». Cfr. MONTESINOS, M., *Reflexiones sobre la organización del Presidio de Valencia, Reforma de la Dirección General del Ramo, y sistema económico del mismo*, Valencia, 1846. Reproducido por la *Revista de Estudios Penitenciarios* (Homenaje al Coronel Montesinos), núm. 159, octubre-diciembre, 1962, p. 270.

(3) Desde una sociológica visión de Hermann Kriegsmann, profesor de la Universidad de Kiel, quien acertadamente resolvía el fundamento y la necesidad al respecto: «Cuanto más duro el espíritu de la época, tanto más brutales y crueles serán los castigos disciplinarios de los establecimientos penales; cuanto más influjo alcancen impulsos de humanidad o aún de sentimentalismo, tanto más se dulcificará el encono del sistema penitenciario. ¡Pero siempre señalará el límite extremo! Porque es de esencia de la privación de libertad, el sojuzgar absolutamente toda rebelión del preso, absolutamente, es decir, aplicando todos los medios de coacción que según las ideas morales y jurídicas de la época pueden ser admisibles». Cfr. KRIEGSMANN, N.H., *Preceptiva penitenciaria* (versión española por R. P. Bances —quien no incorpora la G en la traducción del nombre del autor, aun cuando ésta aparece en publicaciones alemanas del momento—), Madrid, 1917, p. 223. Vid., en el mismo sentido, CUELLO CALÓN, E., *Penología. Las penas y las medidas de seguridad. Su ejecución*. Madrid, 1920, p. 162; el mismo: *La moderna penología...*, op. cit., pp. 455. Un peculiar, aunque breve (por cuanto solamente atiende a dos normativas del siglo XIX), estudio del mínimo valor pedagógico de las normativas disciplinarias puede verse en OVEJERO SANZ, M.P., «Carácter pedagógico de la reforma penitenciaria en el siglo XIX» (segunda parte), en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 189, abril-junio, 1970, pp. 399 y ss.

aquellas regulaciones y lugares de encierro (4), y consecuentemente, una recia disciplina dejaba su persistente impronta en la norma decimonónica.

Tras la escalonada descripción normativa de las prescripciones disciplinarias, el encuentro con esa línea de progreso humanista, en la concepción del instrumento sancionador en el entorno reclusivo, se convierte en el objeto añadido de los párrafos que siguen, recopilatorios de preceptos regimentales dispersos, aun ordenados cronológicamente, finalizando con el integral y modernista Decreto de 1913 (5). En este sentido, si bien pudo afirmarse que la pluralidad de normativas dictadas en este terreno, especialmente a partir de la cardinal Ordenanza General de 1834, contribuyeron a extender «la confusión y el marasmo en los Establecimientos penales» (6), y si, como se ha señalado, «las razones por las cuales no se abrieron camino en la práctica los ideales humanitarios en el régimen disciplinario no fueron sino motivos de seguridad» (7), no es menos cierto que la continuidad legislativa y cierta coherencia en ese trazo evolutivo humanitarista no dejaría de advertirse en cualquier caso. El acercamiento a las principales normas decimonónicas y el ulterior acceso a los textos doctrinales, evidencia el recorrido de los paulatinos avances en una materia que vendría a alcanzar su mayor impulso de reforma en la citada primera mitad decimonónica.

Desde obras de referencia en la literatura hispana especializada, de principios de aquella centuria, como la de Marcial Antonio López, se afianzaban tales criterios, reivindicando en esta materia, en su

(4) Como de modo descriptivo expresara el propio Manuel MONTESINOS: «Nuestros establecimientos penales, en su régimen interior, se encuentran pues, organizados de una manera análoga á nuestros regimientos, y esta semejanza es tal, que sólo se diferencia en que aquéllos se componen de individuos con fusiles, caballos, etcétera, y éstos de hombres con su hierro y sus herramientas, pero sometidos todos á las mismas reglas de rígida disciplina». Cfr. *Reflexiones sobre...*, *op. cit.*, p. 261.

(5) Cerrándose con el mismo, en palabras de García Valdés, en el terreno penitenciario, «una muy trascendente época de su historia legislativa y regimental». Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., *Régimen Penitenciario de España (Investigación histórica y sistemática)*. Madrid, 1975, p. 37; el mismo, *Introducción a la penología*. Madrid, 1981, p. 111; el mismo, *Teoría de la pena*, 3.ª ed., 1.ª reimpresión, Madrid, 1987, p. 101; asimismo, GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de Ciencia Penitenciaria*, Madrid, 1983, p. 174; SANZ DELGADO, E., *El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*, Madrid, 2003, pp. 293 y ss.

(6) Cfr. CADALSO, F., *Estudios penitenciarios. Presidios españoles, escuela clásica y positiva y colonias penales*, Madrid, 1893, p. 43; con los mismos términos, LLORCA ORTEGA, J., *Cárceles, presidios y casas de corrección en la Valencia del XIX*, Valencia, 1992, p. 327.

(7) Cfr. LLORCA ORTEGA, J., *Cárceles, presidios...*, *op. cit.*, p. 328.

capítulo XI, los significativos postulados de la insigne Real Asociación de Madrid, los mismos que después servirán de influjo a realidades sistemáticas, fruto de la iniciativa personal y de indudable contenido humanitarista, como la de Manuel Montesinos (8), y que se habían realzado en estos términos: «Una completa subordinación será sin duda el precioso fruto de tantas solicitudes y la corona gloriosa de cuanto se pretende en la casa de corrección para bien de los encerrados y de la patria. Se prohíbe en ellas enteramente los golpes y las palabras denigrativas, puesto que una constante experiencia nos pone a la vista que los hombres se dirigen más bien por razones y expresiones comedidas, que por los vergajos y demás instrumentos de castigo material y doloroso, los cuales envilecen é irritan sin ilustrar y convencer el entendimiento. Sin embargo por falta de subordinación además de privarse al delincuente de ciertas ventajas ó comodidades, ha de imponérsele la terrible pena del solitario, que debe ser la única en una casa de corrección. Mas por otra parte, al mismo tiempo que castigos, no han de faltar en estas casas, premios competentes de la buena conducta, que consistirán en mayor ganancia, mejor comida, vestido más fino, y aun en abreviar por ventura el tiempo de su condena, todo lo cual ha de ser un poderoso estímulo para la subordinación de los reos, como que les proporciona ascensos, dinero, desahogo y libertad» (9). El impulso de tales presupuestos se percibe en diversa reglamentación posterior.

En todo caso, la normativa matriz, de referencia, que trasciende por sus reflejos humanitarios regimentales en la acostumbrada disciplina intramuros, puede advertirse en la singular y progresiva Ordenanza de los presidios navales. Preceptos reguladores de los

(8) A este respecto, son dignas de mención, y de toda credibilidad, las luminosas palabras de 1846 del ya Visitador General de los Presidios del Reino, Manuel MONTESINOS, acerca de su sistema, cuando expresaba: «el más ineficaz de todos los recursos en un Establecimiento penal, y el más pernicioso también, y más funesto á sus progresos de moralidad, son los castigos corporales llevados hasta la dureza. Máxima debe ser constante y de general y aplicación en estas casas, la de no envilecer más, á los que harto degradados por sus vicios vienen á ellas [...]; por lo que los malos tratamientos irritan más que corrigen, y ahogan sobre todo los últimos alientos de moralización». Cfr. MONTESINOS, M., *Reflexiones sobre...*, *op. cit.*, p. 254; ampliamente acerca de tales índices humanitaristas en la labor de MONTESINOS y de su seguimiento de la obra de López, vid. SANZ DELGADO, E., *El humanitarismo penitenciario...*, *op. cit.*, pp. 168-186.

(9) Vid. 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*, vol. I, Valencia, 1832, p. 147.

emplazamientos militares portuarios, precisos para el abastecimiento, reparación y pertrecho de las naves de guerra. Antecedente lejano del sistema progresivo de condenas (10).

1. La Ordenanza de Presidios de los Arsenales de Marina de 1804

El régimen disciplinario previsto en la Ordenanza de Arsenales que, por su incuestionable dureza, en opinión de Fernando Cadalso, oscurecería un tanto el mérito del resto de la citada normativa (11),

(10) Vid. SALILLAS, R., *La vida penal en España*, Madrid, 1888, pp. 240, 241 y 396; EL MISMO: «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, p. 75; EL MISMO, *Evolución penitenciaria en España*, tomo II. Madrid, 1918, p. 229; Dirección General de Establecimientos Penales; «Anuario Penitenciario, Administrativo y Estadístico», 1888, Madrid, 1889, pp. 15 y 16; CADALSO, F., *Estudios penitenciarios...*, op. cit., p. 176; EL MISMO: *Informe del negociado de inspección y estadística, en Dirección General de Prisiones: Expediente general para preparar la reforma penitenciaria*. Dirección General de Prisiones. Madrid, 1904, p. 36; EL MISMO: *Instituciones Penitenciarias y similares en España*. Madrid, 1922, pp. 319 y 324; CASTEJÓN, F., *La Legislación Penitenciaria española. Ensayo de sistematización comprende desde el Fuero Juzgo hasta hoy*. Madrid, 1914, pp. 5 y 86; CUELLO CALÓN, E., *Penología...*, op. cit., p. 142; EL MISMO, *La moderna penología (Represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas. Su ejecución)*. Tomo I y único, Barcelona, 1958 (reimpresión, 1974), p. 366; CIDRÓN, M., «Un Sistema Penitenciario Español», en *Asociación Española para el Progreso de las Ciencias*. Oporto (Sesión de 22 de junio de 1921), Madrid, 1923, pp. 98 y 99; SALDAÑA, Q., Adiciones a Von LISZT, F., «Tratado de Derecho penal». Traducido de la 18.^a ed., alemana y adicionado con la Historia del Derecho penal en España. Tomo I, 3.^a ed., Madrid, 1926-1929, p. 467; LASALA NAVARRO, G., «Condena a obras y presidios de arsenales», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núm. 119, noviembre-diciembre 1955, pp. 21, 23 y 24; GARCÍA VALDÉS, C., *Régimen penitenciario...*, op. cit., p. 29; el mismo: «Derecho penitenciario militar: una aproximación histórica», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXIX, Fascículo III, septiembre-diciembre, 1986, pp. 781 y 785; el mismo, *Teoría de la pena*. 3.^a ed., Madrid, 1.^a reimpresión, 1987, p. 90; GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de...*, op. cit., p. 162; BUENO ARÚS, F., «Historia del Derecho Penitenciario español», en VV.AA., *Lecciones de Derecho Penitenciario*, Alcalá de Henares, 1985, 2.^a ed. 1989, p. 19; FIGUEROA NAVARRO, M.C., *Los Orígenes del Penitenciarismo Español*. Madrid, 2000, pp. 75-77; SANZ DELGADO, E., *El humanitarismo penitenciario...*, op. cit., pp. 190 y ss.

(11) Vid. CADALSO, F., *Instituciones penitenciarias...*, op. cit., p. 327; en el mismo sentido, GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de...*, op. cit., p. 162. No obstante, en otra parte, el propio Fernando Cadalso no dudaba en recordar cómo «la nota de dureza que en algunos –de aquéllos preceptos– aparece, es consecuencia del atraso en que el Derecho penal á la sazón se encontraba». Cfr. CADALSO F., *Estudios penitenciarios...*, op. cit., p. 178, nota.

reflejaba su carácter inequívocamente castrense, manteniendo el funcionamiento y la disciplina, ante todo militar, del emplazamiento presidial. Como ejemplo antecedente, que sirva de muestra (12) acerca de tal estricta disciplina y de su normalizado modo de aplicación, ya la Real Orden de 19 de septiembre de 1784 había dispuesto, sobre castigos en el arsenal, «que a los individuos de maestranza y todos los que incurrieren en la pena de azotes sobre un cañón, se les darán por dos presidiarios, que diariamente alternarán de guardia a la puerta del arsenal al efecto, sin que esto fuera denigrativo á ellos ni á los castigados».

De las infracciones regimentales contempladas por la norma de 1804, cabe resaltar, entre las más graves, habida cuenta del entorno militar que regía, las relativas a los supuestos de desertión o fuga y, en menor medida, aquellas que supusieran violentar la prisión o intentarlo, alborotar, insubordinarse «u otros defectos», o el extravío de vestuario y compra de prendas (arts. 4 a 10). No obstante, el dato del carácter preventivo (13) del artículo 1 del título VII, «De las penas» (14), dignifica, en parte, una severa reglamentación que comienza a mostrar atisbos de una tendencia hacia el carácter administrativo de las infracciones (15), así como en lo referido a las san-

(12) Vid. SALILLAS, R., *Evolución penitenciaria...*, II, *op. cit.*, pp. 165 y ss.

(13) Contenido preventivo que ha sido resaltado, entre otros, con acierto, por TÉLLEZ AGUILERA, A., *Seguridad y disciplina penitenciaria. Un estudio jurídico*, Madrid, 1998, p. 173, y que encontraría muy similar formulación en las dos siguientes normativas de relevancia del siglo XIX. Así, la expresión del artículo 1.º del título VII de la Ordenanza de 1804 resaltaba el hecho de «precaver los delitos antes de la necesidad de recurrir al castigo [...]». En la misma línea, vid., la Ordenanza de 1807 que, en su artículo 1.º del título 16 referido a la «Disciplina de los presidios», dispone: «El principal y más notable objeto de toda disciplina es precaver los delitos; así el castigo de ellos se dirige al mismo fin». Todavía la Ordenanza General de Presidios de 1834, aunque ya como un precepto residual y no como argumento inicial, prescribe en su artículo 338, referido a la facultad del Consejo de disciplina para acordar los castigos, que no habría de perderse de vista «que el principal objeto de toda disciplina es precaver delitos».

(14) El artículo 1.º citado, que resalta asimismo por la carga de responsabilidad que localiza en los empleados de la institución, plantea la aplicación de un principio de intervención mínima disciplinaria cuando establecía: «Todo Jefe pondrá una constante particular atención para con oportunidad precaver los delitos antes de la necesidad de recurrir al castigo en que gime la humanidad, y padece el mejor servicio las más de las veces por defecto de vigilancia de los encargados del buen orden; así cada uno en el recinto de sus facultades providenciará al efecto o representará al jefe inmediato lo que crea conveniente».

(15) Sentido administrativo que parece surgir, aun en similar terminología («delitos»), para toda infracción, dimanándose de la previsión normativa que acepta un mayor contenido formal en los delitos *strictu sensu* cuando prescribe el propio

ciones y procedimientos que aplica para la resolución de las contingencias disciplinarias. En este sentido, aun tardía, novedosa y loable en el ámbito penitenciario se advierte la proscripción del tormento, como instrumento hasta entonces de continuo en uso, en los procedimientos sumariales de investigación de infracciones, así como la notable motivación ordenancista que acompañaba la norma, prohibiendo expresamente, el artículo 3, «que para cualquier averiguación o cualquier motivo se use de tormentos, sea bajo este nombre u otro como apremios, etc., cuyo inhumano y durísimo recurso es sólo inventado para omitir el trabajo de prudentes diligencias a pesar del conocimiento de que con aquellos estímulos nunca puede deducirse la verdad». Al margen de esa atenuación procedimental, entre las sanciones aplicables, la pena de azotes seguiría exhibiéndose como la protagonista de una férrea disciplina procedente de la marina de guerra (16). Asimismo, ejemplificativo de tal severidad, o en palabras de García Valdés «auténticamente bárbaro, y tal vez me quedo corto con este calificativo» (17), era el establecimiento y consecuente castigo, en el artículo 4 de la Ordenanza, de los denominados «atentados contra la Divinidad de la Sagrada Hostia» y análogos sacrilegios, quedando en tales supuestos la caridad cristiana reservada para facilitar la posibilidad de confesión del presidiario en los casos de que pudiera expirar por la dureza de la sanción prevista citada (doscientos azotes en el cañón de corrección), sin perjuicio de la posterior entrega del mismo a la Inquisición y de la consecuente recarga de pena impuesta ulteriormente por el Comandante, que «hará cumplir de nuevo el tiempo de su condena, destinado en todo él a primera clase (título IV, art. 5.º)». Tal discrecionalidad administrativa, como reflejo normativo de una continuidad histórica, se aprecia igualmente añadida a la regresión prevista en el artículo 5.º del mismo título VII, que prescribía, para los supuestos de fuga, sanción de cincuenta azotes y la recarga «de una tercera parte del tiempo que le resta, con destino a la primera clase de peonaje». Recarga como medida punitiva añadida, configurando una constante acumulativa; la medida vislumbrada en numerosos preceptos decimonónicos, que resolvían con severidad acerca de los supuestos de desertión o fuga, signo inequívoco de su indeseada repercusión

artículo 3: «Los delitos que por su entidad pidan actuación judicial por escrito, se sustanciarán y juzgarán del mismo modo y forma establecida para los que cometen la marinería en mis reales bajeles...».

(16) Vid. SALILLAS, R., *Evolución penitenciaria...*, II, *op. cit.*, p. 165.

(17) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., *Derecho penitenciario militar...*, *op. cit.*, p. 784.

en una institución de clara raigambre castrense, en épocas de continuados conflictos armados (18).

1.1 LAS RECARGAS GUBERNATIVAS DE CONDENA

Por ello, un paso progresivo, de reforma de esta medida, no iba a llegar hasta el año de 1807, con la primera proscripción y crítica ordenancista, peninsular, hacia tales acostumbrados y desproporcionados «tiempos de recarga» (19) o recargos de condena, que todavía se man-

(18) El daño que habría de producir la deserción en la institución, y en la sociedad, se advertía en los términos utilizados en preceptos como el número 87 del Reglamento del presidio militar de Cádiz de 1805, que preceptuaba la recomendación de «presidarios que denuncien o contribuyan con sus noticias a la aprensión de los infinitos desertores de presidio, que son la causa general de los desastres y horrores que se cometen contra la seguridad pública». Del igual modo, se refería a la necesidad de la «destrucción de estos monstruos, que están en guerra abierta con la sociedad». Vid., más ampliamente, al respecto, SALILLAS, R., *Evolución penitenciaria...*, II, *op. cit.*, p. 493; o similares consideraciones como las de la Circular de la Dirección General de Presidios, de 6 de febrero de 1844, que atendía a la adopción de «medidas represivas de un mal, á todas luces de los mas graves, por lo que afecta á la tranquilidad social y á la seguridad de las personas pacíficas, y por lo que neutraliza los saludables efectos de la vindicta pública». En este sentido, en expresivas palabras de Pacheco, comentando el Código de 1848, al respecto de la agravación que encuentra en la penalidad para el supuesto de la primera regla del artículo 124, referida al sentenciado a cadena perpetua que quebrantara su condena, «la fuga aparece aquí un delito tan grande, que solo le falta un grado, un átomo íbamos á decir, para merecer la pena capital». Cfr. PACHECO, J.F., *El Código penal concordado y comentado*. 2.ª ed. tomo I, Madrid, 1856, p. 506 (Hay moderna edición, por Téllez Aguilera, con estudio preliminar y anotaciones, Madrid, 2000, p. 483).

(19) Si bien la pena de azotes, como recordara Salillas, se venía aplicando con asiduidad, añadida la consideración de pena infamante, la misma prevista para los desertores va a cambiar definitivamente su concepto a partir de la Real Orden de 31 de octubre de 1795 en virtud de la cual los recargos penales no podían imponerse a los forzados sin el requisito de formarles proceso; y de una posterior consulta a Godoy de 8 de septiembre de 1801, que resolvía el Príncipe de la Paz a 16 de octubre del mismo año, aceptando la posibilidad de permutar la pena citada por la de «arresto que aquel jefe gradúe equivalente al castigo que pudieran sufrir». Vid., al respecto, SALILLAS, R., *Evolución penitenciaria...*, II, *op. cit.*, pp. 166 y 167. La reforma que se impulsaba humanizaba la posibilidad sancionadora, aun desvirtuada hasta mediados del siglo XIX. En esa dirección, el antecedente normativo que supone la Ordenanza de 1804 respecto de las medidas gubernativas de recarga de condena, sustitutivas de las reformadas penas de azotes, tendrá su reflejo en la inmediata norma de relevancia de 1805, el Reglamento del modélico presidio militar de Cádiz, que también preveía en el precepto 94 la misma regresión y consecuente recarga cuando establecía que «los desertores que se aprendiesen sufrirán ochenta azotes y principiarán a extinguir su tiempo nuevamente». El límite de tal sanción, genérico para los supuestos de infracciones, se prescribía en tres años de recarga (precepto 92), máximo que, además de cien azotes, asimismo, se imponía para aquellos que «dejasen de presentarse y manifestar su iden-

tuvieron en uso por un tiempo, vigente la Ordenanza General de Presidios de 1834. La reglamentación de 1804 pareciera solamente cons-

tividad» (precepto 95). No obstante, la concepción peninsular parece adoptar una evolución pragmática, utilitaria y correccional. El proyecto de Abadía, fechado el 26 de agosto de 1806, y presentado junto al de Haro, en la intención de constituir el inmediato Reglamento de 1807, incluía entre sus prescripciones la número 86, que impedía la retención de la licencia de ningún presidiario. Debía así cesar toda retención aunque durante su confinación no hubiere dado lugar a corrección o modificación de ninguna clase. En este sentido, se recomendaba la conveniencia de que el tiempo de condena no pudiera exceder de diez años, admitiendo incluso la posibilidad de solicitar alguna gracia para los que se hallaran sujetos a tales condenas, al cumplir ocho años sin haber cometido el menor exceso. Vid., al respecto, SALILLAS, R., *últ. op. cit.*, pp. 494 y 495. El Reglamento General de Presidios Peninsulares de 1807 advertiría, asimismo, en el artículo 30 de su título 16, lo inadecuado de aquella medida y se transfiguraba la usual sanción de recarga temporal por una suerte de cláusula de retención sobrevenida, de indeterminación al fin, que se aplicaba al presidiario sancionado. Así, establecía: «Jamás se harán recargos de tiempo, porque son alicientes a la desertión y no corrigen, ni sirven de ejemplo; pero como no conviene poner en libertad a los ladrones de profesion [...], ni otros semejantes criminales, se considerarán todos estos como condenados con la nota de retención». Ello se preceptuaba especialmente para los reos de desertión asignados de este modo a la clase primera, propia de los sentenciados con aquella nota (arts. 16 y 23 del título 16). En similar sentido, modalidad de esta retención impropia, amparada en el principio correccional que inspiraba el régimen de los corrigendos sería, en fin, la prevista en el artículo 20 del título 21, que prescribía: «Los Corrigendos que por ineptitud, desidia, o por no haberse corregido, no se considerasen dignos de obtener la libertad, porque abusarían de ella, se aplicarán a las armas». No obstante, la positiva resonancia de la Ordenanza de 1807, delimitadora de la medida disciplinaria de la recarga, no se amplía en la Ordenanza General de 1834, que mantiene el carácter militar de esta práctica normativizada en los artículos 325 a 328, siempre para los supuestos de desertión, así como en el artículo 342, en lo relativo al procedimiento de constancia administrativa. La desproporción de la medida en cuestión se advierte en la cuantía de la recarga que podía incluso alcanzar los cuatro años «si fuese desertor de segunda de los destinados á Ultramar» (art. 327). La actualización del sistema se haría por medio de la Circular de la Dirección General de Presidios de 4 de octubre de 1836, que establecía, asimismo, «las reglas sobre aplicación de recargas á desertores, y declarando que la Ordenanza se entienda publicada y en observancia desde el día 1.º de febrero anterior». Y la excepción en su aplicación llegaba, poco más tarde, con la Real Orden de 22 de marzo de 1838, que excluía, para aquellos presidiarios recogidos por la facción (Carlista) y después fugados de la misma, presentándose a la Justicia, la imposición de la pena prevista en el artículo 326. Del mismo tenor, será la Circular de la Dirección General de Presidios de 8 de octubre de 1841, que elimina la posibilidad de recargar la condena, por el delito de desertión, a los fugados de la facción que se hallaren comprendidos en el convenio de Vergara. No obstante, ante la diversidad en la aplicación práctica, la unificación de criterios en la imposición de recargas habría de llegar mediante la Circular de Diego Martínez de la Rosa de 22 de abril de 1845, que frente a la aludida inexistencia de uniformidad en la pena que se imponía en los diferentes presidios a los desertores de tercera, cuarta o más veces, establecía: «que á todos los confinados que en adelante cometieren ó hubieren cometido mas de dos desertiones, se les recarguen por cada una de ellas los mis-

tatar un sistema y articularlo hasta su cercano ocaso. La breve distancia en años hasta la citada norma crítica de 1807, que ampara la trans-

mos años que por la segunda impone la Ordenanza á las diferentes clases en sus artículos 326 y 327, y por lo tanto hará V.S. que á todos aquellos á quienes se les hubiere impuesto mayor pena, se les rebaje el número de años en que excediere á lo que queda preceptuado, recargando por el contrario como corresponde, á aquellos á quienes por sus diferentes deserciones no se les hubiere hecho el aumento necesario». La necesidad de un criterio legal de equiparación en las posibles recargas impuestas arbitrariamente, también se recoge en la Circular de 7 de Setiembre de 1846 que viene a establecer: «Enterada S.M., y conociendo que aunque la definitiva resolución de este asunto debe ser objeto de una ley, ni puede dejarse sin algún castigo la reincidencia en la desercion, ni quedar al arbitrio de empleados subalternos, como son los Jefes de presidios, el tanto de pena que hayan de sufrir los delinquentes; ha tenido á bien declarar que mientras no se publique la ley indicada, se recargue á los confinados cada vez que deserten de presidios despues de la segunda, los dos años ó cuatro que para los de ésta fija la Ordenanza en los artículos 326 y 327, segun la clase de establecimiento á que pertenezcan, siguiendo tambien para ellos lo que para los de segunda establece el artículo 328, con respecto á la redencion de la mitad del tiempo de recarga, si se presentasen voluntariamente». La inevitabilidad de la medida sólo se mitigaba mediante medidas graciales, y así se advierte en la Real Orden de 23 de abril de 1847, «mandando que los confinados que por haber desertado ó por otra causa se hallan sirviendo en el ejército, vuelvan a los presidios», [...], «aplicándoles, segun sus circunstancias, el artículo 326 de la Ordenanza general del ramo, pudiendo, sin embargo, proponerlos V.E. á S.M. para las gracias a que con arreglo á la misma Ordenanza y á la Real órden de 26 de octubre de 1841, los hayan hecho acreedores sus servicios particulares». Disposición reiterada por otra de 18 de enero de 1849, que mandaba a los confinados desertores volver a los presidios «para cumplir el tiempo que les falte de sus condenas, y que no se les cuente el que emplearon en el servicio de las armas». La limitación a la potestad administrativa de establecer recargos de condena llegaría, por fin, con el Código penal de 1848 y con las Reales Órdenes que se amparan en el contenido del mismo. Otra manifestación de la progresiva restricción a la variada discrecionalidad administrativa se advertía en la Real Orden de Gobernación, de 30 de octubre de 1848, «mandando que no se admita en los presidios á confinados por providencia gubernativa, y que solo se ponga en libertad á los presidiarios, por cumplidos o indultados», reiterada por otras del mismo rango de 30 de junio de 1849 y 31 de octubre de 1849. En esta específica materia, se vendrían a prohibir los recargos gubernativos por Real Orden de 5 de octubre de 1850, de Gobernación, que adecuándose al Código punitivo prescribe: «con arreglo al expresado Código y resoluciones posteriores son nulos los recargos de tiempo impuestos gubernativamente á los presidiarios, y que siempre que éstos cometan falta que haga necesaria la formacion de una sumaria, se remita al Tribunal correspondiente para los efectos que hubiere lugar; á cuya resolucion se ajustará el Comandante del presidio en el caso presente y los demas que ocurran en lo sucesivo». No obstante, por otra Real Orden del mismo día, se declaraba que «las recargas impuestas gubernativamente á los confinados, por notas de desercion con anterioridad a la publicacion del Código penal, son válidas y les exceptúan de la gracia del indulto de 19 de julio anterior». En un sentido extensivo se terminaba dictando la Real Orden de Gobernación de 17 de febrero de 1851, «declarando que por lo dispuesto en el Código penal se deroga la Ordenanza general de presidios en cuanto se refiere á recargas por fuga de confinados». De menor interés, como nota quizá reminiscente de una

formación en medidas de mayor contenido individualizador, refleja el carácter continuista, asegurador, de estructura castrense aun con otros tintes correccionales, de la normativa de arsenales, pero no el estudio reformador que sí se percibía a este respecto en la ordenanza peninsular. La necesidad pareció alentar, y justificó, la instrumentación de aquella gubernativa medida, pero no eliminó la exigencia de un imprescindible principio de legalidad reconocido en el Ordenamiento Jurídico, aun soslayado desde la constancia normativa, administrativa, militar. Será en esta ocasión, y en esta específica materia, la autoridad del Código penal de 19 de marzo de 1848, plasmada en su título quinto, capítulos primero y segundo, intitulados «De las penas en que incurren los que quebrantan las sentencias» y «De las penas en que incurren los que durante una sentencia delinquen de nuevo» (arts. 124 y 125), la que vendría a paliar, con la asunción legal (20) y judicial, tan extensiva facultad administrativa, tan al uso para los frecuentes supuestos de deserción y fuga (21). Subyace a todo ello la raíz de una

inercia legislativa lejana, de una redacción deudora de contenidos pasados, todavía en el artículo 100 del Real Decreto de 5 de mayo de 1913, se estableció para el Subjefe del Establecimiento, la obligación 3.^a de «practicar las liquidaciones a que dieren lugar los recargos ó rebajas de condena...». El único sentido posible para la interpretación de tal precepto, sería el que subsume, de manera impropia, el término «recargos» en la posibilidad novena del artículo 253, de retroceso en los periodos, pues como se advierte en el citado y siguientes del mismo cuerpo normativo, relativos al régimen disciplinario, no aparece entre las sanciones ninguna que suponga una recarga de condena de conformidad con la antigua nomenclatura. La única terminología similar prevista, aun externa a este concepto, surge del artículo 260, relativo a las correcciones disciplinarias para detenidos y presos, consistiendo el número 2.^o en el «recargo en la ejecución de los servicios mecánicos del establecimiento». Y no pareciera una solución adecuada.

(20) A este respecto, Burillo Albacete se ha referido a la «sustitución del marasmo legislativo hasta ese momento vigente» y cómo supuso «la posibilidad de hacer efectivo el principio de legalidad». Cfr. BURILLO ALBACETE, F.J., *El nacimiento de la pena privativa de libertad*. Madrid, 1999, p. 126.

(21) Una visión horizontal de la incidencia disciplinaria, en orden a la gravedad de las sanciones impuestas, la aportarían los datos relativos al número de fugas o deserciones y la aplicación de sanciones correlativas a estos asiduos supuestos. Tales datos sirvieron a Salillas para tratar, en su obra emblemática, la incidencia estadística de las fugas y su sentido carcelario y presidial. En esta dirección expresaba: «Por cada fuga que se verifica en el presidio, pueden contarse, por lo menos, dos ó tres en la cárcel», o definir al sujeto activo: «El *desertor* constituye un tipo especial de las prisiones, ordinariamente aleeccionado en las cárceles y versado en los demás pormenores de la intriga: la fuga constituye una industria verdaderamente carcelaria. En toda evasión, ó tentativa, de varios individuos, debe buscarse ese tipo especial, autor en este caso de los delitos de proposición y conspiración, siendo elementos pasivos los que se dejan convencer y seducir». Cfr. SALILLAS, R., *La vida penal...*, *op. cit.*, pp. 211 y 212, respectivamente. De igual modo, en lo relativo a la información de la Guardia Civil que aporta de la captura de desertores de presidio, desde el año 1844

creciente y duradera pugna por una competencia disciplinaria hasta entonces de amplio contenido gubernamental. A este respecto, valga por autorizada, como ninguna, la opinión de Joaquín Francisco Pacheco, crítico con la punición excesiva en supuestos de quebrantamiento de sentencias (22), quien además de plantear objeciones al artículo 124 (23), hacía mención a la tácita derogación que el mismo precepto presentaba, «en el fondo», de los de la Ordenanza de presidios (24), echando en falta mayor determinación en derogar también la forma en la ejecución. Dos años más iba a tardar en llegar la respuesta ministerial y, con ella, la definitiva censura de la consabida y excesiva práctica gubernativa (25).

a 1882, se advierte el mayor número de fugas entre las provincias del sur de la península. Vid. SALILLAS, R., *últ. op. cit.*, p. 214.

(22) El autor citado encontraba cierta justificación en tales inclinaciones de los presidiarios. Así argumentaba: «no cabe penalidad donde no hay moralmente delito: no hay delito donde se ha obrado con derecho, ó por lo menos en virtud de un estímulo irresistible, de un estímulo natural al hombre, y que las leyes deben respetar». O en otro apartado: «Sólo en los casos de las reglas 9.^a y 10.^a entendemos que hay verdaderos delitos; y en ellos, sin duda alguna, seguiríamos nuevas causas. En los restantes, nuestra opinion permanece siempre adversa al enjuiciamiento y a la penalidad: en algunos casos no vemos razones sino para una sustitucion de castigo, que podría decretarse desde la sentencia en que se impone el primero; en otros, decimos por última vez que no es culpa de los delincuentes si el instinto de la libertad los arrastra». Cfr. PACHECO, J. F., *El Código penal...*, *op. cit.*, pp. 503 y 517, respectivamente (también, en edición de Téllez Aguilera, *op. cit.*, pp. 492 y 493). Esta línea argumental se seguiría en el siglo XIX, en similares términos, por el comentarista del posterior Código de 1870, Alejandro Groizard y Gómez de la Serna, quien hiciera referencia al «espontáneo y natural sentimiento que á todo hombre impele á sacudir el yugo de la fuerza y huir de sus prisiones». Cfr. GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, tomo II, Burgos, 1872, p. 569.

(23) El gran comentarista entendió que su «más grave dificultad [...], es la que recae sobre los medios, sobre los trámites, sobre la autoridad que ha de imponer, y con que se han de imponer esas nuevas penas». Cfr. PACHECO, J. F., *El Código penal...*, *op. cit.*, pp. 516 y 517.

(24) En sus palabras se plantea la citada discusión: «Nuestra última ordenanza ó reglamento de presidios había hecho objeto de disposiciones administrativas los recargos ú otras medidas á que hubiese lugar, por la fuga de los condenados; y si esta disposición está derogada en el fondo por el artículo 124 á que nos referimos, el cual establece las penas determinadas que acabamos de ver, no es tan claro ni tan terminante que esté derogada en la forma, es decir, en que sean los gefes de los establecimientos quienes de un modo gubernativo resuelvan semejantes cuestiones. Expresamente, nada se ha dicho aún, que sepamos, contra tal práctica». Cfr. PACHECO, J. F., *El Código penal...*, *op. cit.*, p. 517 (también, en Ed. Téllez Aguilera, *op. cit.*, p. 492).

(25) El dato que aportara Pacheco (vid., *supra*, nota anterior) de no conocer ninguna resolución al respecto de esta nueva dirección de mayor contenido jurisdiccional, pudiera responder a una no actualización para la segunda edición de 1856, en esta específica materia, de la primera de su obra, fechada en 1848, por cuanto, como

2. El Reglamento de presidios peninsulares de 1807

La norma peninsular, tan cercana en el tiempo a la de los arsenales, y asimismo de tan breve vigencia, por cuanto se diluye en el ambiente bélico del momento, mantiene un sistema disciplinario también de raigambre militar, amparado en criterios de prevención general y de seguridad o certeza en la aplicación del castigo, en los cuarenta artículos que regulan esta materia, y que Cadalso dividió en su aproximación en «preventivos, penales y disciplinarios» (26). El precedente inmediato se advierte en el Proyecto de 19 de agosto de 1806 de Francisco Xavier Abadía, «fundador del ejemplar presidio de Cádiz» (27), desarrollando el modelo gaditano, en términos de Rafael Salillas, «dos clases de delitos: comunes y antirreglamentarios» (28), con sus penas aplicables, que en virtud del precepto 92, nunca habrían de exceder de 80 azotes y tres años de recarga, máximos previstos en el artículo 94 para los desertores (29).

Adentrándonos ya en los caracteres de la norma peninsular, si bien algunos autores se han referido a una regulación de «disciplina severa e inexorable» (30), otros, como Salillas, han situado el momento y matizado esa percepción, expresando el entendimiento de tal motivación castrense, así como el contenido preventivo de la norma al afir-

se recoge *supra*, las Reales Ordenes de 5 de octubre de 1850 y 17 de febrero de 1851, marcaban una dirección en esta cuestión disciplinaria. Al respecto de la nueva dirección apuntada, como ha destacado Téllez Aguilera, fue precisamente Francisco Pacheco quien se mostraría adalid de un sistema de mayor contenido judicialista. Vid. TÉLLEZ AGUILERA, A., *El procedimiento contencioso-administrativo abreviado (Estudio dogmático y jurisprudencial, legislación y formularios)*, Madrid, 2000, p. 18.

(26) Cfr. CADALSO, F., *Instituciones penitenciarias...*, *op. cit.*, p. 342. Clasificación reiterada por HERRERO HERRERO, C., *España penal y penitenciaria (Historia y actualidad)*, Madrid, 1985, p. 193.

(27) Así lo afirmaba el propio Capitán General de Andalucía, Tomás Morla, en carta enviada a Godoy el 22 de septiembre de 1807 y, a la sazón, recogida por Rafael Salillas. Cfr. SALILLAS, R., *Evolución penitenciaria...*, II, *op. cit.*, p. 460.

(28) Cfr. SALILLAS, R., *últ. op. cit.*, p. 492.

(29) No obstante, los supuestos de deserción conllevaban un importante añadido temporal en el cumplimiento pues, como recoge Salillas, el artículo 94, citado en texto, establecía al completo: «Los presidiarios que se embriaguen, que cometieren alguna ratería, de poca consideracion, los que vendieren su pan ó prendas de vestuario, y á los que en las requisas se les encontrase alguna lima u otra herramienta, sufrirán sesenta azotes, y los desertores que se aprendiesen sufrirán ochenta azotes y principiarán a extinguir su tiempo nuevamente, dando parte enseguida al director general, pues de retardarse estos castigos, aguardando su aprobación, sufrirá la disciplina». Vid. SALILLAS, R., *Evolución penitenciaria...*, II, *op. cit.*, pp. 492 y 493.

(30) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., *Derecho penitenciario militar...*, *op. cit.*, p. 790.

mar: «Se podría creer que el régimen disciplinario del reglamento de 1807 implicaba crueldad en la corrección de los delincuentes, y de que no fué así es indicante, en primer término, el precepto fundamental (título 16, art. 1.º) de que «el principal y más notable objeto de toda disciplina es precaver los delitos», y después el hecho notorio de que ese régimen corrector era el preferentemente usado en la disciplina militar» (31).

En todo caso, este amplio despliegue normativo incluye, en su parte primera, artículos referidos a las obligaciones de los «Jefes de los presidios», así como de los demás subalternos en materia disciplinaria o de la responsabilidad de los mismos al respecto y, diseminados entre otros de mayor carácter regimental, valiosos preceptos expositivos de tal motivación disciplinaria. Es, así, propia de esta sistemática, la reiteración de los fines de la norma reglamentaria en numerosos preceptos. Si en el número 1.º del título 16 relativo a la «Disciplina de los presidios», se establecía: «El principal y más notable objeto de toda disciplina es precaver los delitos; así el castigo de ellos se dirige al mismo fin»; en el número 8.º, se complementaba el fin disuasorio con el principio retributivo y de igualdad en la aplicación, que encontraba en la certeza del castigo el fundamento del mismo (32). Así, disponía: «El grande y eficaz arbitrio que existe para cortar los crímenes es la certeza de sufrir la pena, ó castigo que merecen: la esperanza de la impunidad sea por una humanidad mal entendida de los Jueces ó de los testigos: sea por el favor y amparo que se cree tener en personas de valimiento, que indiscretamente se empeñan con la Justicia: sea por otros medios de corrupcion y prevaricacion, es la que fomenta los vicios, acumula los crímenes, relaja la disciplina, y al fin obliga a ejecutar mucho mayor numero de castigos, que por lo comun recaen en quienes solo por el ejemplo de ver impunes los malvados, se resuelven a imitarlos. Además es no solo injusto, y aun iniquo, sino de un extremo mal ejemplo, e incitativo a quejas sediciosas, ver que por un mismo delito se castiga á unos con rigor, y de ninguna manera á otros».

Destaca, asimismo, ya desde el inicio, por su inesperada ubicación, la presencia, en el número 2 del mismo título, de un precepto relativo al fundamento, funciones y organización del trabajo peniten-

(31) Cfr. SALILLAS, R., *Evolución penitenciaria...*, II, *op. cit.*, p. 512.

(32) La irremisibilidad de las sanciones se exponía, asimismo, en el artículo 39 del mismo título 16, afirmando que «toda la consideracion que se podrá tener será la de disminuir la dureza del castigo con relacion á lo dévil de la salud, ó conducta anterior del delincuente, o su debilidad en los trabajos».

ciario presidial. El fin específico predicado sería el de evitar la ociosidad, germen de posibles «crímenes» durante el cumplimiento de la pena. De ese modo, se presentaba la actividad laboral como un útil remedio, cuando se prescribe: «Como la ociosidad singularmente en hombres yá viciados es el manantial de los crímenes, y desarreglados, será una principal atencion de los Comandantes de los Presidios desterrarla absolutamente de ellos [...]». Y por otro lado, sería significativo del interés institucional, como ha resaltado Herrero, que el Reglamento de 1807 potenciara, «para mantener mejor la disciplina y hallar cooperadores para este fin», además de la institución de los cabos de vara y cuartereros, el humanitarista y útil mecanismo regimental de la rebaja de condena (33), o como recordara Salillas, en su amplio estudio de esta reglamentación, acerca de la previsión legislativa de las causas de indisciplina (34), el texto del artículo 1 del título 19 de la norma que, en contra de los penados rebajados vino a prescribir: «El principal motivo de los desórdenes, y escandalosos lucros que hasta ahora se han notado en los Presidios, ha sido tal vez la abusiva costumbre de permitir a los desterrados que se ocupen en el servicio de particulares; y también que ejerzan sus oficios por si ó en Casas y tiendas de maestros. Por este interés sordido que resultava a los empleados de estos permisos, era causa de que perdiesen de vista la disciplina, seguridad y todo regimen respecto de los desterrados»; o, a mayor abundamiento, lo relativo a la influencia en la disciplina de los Presidios de los Capellanes, regulados en el título 11, de la que diera noticia el mismo autor citado (35). En todo caso, las conductas de menor entidad constitutivas de infracción se enumeraban principalmente en los artículos 3 a 7, incluyéndose, en los mismos, justificaciones del proceder disciplinario y de sus límites (36).

(33) Cfr. HERRERO HERRERO, C., *últ. op. y loc. cit.* Acerca de la evolución de las figuras de los cabos de vara y de la institución de la rebaja de penas, vid., *in extenso*, SANZ DELGADO, E., *El humanitarismo penitenciario...*, *op. cit.*, pp. 211 y ss., y 225 y ss.

(34) Vid. SALILLAS, R., *Evolución penitenciaria...*, II, *op. cit.*, p. 514.

(35) En palabras de Salillas, «fijan, también, el concepto disciplinario ciertas preceptivas concernientes a los capellanes (título 11)». En este sentido, reproducía el maestro los primeros cuatro artículos del citado título. Cfr. SALILLAS, R., *Evolución penitenciaria...*, II, *op. cit.*, pp. 507 y 508. Caracteres disciplinarios que se advierten especialmente, por su dureza a semejanza de la Ordenanza de Arsenales de 1804, en la previsión del artículo 9.º del título 11, relativo a los Capellanes de los Presidios, que prescribía la competencia de los Capataces para «dar parte de si algún Presidiario se mofase, burlase de algún acto religioso, ó hiciese alguna accion, o gesto de desprecio, para que sea castigado con cincuenta palos».

(36) El número 3 establecía las obligaciones de los empleados, incluyéndose el castigo de «los autores de conversaciones dirigidas a promover disgustos, quejas,

Permanece, empero, a salvo las *supra* citadas consideraciones de Salillas, en el articulado de este extenso apartado, una impasible dureza que sigue admitiendo el empleo generalizado de castigos corporales, infligidos a palos, e incluso la instrumentalización de determinados presidiarios, denominados «prevostes» (art. 10) (37), para el ejercicio de tal potestad, usando del látigo a cambio de una remuneración (38). No obstante, en contraste, se reconocía y limitaba la mecánica desproporcionada en la competencia del castigo que pudieran ejercer los cabos de vara (art. 6); se admitía la posibilidad de conmutación de determinadas sentencias de especial dureza (art. 13), e incluso se sustanciaba un procedimiento sancionador y de relativa defensa del imputado en el artículo 34, que disponía: «Los expresados castigos no se impondrán si no median sumarias hechas por uno de los Ayudantes que prueben el delito y declaración del reo, al que se le leerán los cargos, para que pueda denunciarlos si no fuesen ciertos; concluida la sumaria se pasará al auditor ó asesor, para que opine si

determinaciones violentas, contrarias al buen orden, y denigrativas de los superiores, ó escandalosas. Igualmente vigilarán á que no medie ningún interés en los juegos que se les tolere, para que no sean orígenes de pendencias ni de robos». El número 4 disponía: «Así mismo atenderán á cortar las disputas, rencillas, diserciones y demás antecedentes por donde se llegue á las manos y se engendran odios, y animosidades. Por lo tanto quando dos Presidiarios de una Brigada hayan reñido, además de castigar al culpable se les pasará á otra Brigada». El 5.º número establece: «Con el mismo fin de evitar los desordenes, se castigará con más o menos rigor según su reincidencia, ó costumbre á los desvergonzados, insolentes provocativos». El 6.º matiza unas competencias y limita los criterios preventivo-generales, optando por otros correctores cuando prescribe: «Además convendrá desarraigar de entre los confinados las habiudes que tienen los de su especie de jurar, maldecir, y no expresarse sino con palabras torpes. Pero estas faltas no las castigarán por sí con el palo los Cabos de vara, porque es necesaria mucha prudencia para apreciarlos y correjirlas: de lo contrario solo se introduce un terror que exaspera los ánimos». En fin, el 7.º, de carácter preventivo, respecto de la competencia de los Gefes de los Presidios, establece: «El privar a los Confinados de los medios de incurrir en nuevos crímenes, deve ser otro cargo de los Gefes de los Presidios; y los medios, son las armas, los hierros que puedan reemplazarlas, ó servir de limas, ganguas, ó palancas, el dinero y el trato, ó correspondencia con gentes desconocidas, ó de mala reputacion».

(37) Por todos, García Valdés resaltó asimismo la figura de tales prebostes como elemento disciplinario orgánico ejecutores de los severos castigos corporales. Vid. GARCÍA VALDÉS, C., *Derecho penitenciario militar...*, op. cit., p. 790.

(38) El número 10 citado establecía: «Pero como no hay disciplina ni ejemplo que vasten para evitar los crímenes en un agregado de personas como las que componen los Presidios, se tendrá en cada uno de estos dos Prevostes de los mismos Presidiarios con la ventaja de tres Escudos al mes para que con chicotes ejecuten a presencia de todos antes de comer los ranchos de medio día los castigados que impondrán los artículos siguientes».

está ó nó probado el delito. No estando lo se disminuirá el castigo segun opine el Asesor, y apruebe el Comandante del Presidio, que podrá representar al Capitan General en caso de duda» (39). La responsabilidad directa e inmediata de la ejecución de los castigos pertenecía, según esta normativa, a los cabos de vara, capataces y ayudantes. El límite de castigar con dos palos a los desterrados previsto para los cabos (art. 35), se ampliaba a ocho para los capataces (art. 36), dejándose a los ayudantes el castigo de las faltas más graves, que podrían suponer hasta quince palos (art. 37) (40). En último término, se vendría a establecer la posibilidad para el Comandante de castigar hasta con treinta palos «los excesos de mayor consideracion» (art. 38).

El reiterado carácter militar en la aplicación de tal disciplina sigue así prevalente, en una reglamentación que deja a la competencia castrense, y a su más formalizado sistema, las conductas más graves llegando incluso a atribuirse facultades de la jurisdicción civil en determinados casos. Así, en el número 11 se establecía que, para los incursores en un delito capital, o incluso consistente el supuesto en herir a otro de modo grave (art. 20), había de sustanciarse un proceso militar, admitiendo la posibilidad de nombrar el reo su defensa, y dándose necesario parte al Gefe Militar, «que mandará formar un Consejo de Guerra ordinario para juzgar al reo, segun las leyes militares», dejándose la ejecución del castigo, cuando fuese de muerte, a la justicia ordinaria (art. 12). El artículo 15 denotaba, en mayor medida, esa autonomía castrense, al establecer la competencia del presidio en aquellos supuestos de desertión en los que el reo hubiere cometido delitos durante su fuga, poniéndole a disposición de la justicia ordinaria cuando se tratase de delitos capitales y no entregándole a ésta cuando se tratase de otras infracciones (41). La aludida

(39) Sorprende, en cualquier caso, en el citado precepto, la forma verbal «disminuirá», por cuanto el término asegura la sanción aun no habiéndose probado el delito, lo cual parece adecuarse a un principio de culpabilidad en concordancia con el de certeza del castigo que inspira tal regulación disciplinaria y que se advierte, asimismo, diáfano, en el artículo 39 que expresa: «Los Comandantes y Ayudantes de los Presidios, harán sufrir las penas impuestas irremisiblemente como queda dicho en el artículo 8.º toda la consideracion que se podrá tener será la de disminuir la dureza del castigo con relación a lo devil de la salud, ó conducta anterior del delincuente, ó su utilidad en los trabajos».

(40) No obstante, el artículo 8.º del título 10 referido a las obligaciones de los Ayudantes, establecía que las faltas y delitos de poca entidad «los castigaran por sí los Ayudantes y darán después noticia al Comandante».

(41) Pareciera contravenirse así lo prevenido por Reales Órdenes de 20 de octubre de 1782 y 16 de noviembre de 1786, respecto a la competencia para los delitos

supra asunción de competencias, incluso penales, se advierte, asimismo, en el número 27 de la Ordenanza, que prevé la pena de dos años de Presidio o en Casa de Corrección para el hombre o mujer, respectivamente, que comprase a los presidiarios víveres o efectos; y en el número 28, que aun prescribiendo la pena o castigo de cuarenta palos para el presidiario que en la requisa se le encontrase algún útil prohibido en el presidio, admitía la posibilidad salvadora de la delación del introductor o auxiliador, en cuyo caso recibiría éste el castigo si fuese de la clase de presidiario, incluyendo el precepto la posibilidad de castigar con dos años de presidio al mismo si no fuere presidiario. La singular punición disciplinaria de la retención, surte, una vez más, los preceptos relativos a los presidiarios desertores. A los mismos se referían los artículos 15, 16, 17, 22 y 23, disponiendo, además del castigo corporal, su clasificación en la clase de los sentenciados con aquella nota.

La novedad más relevante de esta normativa disciplinaria (que ya introduce el término «disciplina» intitulando el contenido), es su modernidad expositiva y, como ha resaltado Téllez Aguilera, que se trate de «la primera Reglamentación penitenciaria, y la única durante todo el siglo XIX, que estableció una automática correlación entre el tipo de falta y la sanción imponible» (42). Si bien las funciones del régimen disciplinario, los principios que lo informan, así como lo relativo a los responsables en la aplicación del mismo, aparecen en la primera parte del título, la enumeración de conductas constitutivas de infracción se recoge en los artículos 11 y siguientes (de carácter punitivo y procesal en la terminología de Cadalso) (43), que establecen desde un mínimo de veinte palos a un máximo de cien para tales supuestos (44). Por último, especialmente destacable es la afirmada nota evolutiva de la proscripción de los recargos de tiempo, tan cercanamente reglamentados en la Ordenanza de 1804, «porque son alicientes a la desercion y no corrigen, ni sirven de ejemplo» (art. 30),

que cometieran los presidiarios después de desertados, de los que habían de conocer los Jueces Reales ordinarios que los aprehendieren o las Justicias de los pueblos en cuyo término hubieran efectuado el crimen. Sentido reiterado después por Reales Órdenes de 8 de abril y 9 de noviembre de 1831, y que llegaría en tal formulación al artículo 341 de la Ordenanza General de 1834.

(42) Cfr. TÉLLEZ AGUILERA, A., *Seguridad y disciplina...*, *op. cit.*, p. 175.

(43) Vid. CADALSO, F., *Instituciones penitenciarias...*, *op. cit.*, p. 343.

(44) Una clasificación sintética de las infracciones y los palos previstos como castigo en la regulación de 1807, puede verse en SALILLAS, R., *Evolución penitenciaria...* II, *op. cit.*, p. 510; o, más recientemente, en TÉLLEZ AGUILERA, A., *Seguridad y disciplina...*, *op. cit.*, pp. 175 y 176.

transformando su sentido en la posibilidad de indeterminar el cumplimiento de la pena por medio de la retención, como nota característica de la primera clase de presidiarios.

De menor entidad punitiva, además del citado régimen de castigos previsto para los presidiarios, el título 21 de la norma de 1807 recogía lo relativo a la disciplina para los jóvenes corrigendos. Se encargarían de hacerla efectiva el capataz y los cabos de vara, en lugar de los prevostes (arts. 10 y 14), habiendo de sancionar las conductas contenidas principalmente en los artículos 8, 11 y 14, reprendiéndose y castigando, en virtud de los mismos, «las conversaciones, voces obscenas, torpes, y aun con mas rigor a los blasfemos, juradores y maldicientes» (art. 14); así como previéndose el castigo para aquellos «que se hallasen, sea con el pretexto que fuese, reunidos entre sí, o con presidiarios en parages, que no estén a la vista» (art. 8); o para aquellos «inaplicados y viciosos» (art. 11). En cuanto a los medios, el artículo 10 disponía que «a los corrigendos no se castigará [...] sino por sus cabos de vara con disciplina, ó correa; único castigo que deven sufrir, pues los calabozos, ayunos y cepos los separan del trabajo, y pueden hacerlos enfermar». En último extremo, medida disciplinaria superior, con evidente finalidad disuasoria, asimilada a una regresión, por cuanto supone un destino más gravoso, de equiparación a la situación de los presidiarios es, en fin, la prescrita en el número 11 para los corrigendos «inaplicados y viciosos», «a pesar de los castigos, y disciplina ordinaria», ingresando al corrigendo en una Brigada «de las de los presidiarios destinados a los trabajos para que con un ramal proporcionado, ó encollado con otro semejante sufra todo el rigor en el Presidio hasta que se enmiende».

La impronta de Francisco Xavier Abadía reflejada en la Reglamentación de 1807 y posteriormente en la Ordenanza General de 1834 alcanzaba también, y por ello es destacable en la materia disciplinaria, su propuesta o proyecto de Reglamento de 17 de abril de 1821, ofrecido tras cuatro meses de pruebas en el Presidio de Málaga (antes Depósito). En este sentido, en lo relativo a la disciplina, las faltas que pudieran cometer los penados se calificaban de graves o leves (delitos y faltas pequeñas). Como recuerda Castellanos, «para enjuiciar los primeros, venía funcionando un Juzgado especial de rematados, compuesto de un Juez, un Asesor, un Fiscal y un Escribano. Este Juzgado de la jurisdicción ordinaria costaba 50.000 reales anuales y no se distinguía por su prontitud en el juzgar. Abadía propuso su sustitución por un Tribunal Militar alegando estas razones: los confinados deben estar sometidos al fuero militar por estar organizados como el Ejército y por hallarse bajo el mando de Jefes Militares. Es decir, el

presidio es un cuartel» (45). La citada tipificación de infracciones conllevaba sanciones correlativas a la gravedad de la falta. Así, los castigos correspondían a las faltas leves, y las penas a las graves o delitos. Los primeros consistían en el cepo, el recargo de prisiones, la privación de encargos a sueltos y capataces y la pérdida de rebajas y gratificaciones. Las penas, correspondientes a las faltas graves o delitos, habían de aplicarse con arreglo al Código Penal, previa instrucción del sumario. No obstante, la tendencia penitenciaria de quebrar el *non bis in idem* surgía en la previsión de la sanción para supuestos de fuga o deserción. En estos casos, la sanción variaba en función de las circunstancias de captura o disposición del penado, incluyendo los citados recargos o la pérdida de rebajas. Así, si fuese aprehendido, se castigaba con la pérdida de tiempo y rebajas que anteriormente hubiese ganado, empezando aquel día a cumplir su condena, con cuatro meses de recargo. Si se presentase él mismo antes de un mes de cometida la fuga, no tendría ese aumento de cuatro meses, y sólo perdería las rebajas que tuviera ganadas. Si se presentase después de un mes, perdería, además, la mitad del tiempo ya cumplido. A los desertores de reincidencia les recargarían dos años a sus condenas que empezarían a contar desde el día de su aprehensión y deberían cumplir en una de las islas de Ultramar.

La separación de los presos jóvenes y su específico régimen de vida (46) nos lleva ante el sello penitenciario de otro comandante, Antonio Puig i Lucá, quedando asimismo plasmado en la Reglamentación que dispuso para la Escuela de Jóvenes Presidarios establecida en la Sección de Jóvenes del Presidio Correccional de la Ciudadela de Barcelona, fechada en 24 de junio de 1820, y en el régimen disciplinario que contenían los artículos 16 y 17 del citado Reglamento. En este sentido, el artículo 16 disponía: «Cuando alguno de los jóvenes se manifieste desaplicado lo reprenderá el maestro; si no se enmendase lo participará al señor Comandante, quien tomará la providencia conveniente». El artículo 17 prescribía las sanciones más rigurosas aplicables: «No se pegará en esta Escuela, pero sí se impondrán los castigos de cepo, calabozo, fuera un rancho, pan y agua, privación de paseo y otros que, sin denigrar al hombre, le hagan entrar en su deber en los casos de inaplicación, atraso, travesuras, desidia, poco interés

(45) Cfr. CASTELLANOS, P., «Abadía y su presidio en Málaga», en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núm. 143, noviembre-diciembre, 1959, p. 1722.

(46) Acerca de la evolución y caracteres de la vida penitenciaria de los presos jóvenes, vid., la completa e intensa obra de GARCÍA VALDÉS, C., *Los presos jóvenes* (Apuntes de la España del XIX y principios del XX). Madrid, 1991, *passim*.

propio y demás faltas que puedan concurrir». Además de lo preceptuado, surge como nota destacable en esta materia el carácter preventivo reflejado en el posterior apartado relativo a los premios y castigos donde se afirmaba: «El temor y la esperanza, el dolor y el placer, el castigo y la recompensa: tales son los resortes que nos mueven durante el abreviado tiempo de la vida. La infancia es la época menos agitada, y pudiera ser mucho más feliz si aquellos a quienes se confía supiesen o quisiesen desempeñar con eficacia las obligaciones de su cargo; para esto deberían dedicar su atención más bien a precaver las faltas que a castigarlas; antes a estimular para lo bueno, que a reprimir lo malo [...]. Los castigos, además de los ya insinuados, atendida la calidad de los discípulos consistirán en perder el puesto, en descender a otra clase inferior, en quedar solo más o menos espacio de tiempo sentado en su mismo sitio después de concluída la clase y haber salido los demás. Esto es siempre que se cometieran faltas ligeras, como presentarse desaseado, no poner atención, ser perezoso, hablador, inquieto. Pero si las faltas fuesen de mayor consideración, como mentir, blasfemar, maltratar a sus compañeros, replicar con insolencia a los pasantes, jugar dinero, robar, entonces se aplicarán proporcionalmente las mayores que al principio quedan expresadas y, además se apuntará el delincuente con falta y castigo en otro libro de cubiertas negras que tendrá el señor Comandante y se llamará *libro negro*. Este servirá de eterno testimonio de la mala conducta de los muchachos que se extravíen, y siempre que alguno de estos hiciese cualquiera especie de solicitud, se le leerán sus notas para que quede convencido y asegurado de que no merece se le atienda, interin no mejore sus costumbres» (47). Los caracteres de aquella iniciativa penitenciaria se aproximan a los que posteriormente se aprecian en la obra práctica de Montesinos, tras la promulgación de la Ordenanza General de los Presidios del Reino.

3. La Ordenanza General de Presidios de 1834

El extenso y principal cuerpo normativo penitenciario del siglo XIX asimismo incorporaba normas disciplinarias presentando específicas características (48). Como se ha afirmado *supra*, el carácter militar de

(47) Texto reglamentario recogido por Salillas. Cfr. SALILLAS, R., *Evolución penitenciaria...*, II, *op. cit.*, pp. 561 y ss.; asimismo, vid. GARCÍA VALDÉS, C., *Los presos jóvenes...*, *op. cit.*, pp. 35 y ss.

(48) La «indiscutible dureza de la parte disciplinaria, si bien disculpable si enmarcamos la situación presidial dentro del entorno penal de la época», ha sido

la Ordenanza, a salvo su dependencia de Fomento, informa una normativa que, en lo relativo al régimen disciplinario, sigue encontrando, ex artículo 19 (49), útiles y justificadas las medidas correctivas castrenses. El límite lo sitúa el artículo 340, que señala la competencia gubernativa y la distancia de los supuestos de «delitos ó crímenes que cometan los presidiarios fuera de los casos de pura correccion y de las deserciones simples», correspondiendo los mismos a las Justicias y Tribunales. Si bien se advierten diseminados entre el articulado preceptos de intensidad menor, relativos a las obligaciones y prohibiciones de los presidiarios como los números 7.º y 8.º del artículo 119 (50), engrosando las disposiciones con carga disciplinaria, las infracciones con mayor previsión sancionadora seguirían siendo las relativas a las fugas y deserciones, y se encuentran recogidas en los artículos 323 a 333 del cuerpo ordenancista. Las sanciones que se prescriben para tales supuestos permanecen en la máxima intensidad, incluyendo las recargas de condena (51), la anulación de las rebajas obtenidas, los traslados a los presidios africanos y las sujeciones a cadena. Como cláusula de cierre, delimitadora de competencias entre el ámbito disciplinario y el estrictamente penal, el artículo 333 (52) permite advertir el resto de las conductas constitutivas de infracción, enumerándose en los preceptos siguientes las sanciones para tales supuestos de menor gravedad. Entre las correcciones previstas para aquellas contingencias, se establecían: La prisión solitaria (aislamiento en celda), «para los excesos, reincidencias y faltas de mas trascendencia y gravedad en lo correccional». La cuantía temporal será para los presidios peninsulares la del «tiempo

resaltada por Zapatero Sagrado en su análisis de la cardinal norma. 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, pp. 520 y 521.

(49) El precepto citado claramente establecía: «Los presidios en su régimen interior estarán sujetos á la disciplina militar, sin que por esto pierdan su condicion de civiles, ni la dependencia expresada».

(50) La obligación 7.ª prescribía: «Los que salieren á los trabajos públicos cumplirán con su obligacion sin propararse en malas palabras, acciones deshonestas, ni contestaciones ó insultos con persona alguna, y el que contraviniere será castigado con proporcion al exceso». La obligación 8.ª disponía: «El que extraviare o rompiere alguna prenda de utensilio la reemplazará inmediatamente de su cuenta, y si no tuviere dinero lo hará el establecimiento, descontándosela de las sobras».

(51) Véase, *supra*, lo relativo a tales incrementos de pena.

(52) El artículo 333 disponía: «Las omisiones reparables, desobediencia, faltas contra la disciplina, buen gobierno ú órdenes de los Jefes, se refrenarán en los presidios, depósitos ó destacamentos por correcciones oportunas y proporcionadas, siempre que el exceso no llegue á constituir delito de los que se castigan por las leyes comunes, en cuyo caso se dará parte al Juez competente». Tal remisión a la competencia de Justicias y Tribunales se reitera en el artículo 340, citado en texto.

necesario en una celdilla de seis á ocho piés de ancho y nueve de elevacion, aislada y con comunicacion absoluta aun con el que cuide de proveer de alimento al preso» (art. 334), resultando muy distante la duracion de la sanción, para los presidios africanos, pudiendo aplicarse para los incorregibles el aislamiento perpetuo en evitación de «pendencias y muertes» (art. 336). La medida del traslado de presidiarios a los presidios africanos se articula «contra los que no se contuviesen después de estas correcciones», y allí «cumplirán el tiempo que les reste de sus condenas, previa la aprobacion del Director General» (art. 335). De aplicación para supuestos graves se presenta «la pena de palos, azotes ú otras graves», debiendo ir precedida de la formación de causa (art. 337). El mismo precepto define y regula la «mortificación correccional», que «consistirá en reagravacion de hierro, encierro durante el dia y noche, calabozo, privacion de alimento, reduciéndolo á pan y agua por algun tiempo moderado, y sin perjuicio de la salud del presidiario ó del producto de su trabajo, aumento de otro mas penoso á los holgazanes, y retardacion del alimento ordinario hasta concluir su tarea regular. Para los que abusen con palabras ó gestos indecentes se podrá usar de la mordaza o argolla en público en el patio del cuartel de modo que sea visto, pero no mofado por los demas de su clase». El artículo 338 se refiere al específico órgano sancionador que recibe el nombre de Consejo de Disciplina, compuesto por los Vocales de la Junta Económica, «que calificará los casos más graves de correccion, y acordará el castigo que debe imponerse a los penados, sin perder de vista que el principal objeto de toda disciplina es precaver los delitos» (53).

4. Reales Órdenes posteriores y demás legislación específica

Dos años más tarde, la Real Orden de Gobernación, de 20 de diciembre de 1836, enumeraba las «reglas y prescripciones para evitar abusos en los presidios», con la excepción de no aplicarse tales disposiciones a los presidios existentes en las plazas de África (54).

(53) Esta última aserción, de carácter preventivo, mantiene un principio informador ya reconocido en normativas anteriores, en los mismos términos, como la de la Ordenanza de 1804, o la posterior para presidios peninsulares de 1807, no obstante percibirse el contraste con tan duras prescripciones disciplinarias. Se interpreta por ello, y en atención al artículo 308 de la misma norma de 1834, el sentido preventivo general que inspira el articulado. Así, el citado artículo 308 resolvía: «Estos artículos y los demas sobre desercion y correcciones se imprimirán y fijarán en los parajes mas concurridos de los presidios, y se leerán el día 1.º de cada mes á todos los presidiarios».

(54) Observándose, para estos últimos supuestos, lo prescrito en el artículo 17 de la Ordenanza General de Presidios.

Entre las mismas, ante posibles deserciones, la regla 6.^a establecía, para los presidiarios que reclamados para el servicio público o especial del presidio salieren del mismo con o sin sujeción, que «al presidiario que desertase en el desempeño de este servicio sin sujeción, ó al que durante él cometiese alguna falta grave, se le anotará ésta en su filiacion, se le sujetará otra vez á cadena y no se le relevará de ella hasta que haya cumplido su sentencia; todo sin perjuicio de la pena correspondiente á la desercion ó delito». La regla 7.^a, referida a las infracciones leves, disponía: «Las faltas leves cometidas en el mismo servicio, por leves que fuesen, serán castigadas con reducir á cadena á los que las cometan por cierto tiempo determinado, según la entidad de la falta, y pasando éste podrán entrar en el turno de servicio...». Tres años más tarde, la Real Orden de Gobernación, de 24 de abril de 1839, dirigida al Ministro de la Guerra, estableció que «solo los Jefes de los establecimientos presidiales son los autorizados para imponer castigos á los confinados en los casos de pura correccion, como únicos responsables de la disciplina y orden de los mismos». No obstante, pocos años más tarde, la Parte Adicional a la Ordenanza General de Presidios, de 2 de marzo de 1843, referida a los confinados que se destinan a los trabajos de obras públicas, dispuso, en primer término, en el artículo 19, la responsabilidad del Comandante del Presidio y su competencia para castigar «severamente el menor atentado contra las propiedades de los particulares». Y en los artículos 22 y 23, las sanciones aplicables a los presidiarios que tuvieran relación con las obras, por las faltas leves y graves, respectivamente. La impropia delegación de competencias disciplinarias a personal no penitenciario y la acumulación de sanciones prevista para estos supuestos, refleja el doble ámbito de intereses en juego y la consecuente indefensión de los presidiarios ante tales acusaciones. Zapatero Sagrado ha expresado a este respecto, que «el poder que esta Parte Adicional concede a los ingenieros es irritante» (55). Y no le falta razón. Así, en los artículos 20 y 22, se despliega la competencia de tales ingenieros de

(55) Cfr. ZAPATERO SAGRADO, R., *Los presidios, las cárceles...*, op. cit., p. 524. Habrá que esperar al Real Decreto de 15 de mayo de 1867 para ver solventada de manera determinante esta dinámica, en la Autorización al Ministro de la Gobernación para conceder penados a Empresas que tengan contratadas con el Gobierno obras públicas, cuando se prescribe en la base segunda: «El régimen, gobierno y disciplina de estos establecimientos [...], dependerán y correrán á cargo de la Dirección General de Establecimientos Penales». Y más adelante, en la base decimotercera: «los ingenieros y empleados de aquellas no podrán ejercer sobre los penados más autoridad que la indispensable para la direccion de los trabajos, sin que puedan imponerles castigos ni concederles recompensas».

las obras, facultados, en virtud del primero de los citados preceptos, para avisar al Comandante de cualquier falta que notaren para que éste la corrigiera y si no lo hiciere, dar parte al Jefe político de la provincia. El número 22 preveía, para los supuestos de faltas leves, la competencia de los ingenieros para «privar á los culpables del plus señalado por un número proporcionado de días, sin perjuicio de dar aviso al Comandante para que además les imponga el castigo correspondiente con arreglo a la Ordenanza». El supuesto de faltas graves, contemplado en el artículo 23, facultaba asimismo al Ingeniero Director a ponerlas «en conocimiento del Comandante del Presidio; y cuando éste no las corrija, podrá acudir al Jefe político de la provincia, á la Direccion General de Caminos, y tambien á la de Presidios». En cualquier caso, el problema surgía en la cualidad del intérprete y en la propia exégesis de lo que hubiera de considerarse falta leve o grave, por cuanto no existe en la reglamentación citada ninguna referencia al respecto y, de acudirse a la norma de referencia, la Ordenanza de Presidios, únicamente el artículo 333 de la misma pudiera acercarse a una entidad y terminología similar, dejando abierto el catálogo de sanciones cuando disponía: «Las omisiones reparables, desobediencia, faltas contra la disciplina, buen gobierno ú órdenes de los Jefes, se refrenarán en los presidios, depósitos o destacamentos por correcciones oportunas y proporcionadas, siempre que el exceso no llegue á constituir delito de los que se castigan por las leyes comunes, en cuyo caso se dará parte al Juez competente» (56).

Como particularidad de interés, ejemplificativa del funcionamiento de la Ordenanza en un establecimiento significado y singular, de relieve internacional (57), cual fue el Presidio peninsular de Valen-

(56) A este artículo también se ha referido Téllez Aguilera como «falta general», entre las conductas merecedoras de corrección disciplinaria. Cfr. TÉLLEZ AGUILERA, A., *Seguridad y disciplina...*, op. cit., p. 177. No obstante, sigue sin advertirse la cualificación de la misma y habrá de extraerse, en todo caso, de la menor incidencia sancionadora prevista en el mismo precepto.

(57) Sirvan al respecto de tal difusión la noticia que facilitaron contemporáneos y posteriores especialistas como MACONCHIE, A., *Reseña de la prisión pública de Valencia*. Imprenta de Charles Gilpin, Londres, 1852. Trad. Gabriel Hostalet. Reproducido por la *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, núm. 150, enero-febrero 1961, pp. 2727-2740, por la que se cita; HOSKINS, G.A., *Spain as it is*, vol. 1, London, 1851, pp. 104-111; el mismo: *What shall we do with our Criminals? With an account of the Prison of Valencia and the Penitentiary of Mettray*, London, 1853; HILL, M. D., *Suggestions for the repression of crime, contained in charges delivered to grand juries of Birmingham*. London, 1857, pp. 573 y 574; WINES, E.C. (ed.), *Transactions of the National Congress on Penitentiary and Reformatory Discipline, held at Cincinnati, Ohio, October 12-18, 1870*, Albany, 1871, resaltando en la obra los elogiosos párrafos de Gaylord B. Hubbell, alcaide de Sing-Sing (N.Y.),

cia, a las órdenes del Coronel Montesinos, sirva la descripción que aportara del instrumento disciplinario, resaltando sus caracteres, su cronista Vicente Boix en su obra acerca de aquél, valorando positivamente el específico sistema en estos términos: «La vijilancia evita las faltas de disciplina; y esa vijilancia previene por consiguiente los castigos. Un dia sin plus, la privacion de un almuerzo, la prohibicion de ver y hablar á sus familias en dos ó mas veces, y otros castigos de esta naturaleza bastan para contener una multitud de penados, que en todas partes se juzgan terribles y peligrosos. Las varas que llevan los cabos no son mas que una señal de autoridad mandada por reglamento; én cambio existen en el establecimiento herrerías y armerías, donde hay armas é instrumentos suficientes para convertir en agresores temibles á una porcion de hombres valientes y arrojados. Aun para imponer la pena de palos y otras graves, segun las ordenanzas vijentes (citaba el artículo 337), debe preceder formacion de causa» (58).

Como en el ejemplo citado, la autoridad y carácter de los Comandantes de los Presidios se dejaba sentir y la regulación y delimitación de sus atribuciones, así como las de los Jefes políticos llegaba por Real Orden de Gobernación de 3 de octubre de 1843, «declarando en qué casos deben los Jefes políticos ejercer su autoridad superior en los presidios, encargándoles que tengan sobre éstos suma vijilancia [...]». La norma establecía: «El régimen y disciplina interior de los establecimientos presidiales están especialmente encomendados por la Ordenanza General del ramo á los Comandantes respectivos, á quienes se manda cumplan exactamente todas las prevenciones que acerca de dichos establecimientos tuviere á bien hacer el Gobierno. Las obligaciones de los Jefes políticos con respecto á los mismos giran por aquella Ordenanza sobre el principio invariable de la vijilancia y proteccion que toda institucion centralizada reclama, y solo

situando al personaje y a su sistema como primer ejemplo penitenciario significativo en lo referente a la disciplina para adultos (*Reformatory Discipline as Applied to Adult Criminals*, pp. 169 y 170), y entre las propuestas del Congreso, las páginas 549, 553 y 555, realzando su actividad en Valencia; WINES, E. C., *The State of Prisons and Child-Saving Institutions in the civilized world*. Cambridge, 1880, pp. 30 y 31; SPENCER, H., *Prison Ethics, en Essays scientific, political and speculative*, Vol. III, London, 1901, pp. 177 y 178. Hay edición española (La España Moderna), bajo el título *Ética de las prisiones*, Trad. Miguel de Unamuno, Madrid, s/f, pp. 36-38, por la que se cita; WINES, F.H., *Punishment and reformation. A study of the penitentiary system*. Ed. revisada y ampliada por LANE, W.D., New York, 1910, pp. 200 y 201; TALLACK, W., *Penological and Preventive Principles, with special reference to Europe and America*. London, 1889, pp. 278 y 279.

(58) Cfr. BOIX, V., *Sistema penitenciario del presidio correccional de Valencia*. Valencia, 1850, p. 145.

en este concepto son reconocidos como Jefes superiores de los presidios y depósitos correccionales del Reino». Poco después, para el desarrollo y observancia de la citada Real Orden se dictaba por el Ministerio de la Gobernación, el 15 de abril de 1844, el «Reglamento circular en 24 del mismo por la Dirección, con varias prevenciones [...], sobre atribuciones de los Jefes políticos en los presidios». En su virtud, se articulaban competencias disciplinarias en favor del Comandante, atendiendo al artículo 16 del Reglamento citado, que disponía: «También podrán castigar a los confinados del modo que su discreción y prudencia les aconseje en las faltas leves, pues en las más graves deberá proceder la calificación del Consejo de Disciplina de que trata el artículo 338 de la Ordenanza, único caso gubernativo en que la prudencia aconseja se dé parte á la Junta Económica; pero dispondrán por sí mismos la aplicación de cadenas, ramales y grilletes á los penados entrantes, con arreglo á sus años de condena, delitos y circunstancias, sin permitir los Comandantes que otros que ellos desempeñen esta obligación y la de recargo ó alivio de hierro á los demás confinados, según su arrepentimiento, tiempo extinguido y conducta observada».

Los Reglamentos de desarrollo de la Ordenanza de 1834, aprobados por Real Orden de Gobernación, de 5 de setiembre de 1844, incluían, en el primero de ellos relativo al «orden y régimen interior de los presidios del Reino», el modo de la aplicación de los hierros y las «categorías de penados, sobre la base de los medios de aflicción penal que les era impuestos» (59), prescribiendo que «el alivio ó disminución de esta pena ha de ser precisamente gradual, descendiendo de una clase á otra hasta su total alivio». Del mismo modo, se establece que «podrán aplicarse y se aplicarán cadenas por castigo indistintamente, si por mal comportamiento, genio díscolo, pendenciero ú otras causas lo merecieren los penados, sea cual fuere la clase á que pertenezcan». De modo sintético, entre las atribuciones de los Comandantes, se dispone que «los castigos de que podrán valerse son encie-

(59) Cfr. CUELLO CALÓN, E., *La moderna penología...*, op. cit., p. 257. Específicamente, se disponía: «a los sentenciados hasta dos años, grillete con ramal corto á la rodilla de dos eslabones ligeros: hasta cuatro años, de cuatro eslabones, también ligeros, á la cintura: lo mismo á los de seis y ocho años, con la diferencia de ser doble gruesos, y apareados en cadena los de Africa. El peso de los primeros, incluso el grillete, no excederá de cuatro libras, de seis los segundos, de ocho los terceros y de diez y seis los últimos. No se les permitirá ciñan los ramales y cadenas á la pierna; han de llevarlos sueltos y sujetos por el último eslabon á la rodilla y cintura; las cadenas por el gancho que usan los que las llevan: tampoco se les permitirá oculten bajo el pantalón sus prisiones; han de llevarlas constantemente fuera».

rros en calabozo, recargo de hierro hasta unirlos en cadena, pan y agua, privacion de gratificacion de su trabajo con aplicacion al fondo económico, privacion de comida hasta que acaben sus tareas: el que pasare por estos extremos sin enmendarse se clasificará de incorregible y se remitirá á los presidios de carretera ó arsenales que se designarán para ellos». En cuanto a infracciones específicas, de índole menor, aun de la misma fecha, el Reglamento para un día común dentro de un Establecimiento, expresaba entre las advertencias cómo «la venta y cambio de ropa entre sí es un delito que debe castigarse sin disimulo. La venta de pan con mas motivo; esto se corrige haciendo que á la hora del rancho se presenten con él, y que el que no le traiga no coma; suelen sin embargo prestárselo unos á otros; en este caso, observado por el cabo, se le obliga á comer y el que lo prestó, ó se queja ó no lo vuelve a dar, y por este medio se descubre. Hay algunos, muy pocos, que no pueden comerlo todo; á estos no puede prohibírseles hagan del sobrante lo que les acomode, pero con precauciones».

Antes de mitad de siglo, el sistema disciplinario de la Ordenanza General pervivía, como otras de sus partes orgánicas, desajustado por la práctica y siendo continuado objeto de retoques legislativos. Tal descoordinación normativa iba a ser motivo de la más cualificada crítica que, resultado del conocimiento intenso y de la práctica penitenciaria, llegaría en 1846 en las palabras del *supra* citado Comandante de Valencia y, por entonces, Visitador General de Presidios del Reino, Manuel Montesinos, situando la dificultad y ofreciendo la solución legal. Al respecto, expresaría su preocupación reclamando una nueva estructura normativo-disciplinaria en estos términos: «Como la Ordenanza actual está casi anulada y en desuso, ya por las diferentes Reales Órdenes espedidas en contradiccion de muchos de sus artículos, ya por los Reglamentos que se han publicado después de ella, y últimamente, por que en alguno de sus extremos se halla en absoluta repugnancia con lo que aconseja la práctica de estos establecimientos, urge su revision y reforma, ampliándola con un Código Penal interior de que actualmente carece. Este punto de disciplina es de suma importancia para el buen órden de los presidios, por que ni es justo que la correccion de faltas leves queden al absoluto arbitrio de los Comandantes, sin reglas cuando menos generales que determinen en algun modo su conducta, ni juzgo conveniente el que las leyes comunes califiquen los excesos de los confinados; por que hay algunos que aun cuando fuera de estas casas se deban considerar como ligeros, son dentro de ellas muy trascendentales á su disciplina y deben castigarse con arreglo á esta importancia. Los delitos graves deben ser de la jurisdiccion de los tribunales; pero con especial encargo de que la

accion de la ley sea pronta y ejecutiva, pues las dilaciones de este género son en extremo perjudiciales en estos puntos» (60).

No obstante tales requerimientos e iniciativas de carácter personal, la delimitación normativa en materia disciplinaria, ante la conjunción de preceptos del Código penal con otros estrictamente penitenciarios, llegaba con la Real Orden de Gobernación de 12 de agosto de 1851 «declarando que deben observarse las disposiciones del Código penal sobre el modo de cumplir ciertas penas, y especialmente el artículo 87 (61), y que sin embargo se consideren vigentes la Ordenanza General de Presidios y otras prescripciones dictadas para mantener la disciplina interior de estos establecimientos, y reprimir y castigar los excesos de los díscolos».

El castigo de los confinados previsto entre las atribuciones de los Comandantes se reafirmaba por Orden Circular de la Dirección General de Establecimientos Penales de 12 de noviembre de 1852, «comunicando la Real Orden del mismo, en la que se determinan las atribuciones de los Gobernadores y Comandantes en los presidios, y ciertas obligaciones de los empleados del ramo». En virtud del artículo 15 de la misma, los Comandantes podrían «castigar á los confinados del modo que su discreción y prudencia les aconsejen, en las faltas leves; en las mas graves deberá preceder la calificación del Consejo de Disciplina, de que hace mérito el artículo 338 de la Ordenanza, y dispondrán por sí mismos la aplicación de cadenas, ramales y grilletes á los penados entrantes, con arreglo á sus condenas, delitos y circunstancias, sin permitir que otro en su lugar desempeñe esta obligación, ni la de recargarles ó aliviarles de hierro, según su conducta, en cuya calificación deberán ser muy detenidos, procurando conciliar la seguridad de los penados en disciplina y subordinación con lo que en el Código penal se manda».

Entre la última regulación citada y la siguiente a destacar, provisional para la Prisión de Madrid de 1883, se han de anotar, por su rele-

(60) Cfr. MONTESINOS, M., *Reflexiones sobre...*, op. cit., pp. 270 y 271.

(61) El artículo 87 del Código penal de 1848, en la sección primera del capítulo quinto, relativo a la ejecución de las penas y a su cumplimiento, acorde con un principio de legalidad y con arreglo a necesarios principios organizativos y clasificatorios, disponía: «Tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley, ni con otras circunstancias ó accidentes que los expresados en su texto. Se observará también, además de lo que dispone la ley, lo que se determine en los reglamentos especiales para el gobierno de los establecimientos en que deben cumplirse las penas, acerca de la naturaleza, tiempo, y demás circunstancias de los trabajos, relaciones de los penados con otras personas, socorros que puedan recibir, y régimen alimenticio. Los reglamentos dispondrán la separación de sexos en establecimientos distintos, ó por lo menos en departamentos diferentes».

vancia, los criterios que al respecto se acuerdan internacionalmente en el ámbito penitenciario. Medidas humanitarias e individualizadas comenzaban a alzarse sobre los antiguos sistemas de coerción y violencia física. El renombrado Congreso de Estocolmo, inaugurado el 20 de agosto de 1878, iba a resolver acerca de la cuestión, acordándose criterios cuyos ecos (62) parecieran haberse dejado sentir en las inmediatas normativas específicas patrias. Al respecto, y a resaltar, el «animadísimo debate» del que diera noticia Francisco Lastres, delegado por Gobernación en representación de España, acerca del «empleo de las penas corporales, defendido por algunos pocos y atacado con gran elocuencia por la mayoría» (63), se resolvía condenándose casi por unanimidad (64) tal uso de la pena de azotes. Entre las correcciones disciplinarias, acordadas como factibles, se enumeraban (65): 1.º La reprensión. 2.º La privación total o parcial de las recompensas acordadas. 3.º Prisión más incómoda o penosa, que podrá ser agravada, dentro de lo que permitan el carácter y la salud del recluso, retirando de la celda la mesa, la silla o la cama, o privándole de la lectura, de trabajo, y por último, encerrándolo en celda oscura. 4.º Si las penas indicadas no fueran suficientes, podrá reducirse el régimen alimenticio, según lo permitan la salud y el carácter del penado, disminuyendo también el trabajo. 5.º En casos de grave violencia y de excesos de furor por parte de los condenados, se podrán emplear la camisa de fuerza u otros medios análogos.

En lo relativo al posible traslado de principios a la normativa española, en el regimental título XII, del Reglamento Provisional para la Prisión Celular de Madrid, aprobado por Real Orden de 8 de octubre de 1883, se advierten asimismo, en su capítulo IV denominado «De los premios y castigos disciplinarios», cuatro ilustrativos preceptos relativos a esta materia, que expresan, en orden ascendente a la gravedad, las previsiones reglamentarias. El artículo 334, establecía «los castigos que podrán imponerse por faltas á los detenidos, presos y

(62) La Real Orden de 1.º de setiembre de 1879, del Ministerio de la Gobernación, publicada en la Gaceta de Madrid de 5 de setiembre de 1879, instaba tal difusión de los resultados del Congreso, expresando: «S.M. el Rey (q. D. g.), ha visto con particular agrado la notable Memoria presentada por D. Francisco Lastres...». Vid. LASTRES Y JUIZ, F., *Estudios penitenciarios*, Madrid, 1887, p. 32.

(63) Cfr. LASTRES Y JUIZ, F., *Estudios penitenciarios...*, *op. cit.*, p. 57.

(64) Lastres hacía mención, en este sentido, al número de asistentes y a los votos emitidos en contra afirmando: «De cerca de trescientos miembros que componían el Congreso, sólo once votaron el mantenimiento de la pena de azotes». Cfr. LASTRES Y JUIZ, F., *Estudios penitenciarios...*, *op. cit.*, p. 58.

(65) Vid. LASTRES Y JUIZ, F., *últ. op. y loc. cit.*

penados», incluyendo: «1.º Reprensión privada; 2.º Reprensión pública; 3.º Privación de trabajo, lecturas y comunicación; 4.º Pérdida de cédulas de premio concedidas á los penados; 5.º Reducción del alimento á pan y agua. Este castigo no excederá de tres días en ningún caso; 6.º Reducción del alimento á media ración en un plazo que no podrá exceder de ocho días; y 7.º Encierro en celda oscura sin que exceda de seis días. Este castigo, repetido tres veces impone á los penados el retroceso al periodo inferior». Aspecto a destacar de tal enumeración es la plasmación, a imagen de la propuesta de Estocolmo, aun no duradera por cuanto iba a desaparecer en la siguiente normativa de 1894, de una sanción de baja intensidad cuya carga negativa resulta de contrarrestar los favorables y correccionales efectos de la lectura. El subsiguiente artículo 335 aceptaba la posibilidad de que todos los castigos pudieran simultanearse en caso de gravedad a juicio del Director. Lo que no se explica, a tenor de lo dispuesto en el artículo 334, es si el retroceso previsto para la tercera repetición supone un incremento en el tiempo de cumplimiento o meramente un cambio regimental, en las condiciones de vida del recluso. Nos inclinamos por esta segunda opción en función de los principios que inspiran tal normativa y la ya asentada concepción respecto de las condenas determinadas. En última instancia, el artículo 336, de mayor contenido garantista y humanizador, prescribe una dirección reformadora cuando expresa: «queda prohibido el uso de castigos corporales, imposición de hierros ó cualquier otro tratamiento que pueda rebajar la dignidad humana». El carácter educador, de menor punición, se advierte previsto para los jóvenes menores de 18 años y se preceptúa en el artículo 337 que, para los mismos, prescribe: «sufrirán únicamente los castigos de amonestación privada ó pública, privación de comunicación o paseo, aumento de las horas de clase y estudio, disminución de comida y encierro en celda oscura por un máximo de dos días». El aspecto moralizador y esperanzado en la corrección que, como destacara Federico Castejón (66), presenta este Reglamento, en contraste con la subsiguiente norma para la Prisión de Madrid de 1894, no empañaba, en opinión del autor citado (67), el mejor concepto técnico legislativo de esta última normativa, que se verá dotada

(66) Vid. CASTEJÓN, F., *La legislación penitenciaria...*, op. cit., pp. 315 y 442, quien en sus palabras acerca de tal cuerpo normativo expresara: «parece como hecho por ingenuos, creyentes en la corrección y moralización de los reos».

(67) A una norma «merecedora de alabanzas» se refiere Castejón, quien además de destacar la circunstancia de mejor y más extensa técnica legislativa, afirma que «mantiene el sistema progresivo planteado por el de 1883». Así, vid. CASTEJÓN, F., *La legislación penitenciaria...*, op. cit., p. 443.

de una más detenida y adecuada regulación, por cuanto, como se verá *infra*, destinará un título completo (el X), a tales contingencias disciplinarias, así como a los premios.

Poco más tarde, la específica Instrucción de 29 de abril de 1886, para la organización y régimen del trabajo y talleres en los establecimientos penales contenía, asimismo, en su artículo 55, un precepto disciplinario de contenido económico, subsidiario de la medida correctora penitenciaria, contra «el penado que muestre desaplicación en el trabajo ó torpeza maliciosa en el mismo». La medida incluía que sería «amonestado primero, y después corregido disciplinariamente en la forma que crea conveniente el Director. Si á pesar de esto continuase demostrando las mismas malas cualidades, podrá privársele de la tercera parte ó de la mitad de las ganancias que le correspondiesen, ingresándolas en su fondo de ahorros; y si con esto no se corrigiese, será expulsado del taller y sometido al régimen disciplinario que acuerde el Director» (68).

Cercano en el tiempo, el Real Decreto de 23 de diciembre de 1889, que consagraba el sistema progresivo en la plaza de Ceuta, no introdujo en la materia mas que el artículo 21, que dispuso que el régimen y la disciplina penitenciaria de la Colonia norteafricana se ajustarían a los preceptos generales sobre la materia, salvo las excepciones que reclamara la índole especial de aquella plaza de guerra.

Como posterior norma de entidad se mantiene el citado Reglamento de la Prisión Celular de Madrid de 1894, que regula esta materia en su título X en los artículos 392 a 395. Se trata de un cuerpo normativo que, para Federico Castejón, en términos genéricos, en su exposición y técnica legislativa, presenta un menor contenido correccional. Esta percepción, como expresara el último citado, «parece responder á la tendencia de que la privación de libertad es medida de defensa, eliminatoria, no medida de corrección y tutela» (69). No obs-

(68) Resalta en esta normativa, específica laboral en el ámbito penitenciario, el notorio contraste con la reglamentación anterior de los trabajos de obras públicas (Parte Adicional a la Ordenanza de 2 de marzo de 1843) que anteponían la carga económica de la sanción a la estrictamente penitenciaria.

(69) Cfr. CASTEJÓN, F., *La legislación penitenciaria...*, *op. cit.*, p. 443. Advertía el autor tal característica en contraste con la regulación de 1883, que había dedicado títulos específicos a materias de contenido correccional, destacándose el VI, regulador del «Régimen moral y religioso»; el VII, relativo al «Trabajo»; el VIII, referente a «Escuelas, biblioteca y lectura»; y el IX, relativo a la «Higiene». En cambio, como anotaba Castejón, el Reglamento de 1894 agrupaba las dos últimas materias en su título IX (Servicios comunes á todos los reclusos: capítulos VI a X), y el trabajo en el capítulo IX, título VI y capítulo III, título X. *Vid.*, el mismo: *últ. op. cit.*, pp. 442 y 443.

tante, esa corriente no se aprecia diáfana en la enumeración de castigos comprendida en el artículo 392 (70) que, en cambio, positivamente excluye algunos de los presentes en la normativa provisional de 1883, moderando otros y clausurando cualesquiera otra clase de sanciones no previstas expresamente, de modo similar a la prohibición dispuesta en el artículo 336 del anterior Reglamento de la Prisión de Madrid, que proscribía el tradicional uso de castigos corporales. Destaca asimismo el término usado para designar a los reclusos objeto de una posible regresión o «retroceso de periodo», a los que denomina corrigendos, en clara acepción correccional vislumbrada desde antaño, o en el último número de la regulación de 1894, el 395 (71), entre las infracciones previstas, la específica para los que se resistieran a concurrir a escuelas y talleres, que de igual modo delata un contenido evolutivo, de coerción educativa, de tintes correccionales.

Entre las últimas referencias normativas del siglo XIX en materia disciplinaria penitenciaria, se encuentra lo preceptuado para la Colonia Penitenciaria de Ceuta de 3 de junio de 1897 que establecía el «Código de castigos disciplinarios para los confinados de esta Colonia penitenciaria que cometan faltas fuera de sus departamentos», con similares conductas y penas, algo diversas del respectivo para «las faltas que puedan cometer los penados celadores fuera de sus departamentos».

5. Contenido disciplinario del Real Decreto de 1901

El trascendente Real Decreto de 3 de junio de 1901, por cuanto supone la expansión normativa de las prácticas progresivas de Ceuta, recoge, en sus artículos 19, 20, 24 y 25, lo correspondiente al régimen disciplinario, integrando, el primero de los citados, la implantación

(70) El citado precepto establecía: «Los castigos que podrán imponerse á los reclusos, serán los siguientes: 1.º Reprensión privada ó pública; 2.º Privación del uso del tabaco de uno á veinte días; 3.º Privación de la comunicación, de uno á quince días; 4.º Privación de los paseos ó recreo, de uno á seis días; 5.º Reducción del alimento á pan y agua, de uno á dos días; 6.º Encierro en celda oscura, de uno á tres días. Este castigo, repetido tres veces, impone á los corrigendos el retroceso al periodo anterior. No podrá imponerse ninguna otra clase de castigos».

(71) El citado precepto establecía: «Los castigos se aplicarán á los reclusos que incurran en faltas de policía respecto de su persona, vestidos, conservación de las celdas y sus utensilios; á los que quebranten la incomunicación con el exterior, por medio de las ventanas; á los que promuevan escándalo ó perturben el orden; á los que resistan concurrir á las Escuelas y talleres, y á los que se nieguen á desempeñar los servicios mecánicos del Establecimiento, ó los ejecutan con marcada negligencia».

del Tribunal llamado de Disciplina, que habían de constituir el Jefe del Establecimiento, el segundo Jefe, el Capellán, el Médico y el Maestro. Sus funciones se recogían en el artículo 20 (72), incluyendo los acuerdos en materia de premios y castigos. En este sentido, el artículo 24 enumeraba diez posibilidades de sanción para los supuestos de «mala conducta». Se advierte, ya desde la exposición de motivos del propio Decreto, al mismo tiempo de resaltarse la importancia del Tribunal de Disciplina, la referencia a la intención de establecer «reglas para que las correcciones sean proporcionadas á las faltas que las motiven». Entre las mismas se encuentra, como carta de naturaleza, la posibilidad de regresar de grado o período al recluso infractor, característica de la regulación definitiva del experimentado régimen progresivo, por entonces auspiciado e impulsado por Fernando Cadalso. En cualquier caso, se percibe la atenuación del rigor disciplinario que llega también con el nuevo siglo, y así lo ha señalado Téllez Aguilera quien aprecia cómo «la mayor novedad que se observa en el Decreto de 1901 es la desaparición de los crueles castigos permitidos en la legislación anterior, en especial en lo relativo al sometimiento de hierros» (73). La enumeración que integra el artículo 24, que reproducimos como imagen de una evolución en este ámbito, establece que entre los castigos disciplinarios que, incluso de manera complementaria o acumulativa, podrán imponerse por el Tribunal de Disciplina (74) a los penados, consistirán: «1.º En privación de comunicaciones y prohibición de escribir al exterior por el tiempo que se estime conveniente, en consideración á la falta. 2.º Obligación de ejecutar los servicios más penosos ó molestos del establecimiento.

(72) El citado Tribunal disciplinario acumulaba en esta regulación múltiples competencias de índole regimental. Así, el artículo 20 disponía: «El Tribunal disciplinario acordará el pase de los reclusos de un periodo á otro, sujetándose á lo dispuesto en los precedentes artículos; la reducción de tiempo en los períodos; los premios y castigos y todo lo que tienda á mejorar el régimen y la situación de los penados. Se acordarán también por el mismo Tribunal las horas de acostarse y levantarse los reclusos, las de paseos, talleres, escuela, servicio religioso, comunicaciones y distribución de comidas, teniendo presente para tales acuerdos las estaciones del año, las exigencias del régimen y las condiciones de los reclusos».

(73) Cfr. TÉLLEZ AGUILERA, A., *Seguridad y disciplina...*, op. cit., p. 183. Desaparición no muy duradera como se advierte en el posterior Decreto de 1913.

(74) El artículo 25 prescribía: «Los castigos se acordarán por el Tribunal de Disciplina, según la gravedad de la falta, sin sujetarse al orden establecido en el artículo anterior, pudiendo acordarse más de uno simultánea o sucesivamente, y se ejecutarán con estricta sujeción á las órdenes que al efecto dicte el Jefe del Establecimiento. Únicamente éste podrá reducir ó perdonar los castigos en vista de la conducta que observen los que los sufran durante el tiempo de la corrección».

3.º Prohibición de tomar otro alimento que el rancho. 4.º Privación del trabajo industrial y de lectura. 5.º Uso obligado de prendas de vestir ya usadas, y no reposición de las de cama, ni del utensilio y mobiliario de que hagan mal uso, por el tiempo que se estime prudencial. El recluso que destruya objetos de la prisión pagará el daño causado, y á falta de pago por carecer de recursos, se dará cuenta al Juzgado correspondiente, para que proceda ó aplique la oportuna sanción. 6.º Disminución de las gratificaciones ó jornales señalados por los servicios y trabajos. 7.º Retroceso de los períodos de la pena, pudiendo alcanzar la regresión desde el cuarto al primero. 8.º Reclusión en celda de castigo clara por el tiempo que se estime prudencial. 9.º Reclusión en celda de castigo obscura hasta quince días como máximo. En las prisiones en que no haya celdas, y hasta tanto que se construyan, los castigos comprendidos en este número y en el anterior, se sufrirán en los locales destinados al efecto. 10.º Como castigo extraordinario y severo, cuando los otros no den resultado, disminución del alimento en días alternos, por quince como máximo, oyendo en caso de necesidad el dictamen facultativo del médico».

Con posterioridad, ejemplificativo de una tendencia legislativa hacia la minuciosidad y consecuente proporcionalidad, lo fue el régimen disciplinario previsto en el Reglamento Provisional para la Prisión Celular de Barcelona, formado por la Junta de Prisiones en 16 de julio de 1904. El título X del mismo incluye los castigos disciplinarios a continuación de los premios posibles, presentando el artículo 221 las sanciones y el artículo 222 las infracciones acreedoras de sanción. El artículo 221 estableció como novedosos castigos imponibles, de baja intensidad aun en orden de ascendente gravedad, los de privación del uso de tabaco de uno a treinta días; la privación de comunicación de uno a treinta días; la privación de paseos ó recreos de uno á ocho días, y todos los demás que se establezcan en la Instrucción (de Cárceles de Audiencia de 25 de octubre de 1886) y Real Decreto de 1901 en sus artículos 17 y 24 y 25, respectivamente. Tal remisión normativa parece excluir los supuestos de infracción previstos en el artículo 222 siguiente (75), cuya enumeración no presenta

(75) El artículo citado disponía: «Los castigos se aplicarán á los reclusos que incurran en falta de subordinación y respeto; de policía en cuanto á su persona, vestido, conservación de las celdas y sus utensilios; á los que promuevan escándalos ó perturben el orden; á los que quebranten la incomunicación con el exterior por medio de las ventanas; á los que se nieguen á desempeñar los servicios mecánicos del Establecimiento; á los que desobedezcan las órdenes que reciban de los empleados y á todos los que realicen actos que, a juicio del Director, de acuerdo con la Junta Correccional, lo merecieren».

infracciones de mayor gravedad, pudiendo solventarse tales contingencias con la previsión de específicas sanciones del artículo 221. La previsión de retroceso en los períodos de cumplimiento también se recoge para los supuestos de infracciones en el trabajo extramuros, años más tarde, en el Real Decreto de 20 de noviembre de 1911, articulando la creación de destacamentos penales para cooperar al desarrollo de las obras públicas que, en su artículo 9.º prescribía: «Todo penado que trate de evadirse de un destacamento constituido para los fines determinados en este Decreto, será inmediatamente conducido al Establecimiento penitenciario de que proceda, en el que, sin perjuicio de la agravación de pena que con arreglo al Código Penal pueda corresponderle, por quebrantamiento de condena, pasará por vía de correctivo disciplinario, al primer período, en el que permanecerá hasta que extinga la condena que se hallase cumpliendo».

6. Del Real Decreto de 5 de mayo de 1913

Con el Decreto de 1913, en palabras de García Valdés, nos encontramos ante una auténtica «recopilación de las dispersas disposiciones precedentes» (76). Y ello también encontrará su previsión en el régimen disciplinario intramuros. En este sentido, la exposición de motivos firmada por Barroso y Castillo confirmaba la articulación de un «severo cuadro de castigos, cautamente medidos en proporción á las faltas» exponiendo asimismo cómo, evolucionando de las previsiones anteriores, la intención legislativa había sido la de «variar la naturaleza y amplitud de las correcciones disciplinarias, sembrando estímulos eficaces para el exacto cumplimiento del deber». Así, más concretamente, entre la necesaria regulación disciplinaria de contenido regimental, se observa una clara distinción respecto del régimen de sanciones previsto para los penados (art. 253) y del de los detenidos y presos (art. 260). Según disponía el artículo 253 del capítulo V, título III, de este Real Decreto, «las correcciones que podrán imponerse a los penados, por las faltas que cometieren serán: 1.^a Privación de comunicaciones orales y escritas. 2.^a Obligación de ejecutar los servicios más penosos o molestos del Establecimiento. 3.^a Prohibición de tomar otro alimento que el rancho. 4.^a Reducción de la remuneración del trabajo. 5.^a Reclusión en celda clara por tiempo

(76) Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., *últ. op. y loc. cit.* En el mismo sentido, cfr. TÉLLEZ AGUILERA, A., *Seguridad y disciplina...*, *op. cit.*, p. 184, quien afirma: «Vino a sintetizar, en cierta medida, toda la legislación penitenciaria anterior».

prudencial. 6.^a Reclusión en celda oscura por tiempo prudencial. 7.^a Privación de colchones y jergones, sustituyéndolos por un tablado. 8.^a yuno á pan y agua en días alternos, por diez como máximo, oyendo previamente el dictamen del Médico. 9.^a Retroceso en los períodos. 10.^a Reclusión individual por tiempo prudencial en celda ordinaria. 11.^a Sujeción con hierros si hay verdadero peligro en tener suelto al recluso rebelde». Como accesorios a la reclusión individual, por vía de corrección, se contemplan la privación de comunicación, de tabaco y de otra comida que el rancho ordinario. Además se prevé la posibilidad, facultad del Jefe o Director de la Prisión, de destituir en el cargo del penado, si lo tuviere. La imposición de las citadas medidas podrá asimismo llevarse a cabo separada o simultáneamente. En todo caso, por lo usual, la competencia en materia premial y sancionadora la ostentaban las denominadas Juntas de Disciplina.

Si ciertamente destacable en tal articulado es la ausencia de una expresa enumeración de infracciones, tales conductas se han entresacado, valiosa y certeramente, por Téllez Aguilera de la exégesis del articulado genérico, extractándolas de exposiciones de preceptos que así el autor citado interpreta, y por su interés transcribimos: «se imponen a los reclusos, a fin de contribuir al mantenimiento del orden, el guardar entre sí, en sus relaciones, el mayor comedimiento y corrección (arts. 166 y 230), el cumplir todos los preceptos de orden y disciplina moral, y observar una vida regular y metódica (art. 229), el mantener el orden y la compostura sin permitirse cantos, voces ni ruidos, ni manchar las paredes, ensuciar ni causar deterioro alguno en el mobiliario, enseres de la prisión o ropas que hubieren recibido (art. 212), o el prohibir que se lleven a cabo «reunión acuerdo ó conciliábulo alguno, ni se dirija escrito ó manifestación colectiva» (art. 167). Incluso, fuera del Decreto encontramos otras prohibiciones, como el poseer navajas, cuchillos, cortaplumas «ni otra clase de instrumentos de los que pudieren hacer mal uso» (art. 268 del Reglamento provisional para la prisión celular de Madrid de 8 de octubre de 1883, 190 del Reglamento de dicha prisión de 23 de febrero de 1894 y disposición 8.^a de la Real Orden de 6 de mayo de 1860) o el consumo de bebidas espirituosas (art. 86, 15.º, del Reglamento para el planteamiento y régimen interior de la penitenciaría política creada en el exconvento de la Victoria, sito en El Puerto de Santa María, de 10 de mayo de 1874» (77).

Se advierte, en cualquier caso, en la exposición del artículo 253, una cada vez más depurada técnica legislativa, y un mantenimiento

(77) Cfr. TÉLLEZ AGUILERA, A., *Seguridad y disciplina...*, op. cit., p. 184.

de los castigos o correcciones previstas anteriormente, y aun un endurecimiento en alguna de las medidas de disciplina (78) con respecto al señalado Decreto de 1901. La prioridad se prevé para la reclusión, y la accesoriedad para otras de las correcciones citadas; la reaparición de los hierros [para supuestos «muy excepcionales», en virtud del art. 257 (79)] y la inexistencia de una delimitación expresa, en correlación con cualesquiera infracciones, del criterio de «tiempo prudencial» para las reclusiones en celdas, que únicamente se ven limitadas en el máximo de quince días (vid., art. 255, para los supuestos de reclusión en celda oscura), surgían como criterios de discrecionalidad. En cualquier caso, el contenido protector se advierte por fin en el artículo 259, proscribiendo los malos tratos, aun de modo bipolar, por cuanto contiene la posibilidad de la utilización de armas por los funcionarios en determinados supuestos. Así, se establece: «Se prohíbe expresamente toda clase de malos tratos á los reclusos, con excepción de la fuerza estrictamente necesaria para hacer entrar en el orden á los que se muestren rebeldes reservándose el uso de las armas para los casos de legítima defensa y peligro inminentes».

Como novedad destacable, también Téllez ha resaltado «la incorporación de algunas disposiciones procedimentales que, si bien escasas, no por ello dejan de tener su importancia» (80). Hace referencia el autor a una «forma primigenia del principio de audiencia del expediente» (81) y al instrumento del aislamiento provisional como medida cautelar del procedimiento reflejo del artículo 254 (82). En

(78) Al respecto García Valdés habla de medidas muy rigurosas, «aunque las correcciones conocidas por la Ordenanza de 1834 han desaparecido ya en virtud del Reglamento de 25-8-1847 y la Real Orden de 23-2-1894». Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., *Régimen penitenciario...*, op. cit., p. 36.

(79) El precepto citado establecía un contenido pretendidamente garantista, no obstante representar una medida superada e inadecuada para la época, cuando se establece: «Solo en casos muy excepcionales, y por acuerdo razonado de la Junta de disciplina que se comunicará sin pérdida de tiempo á la Dirección general, para su conocimiento, se podrá imponer á los penados agresivos y peligrosos, la corrección señalada en el caso 11 del artículo 253, de la que se les aliviará tan pronto como cese el motivo de su temibilidad, adoptando medios apropiados de vigilancia y recluyéndolos en celda oscura en la que recibirán las visitas de los Jefes, del Médico y empleados de servicio correspondientes».

(80) Cfr. TÉLLEZ AGUILERA, A., *Seguridad y disciplina...*, op. cit., p. 187.

(81) Cfr. TÉLLEZ AGUILERA, A., *últ. op. y loc. cit.*

(82) El artículo 254 establecía: «De los castigos que se impongan se dará cuenta á los inculcados, que serán previamente oídos por el Director de la Prisión. Cuando se trate de un acto de indisciplina grave, cuya reprensión no pueda demorarse, la reclusión en celda de castigo puede ser operada provisionalmente, á condición de

fin, de carácter administrativo se muestra en todo caso el artículo 258, relativo a la inscripción de sanciones en un registro a disposición de los Inspectores que visitaran el Establecimiento y a la obligación de hacer constar aquéllas en el expediente personal del interno.

7. La normativa disciplinaria para mujeres reclusas

La particular idiosincrasia de la galera de mujeres se resaltaba, todavía a fines del siglo XIX, por Rafael Salillas, quien afirmaba y describía el más complejo comportamiento reclusivo de las presas y la derivada dificultad en el control disciplinario de tan contestataria población femenina. Según el autor de *La vida penal en España*, criterios penitenciarios de disciplina fundamentales como la regla del silencio, se hacían impracticables en la galera de mujeres, donde las sublevaciones eran frecuentes. En sus palabras, en los presidios «el acto de protesta se llama *plante*, es decir, resistencia muda, mientras que en la Galera es siempre *bronca*, es decir, gritería, alboroto, aturdimiento» (83). Esta característica redundaba en la complicación regimental. Alguna solución disciplinaria, que aportara el autor citado, sorprende por su originalidad. En su concepto, por la singular sensibilidad femenina, beneficioso método de calma habría de ser el ejercicio musical o aplicación similar, y así concluye: «Tal vez por procedimientos equivalentes las aspiraciones disciplinarias pudieran verse cumplidas» (84).

El áspero régimen disciplinario aplicable a la reclusión de mujeres encontrará, al fin, puntos comunes en la legislación específica para los hombres. No obstante, ya en el origen de tal privación de libertad femenina, la dureza de trato a las reclusas supuso una constante desde la primera manifestación expositiva de 1608 (85). Ade-

poner la medida en conocimiento del Director, que la someterá al Tribunal de disciplina para su ratificación en el más breve plazo».

(83) Cfr. SALILLAS, R., *La vida penal...*, *op. cit.*, p. 311. El propio Salillas resaltaba la influencia de tales comportamientos al entender que esa actitud manifestada en las «brincas», «la mujer la transmite al hombre de la galera al presidio». Cfr., *ob y loc. cit.* Mucho más recientemente, Ovejero Sanz ha contemplado, crítica, la visión decimonónica de la mujer presa y las normas reguladoras de la disciplina para las mismas, haciendo constar «que dicha Reglamentación está orientada por la idea que de la mujer se tenía en la época, como un ser típicamente infantil y propenso a la histeria, para el que no están de más ni los plantones ni la camisa de fuerza». Cfr. OVEJERO SANZ, M. P., *Carácter pedagógico...*, *op. cit.*, p. 399.

(84) Cfr. SALILLAS, R., *La vida penal...*, *op. cit.*, p. 312.

(85) Así lo ha contemplado García Valdés cuando se refiere a la ideología de la fundadora de la galera. En sus palabras: «Solicita la corrección y piensa en el castigo.

más de la previsión de una cárcel secreta donde serían castigadas, con o sin grilletes, las reclusas incorregibles, para los casos graves de escándalo, insubordinación y desobediencia (86), la enumeración de infracciones y castigos previstos por Magdalena de San Gerónimo (87) para la pecadora reclusa incluía la mordaza en la boca para las que blasfemaren o juraren; la cadena para si alguna estuviere furiosa o inquieta; la cárcel secreta para las rebeldes incorregibles; los grillos y el cepo para pies o cabeza para aquella que pretendiera salir; así como prescribía la cadena o el cepo para las inquietas de noche, a similitud de las galerías de hombres, en evitación de cualesquiera actitudes violentas.

Cierta mitigación del rigor iba a llegar con las reglas del Conde de Mora que, como recuerda Martínez Galindo (88), expresara su denuncia de las agravadas circunstancias que encontraba todavía en 1788. Tal filtro de excesos se ubicaba en un momento reformador preciso. En este sentido, como ha manifestado la última citada, «este régimen disciplinario se mantiene hasta que el influjo de las ideas reformadoras y humanistas de finales del XVIII comienza a sentirse en nuestra legislación, a pesar de lo cual en las galerías se sigue manifestando la opresión y disciplina impuestas por su fundadora» (89). No obstante, la impregnación de las ideas ilustradas en este particular entorno reclusivo no vino a ser la previsible y deseada. La crueldad de los instrumentos disciplinarios previstos en la siguiente reglamentación de relevancia, la Ordenanza para la Galera de Valladolid de Luis Marcelino Pereyra de 1796, no deja lugar a dudas. Se mantienen los graves castigos corporales e instrumentos de sujeción como hierros, grilletes,

Su palabra es terminante: casas de mucha pena. Inflexible con el comportamiento disoluto, su energía es redoblada, hasta el ahorcamiento, cuando impone sanciones a las reincidentes. Desde el mismo ingreso, la impronta del temor, el espanto y la humillación: decalvación, poca y mala comida, mordazas, cadenas, grillos y cepos». Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., *Del presidio a la prisión modular*, 2.^a ed., Madrid, 1998, p. 22; o, en similares términos, el mismo: «Las “Casas de corrección” de mujeres: un apunte histórico», en VV. AA., Cerezo Mir/Suárez Montes/Beristain Ipiña/Romeo Casabona (eds.), *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*. Granada, 1999, pp. 588 y 589. Vid., asimismo, MARTÍNEZ GALINDO, G., *Galerianas, corrigendas y presas. Nacimiento y consolidación de las cárceles de mujeres en España (1608-1913)*. Madrid, 2002, p. 34.

(86) Vid. SAN GERONYMO, M., *Razon y forma de la Galera y Cafá Real, que el rey nueftro señor manda hazer en eftos Reynos para castigo de las mugeres vagantes, ladronas, alcahuetas y otras femejantes*. Valladolid, 1608, p. 25.

(87) Vid. SAN GERONYMO, M., *Razon, y forma de la Galera...*, *op. cit.*, p. 27.

(88) Cfr. MARTÍNEZ GALINDO, G., *Galerianas, corrigendas...*, *op. cit.*, p. 104

(89) Cfr. MARTÍNEZ GALINDO, G., *últ. op. y loc. cit.*

esposas, mordazas, cepos y latigazos. Entre los más livianos quedaban la privación de la ración de comida diaria, o el descuento en el salario que percibían por la labor realizada, llegando a preverse la posibilidad de reponer la reclusa lo dañado a su costa, cuando destrozare o inutilizare muebles, instrumentos u otros efectos de la casa (90). Permanecen, de igual modo, el encierro en calabozo, la reducción de alimento a pan y agua, así como el recargo de trabajo. Las infracciones, que asimismo contemplaban supuestos abiertos a la interpretación, en correlación con las sanciones previstas, incluían: para las que desobedecieren o dieran justa causa para ello, el encierro, el cepo o el grillete; para las que se resistieren, el uso del látigo; para las que se desvergonzaren, maldicieren, blasfemaren «o usaren de palabras o cantares lascivos», la mordaza (91). La competencia en la aplicación del castigo quedaba para el Alcaide y, en determinados casos, debía imponerlos el Protector, cuando aquél no pudiera por sí mismo contener el desorden (92), prohibiéndose expresamente tal facultad a la celadora. En cambio, como ha señalado Martínez Galindo, «no ocurría así en la Galera de Valencia, donde la propia reclusa que ocupaba el cargo de rectora, luego denominada gobernadora, era la que reprendía las faltas con moderación y podía disponer, incluso, el encierro de la interna en el calabozo cuando el exceso cometido fuera muy notable y urgente [...], o en la de Madrid, en que el propio portero, o la celadora, eran los encargados de reprender a las presas cuando, en las salas de labor, tuviesen palabras indecentes, disputas o tocamientos unas con otras, y de darles algún latigazo si no se enmendaban, acudiendo al alcaide sólo en caso de persistencia en la falta» (93).

Será el Reglamento de Casas de Corrección de mujeres (Real Decreto de 9 de junio de 1847), vigente hasta el Decreto de 1913 (94), siéndole asimismo de aplicación las disposiciones generales de la Ordenanza de 1834 y reglamentos vigentes de presidios (art. 78), el siguiente marco normativo que ofreciera una específica regulación disciplinaria para reclusas, adjuntando las conductas consideradas faltas para aquellas corrigendas. Se aprecia, en la misma, una tenue

(90) Vid. PEREYRA, L. M., *Ordenanza de la casa galera de Valladolid*, Valladolid, 1796, título XV, p. 5.

(91) Vid. PEREYRA, L. M., *Ordenanza de la casa...*, *op. cit.*, título IV, p. 11.

(92) Vid. PEREYRA, L. M., *últ. op. cit.*, Título III, pp. 7 y 8.

(93) Cfr. MARTÍNEZ GALINDO, G., *Galerianas, corrigendas...*, *op. cit.*, pp. 202 y 203.

(94) A excepción de la Casa Galera de Alcalá de Henares que ve su regulación cambiar en su Reglamento de 31 de enero de 1882.

moderación que la última autora citada ha atribuido a la impregnación «de un cierto humanismo fruto del desarrollo y aceptación de las corrientes liberales» (95). Los artículos del título XIV recogen las faltas en este sentido (art. 69) (96), así como las correcciones previstas (art. 70) (97), sin perjuicio de algunas modalidades insertas en el artículo siguiente. En este sentido, la norma reglamentaria, cuando impone los correctivos más graves, exige la concurrencia del criterio del Consejo de disciplina (art. 71) (98).

El Reglamento de la penitenciaría de Alcalá, de 1882, responde a otros imperativos disciplinarios que los tradicionales, por cuanto, como afirma Martínez Galindo, «se puede comprobar que el uso de castigos corporales, la imposición de hierros y grilletes, o cualquier otro tratamiento que pudiera rebajar la dignidad humana, como la rasuración de cabeza (que se venía utilizando como correctivo aún en la época de casas de corrección), desaparece en la legislación penitenciaria femenina, como reflejo de la normativa que prohibía desde tiempo atrás estas prácticas en las cárceles y prisiones en general» (99). Con todo, contiene la norma de Alcalá una enumeración de infracciones y castigos de posible imposición a las reclusas. En el artículo 26 se describían las infracciones, clasificándose en leves, graves y gravísimas. Entre las conductas consideradas faltas leves, se encontraban la desobediencia, las disputas o riñas con otras reclusas, los errores en la conducta de contenido moral o religioso y la tibieza o poca exactitud en el cumplimiento de sus deberes. La intransigencia

(95) Cfr. MARTÍNEZ GALINDO, G., *Galerianas, corrigendas...*, op. cit., p. 293.

(96) El artículo 69 prescribía como faltas: «[...] primero, la desobediencia, las disputas ó riñas con las compañeras, los defectos o excesos de conducta en la parte moral y religiosa; segundo, la tibieza ó poca exactitud en el cumplimiento de sus deberes; y por último, la infracción de cualquiera de los artículos de este reglamento ó de las órdenes verbales ó por escrito de sus jefes».

(97) El precepto citado establecía: «Estas faltas se corregirán con reprensiones privadas ó públicas, con aumento de trabajo en las horas de recreo ó descanso, con privación de comunicación, con plantones, descontándolas una parte de lo que les haya correspondido ó corresponda en lo sucesivo por su trabajo, con ponerlas á pan y agua, con separarlas de las demas reclusas por tiempo determinado, y últimamente con prision en los calabozos; este castigo y el de pan y agua, no podrá exceder de cinco días».

(98) El artículo 71 expresaba: «Cuando las faltas sean de mayor consideracion y exijan un castigo mas fuerte, se consultará al Consejo de disciplina de que trata el artículo 338 de la Ordenanza de presidios, el cual señalará la pena gubernativa que deba aplicarse, tal como la imposición de hierro, rasuración de cabeza ú otro semejante; pero si estimase que la falta era un verdadero delito, dará cuenta, por medio del Jefe político á los Tribunales de Justicia, para que obren con arreglo á las leyes».

(99) Cfr. MARTÍNEZ GALINDO, G., *Galerianas, corrigendas...*, op. cit., p. 425.

religiosa y la desproporción sigue presente cuando se preveía, entre tales infracciones, la falta a la práctica de lecturas morales, por parte de las reclusas no católicas, llevando aparejada tal omisión la corrección disciplinaria más grave (art. 40.5). Las conductas reprobables entendidas como graves consistían en incitar a la desobediencia, incurrir en faltas leves más de dos veces al año o, cuando tenían lugar, el carácter colectivo o tumultuario de tales infracciones. Las gravísimas surgían en los supuestos de faltar abiertamente a los mandatos superiores, poniendo en insurrección a una parte o a todo el Establecimiento. Respecto de las sanciones aplicables proporcionalmente a las infracciones previstas, se prescriben correcciones, por su menor gravedad en relación con los castigos, para las leves, integrando la pérdida de distinciones o premios obtenidos durante la reclusión, las reprensiones públicas o privadas, el aumento del trabajo en las horas de recreo o descanso, plantones, privación de comunicaciones, encierros en celda clara de veinticuatro o cuarenta y ocho horas, o la medida de descontar una parte de la retribución correspondiente a la presa por su trabajo. No obstante, la Superiora ostentaba la facultad de solicitar la elevación a castigos de tales correcciones, notificándolo al primer Jefe, para que éste lo llevare a cabo. Los castigos *strictu sensu*, que imponía el primer Jefe (art. 4.9.º), como otras medidas de carácter extraordinario, se prescribían para las infracciones graves y gravísimas. Para las primeras, aquellos podían consistir en la separación de la reclusa por un tiempo determinado en celda clara, con trabajo o sin él o ponerla a pan y agua por el tiempo de veinticuatro a setenta y dos horas, aun garantizando su salud el médico del Establecimiento. Para las segundas, se prescribía la celda oscura con un límite de tres días, o la imposición de camisa de fuerza a la reclusa bajo estado de excitación peligroso para las demás o para ella misma.

II. LA DISCIPLINA Y SU RÉGIMEN EN LAS CÁRCELES

La diferencia, aun en la necesidad justificante, en el trato disciplinario, entre lugares de reclusión para presos o penados, se afirmó ya por Concepción Arenal, quien en su informe al Congreso de Estocolmo, bajo el epígrafe «*Cuales son las penas disciplinarias cuya adopción puede permitirse en las cárceles y penitenciarías*», expresaba al respecto: «La prisión preventiva usada en sus justos límites, que no son los que ahora tiene, es un derecho de la sociedad y un deber del preso someterse á ella, aun suponiendo que sea inocente [...].

Resulta que la pena disciplinaria, lo mismo para el preso que para el penado, no es más que la coacción justa é inevitable para la realización del derecho á que él se niega. La regla de la cárcel no es tan estrecha como la de la penitenciaría; pero una vez infringida, hay el mismo derecho para reducir al infractor á que la cumpla, y por los mismos medios, salvo las diferencias que lleva consigo la diferente situación. Teniendo muchos más derechos el preso, las penas disciplinarias tendrán carácter más *negativo*, y será raro que necesiten ser *positivas*; pero llegando este caso, pueden equipararse á las del penado, hasta privarle del trabajo, de compañía y aun de luz si su brutal rebeldía lo hiciese necesario» (100). Delineados tales caracteres por tan insigne autora, corresponde, de seguido, la aproximación evolutiva.

Históricamente, el régimen disciplinario de las cárceles encuentra manifestaciones normativas que, aun sin el seguimiento posterior deseado, proscriben prácticas excesivas como la ejemplificativa obligación para el alguacil de no dar tormento, ni hacer daño a los presos recogida ya en el Libro II, título XIV, Ley IX, de las Ordenanzas reales de Castilla. En esa línea, adelante en el tiempo, en la quincena de inicio del siglo XIX, se limitaban los excesos procesales y carcelarios al interrumpir la dinámica conocida, y ya por entonces desvalorada, de los interrogatorios mediante el uso de apremios y del tormento procesal. El contenido reformador del instrumento carcelario se advierte así comunicado mediante la Real Cédula de Fernando VII, de 25 de julio de 1814 (101), con la trascendente proscripción del tormento personal, que tras denuncias de entidad desde 1784, ya se viera antici-

(100) Cfr. ARENAL, C., «Informes presentados en los congresos penitenciarios de Estocolmo, Roma, San Petersburgo y Amberes», en *Obras Completas*. Tomo Decimocuarto, Madrid, 1896, p. 28.

(101) La propuesta del Consejo de Castilla se refleja en el texto de la Real Cédula de Fernando VII en estos términos que, por su interés humanitarista, transcribimos: «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 delinquentes 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 úti-

pada 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, así como en el Decreto de las Cortes de 22 de abril de 1811, o en la Constitución de 1812 (102).

Por otro lado, desde antiguo, de igual modo al terreno presidial, se dotó de especial relevancia a los supuestos de deserción, y a éstos aplicaron las superiores sanciones. En ese sentido se dictaron normas desde la Novísima Recopilación, que ya establecía en la Ley 17 del título XXXVIII, del Libro XII, la «pena del preso fugitivo de la cárcel, y de su Alcaide» (103). Posteriormente, la pena de azotes se proscribía y se extendía tal prohibición a las cuestiones de corrección por el Decreto de las Cortes de 8 de setiembre de 1813, «por hallarse las Cortes generales y extraordinarias, convencidas de la utilidad de abolir aquellas leyes por las cuales se imponen á los españoles castigos degradantes, que siempre han sido símbolo de la antigua barbarie y vergonzoso resto del gentilismo» (104).

Mas entrado el siglo XIX, destacable es la limitación de los medios de sujeción y de la posibilidad de incomunicar al preso que se encuentra en la regla 7.^a del «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», de 26 de setiembre de 1835, que al respecto prescribía: «A ninguna persona tratada como reo se la podrá mortificar con hierros, ataduras ni otras vejaciones que no sean necesarias para

les». Vid., asimismo 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.

(102) 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. El específico artículo 303 en este sentido dispuso: «No se usará nunca del tormento ni de los apremios».

(103) El precepto de la Ley 17 venía a establecer: «Todo hombre que huyere de la cadena, vaya por hechor de lo que le fuere acusado, é peche mas seiscientos maravedís para la nuestra Cámara; y el que lo tenía preso responda en su lugar, y peche otros seiscientos para nuestra Cámara».

(104) Quedaba supérstite, como recuerda Llorca Ortega, la similar pena de baquetas en el entorno castrense, que no sería abolida hasta 1821. Vid. LLORCA ORTEGA, J., *Cárceles, presidios...*, op. cit., p. 329.

su seguridad; ni tampoco tenerla en incomunicación, como no sea con especial orden del Juez respectivo, el cual no lo podrá mandar sino cuando lo exija la naturaleza de las averiguaciones sumarias, y por solo aquel tiempo que sea realmente necesario».

El relevante Reglamento para las Cárceles de las Capitales de Provincia (Real Decreto de 25 de agosto de 1847, circulado por Real Orden de 7 de setiembre de 1847), también va a suponer un ejemplo de moderación punitiva (105) cuando prevé, en escasos preceptos, lo relativo al régimen de disciplina bajo el capítulo XIV, «De las correcciones». Si bien el artículo 58, referido a «la policía de orden», regula la información a los presos en el momento del ingreso relativa «a los castigos á que estarán sujetos por falta de disciplina», son única y específicamente los artículos 59 y 60 los que condensan, sucintamente, el catálogo de infracciones y castigos. Entre las primeras, se encuentran los supuestos de «amenazas, injurias, violencias, escalamientos, fractura de puertas ó ventanas, y cualquiera otra infracción del reglamento». La enumeración expresa del artículo se complementaba así con las numerosas prohibiciones recogidas en diversos preceptos reglamentarios (así, por ej., los arts. 53 a 57, o las disposiciones generales del art. 76 y ss.). Las sanciones aplicables, según las circunstancias, incluían la prohibición al reo de comunicar con su familia, el encierro en un calabozo, la situación de «régimen a pan y agua» (sanción que como la del encierro en calabozo no podría exceder de cinco días), o el descuento, «en favor del establecimiento de una parte de lo que le haya correspondido ó corresponda en lo sucesivo por su trabajo». El artículo 60 es norma dirigida al Director, que deberá poner en conocimiento del Jefe político los castigos aplicados, estableciendo la competencia final de éste para aumentar o disminuir la sanción. Respecto de esta reglamentación, de la atenuación carcelaria en los modos disciplinarios, en relación a su contemporánea norma penitenciaria, Téllez Aguilera ha destacado, en sus palabras, como novedad más significativa «el hacer desaparecer los castigos corporales como sanciones disciplinarias y el fijar un elenco de las mismas de forma taxativa, siendo de resaltar la limitación temporal a que se someten las sanciones más graves, todo lo cual contrastaba con la reglamentación que de los presidios hacía la Ordenanza de 1834» (106).

(105) Así lo entiende García Valdés, frente a «las correcciones conocidas por la Ordenanza de 1834». Cfr. GARCÍA VALDÉS, C., *Régimen penitenciario...*, op. cit., p. 36.

(106) Cfr. TÉLLEZ AGUILERA, A., *Seguridad y disciplina...*, op. cit., p. 180.

Esa línea proteccionista asimismo se percibe en la primera normativa de rango legal, aun de carácter administrativo-organizativo. La trascendente Ley de prisiones de 1849, en el título IV relativo a los Alcaldes de las prisiones, establecía, en el artículo 18, la responsabilidad de los Alcaldes de cuidar del «buen orden y disciplina de las prisiones, haciendo observar los reglamentos y dando cuenta sin detención á la Autoridad competente, según la calidad de la infracción en que incurrieren los presos, para que dicte las disposiciones convenientes»; y, en el artículo 19, una limitación a la discrecionalidad de aquéllos en la agravación de las condiciones de los presos, y así disponía: «No podrán los Alcaldes agravar á los presos con encierros ni con grillos y cadenas, sin que para ello preceda orden 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 misma Autoridad». El artículo 22, de la misma norma, redonda en ello, respecto de la seguridad del establecimiento, «sin vejación personal de los presos, y obrando siempre con conocimiento y aprobación de la Autoridad competente...».

Más adelante, el Reglamento para las Cárceles de Madrid, aprobado en 22 de enero de 1874, establecía dos capítulos específicos relativos a esta materia. El capítulo XLIII, referido a las penas disciplinarias, enumeraba en el artículo 314 las conductas constitutivas de infracción, integrando: «las amenazas, injurias, violencias, conatos de escalamiento, fracturas de puertas o ventanas, y cualquiera otra infracción del Reglamento». En el mismo precepto se establecían las sanciones aplicables, que consistían en la traslación del preso a otro departamento menos cómodo que el que ocupe; el destino a un encierro que no pasara de ocho días (107); la privación de comunicación con su familia; el destino a alguno de los servicios mecánicos del Establecimiento; y el descuento de una parte del jornal que se le abone, si trabajara por cuenta del Establecimiento. La aplicación de hierros se establecía como medida urgente y extraordinaria, exigiéndose la autorización judicial y dando aviso a la Autoridad (art. 317). Del mismo modo, se prescribía la posibilidad de que la Junta aumentara o disminuyera el castigo si lo creyera justo, así como había de darse conocimiento a los Tribunales si la falta constituyere

(107) El número 316, no obstante, permitía la «traslación ilimitada á un encierro, dando conocimiento al Gobernador y al Juez» [...] «cuando un preso sea de tan mal carácter y condicion que incomode continuamente á los demás y perturbe el orden promoviendo quimeras, ó imponiendo á otros con amenazas, sin que las amonestaciones ni los castigos disciplinarios sean bastante eficaces para corregirle».

delito (art. 315). E incluso el Vocal-Visitador, en virtud del artículo 318, ostentaba la potestad de aplicar penas disciplinarias y agravar o atenuar las que hubiese impuesto el Jefe. El segundo de los epígrafes, relativo a las penas en el título VIII del Departamento de jóvenes, incluía, entre las posibles sanciones, las de servicios mecánicos; privación de recreo que podrá ser de uno a ocho días; privación de comunicación de un día para los que sólo la tenían los días festivos, o de uno a cuatro días para los que la tienen diaria; privación de las raciones de pan de la mañana y de la noche; y el encierro, que pudiendo ser de uno a ocho días no eximía a los sancionados de la obligación de asistir a la escuela, a los talleres y a los actos religiosos, observándose, en todo caso, para la aplicación de las penas las reglas establecidas para los adultos.

Se reforzaba la autoridad del Director de la cárcel en virtud de la Instrucción para el servicio de las cárceles de Audiencia establecidas por Real Decreto de 15 de abril de 1886 que disponía, en su decimoséptima prescripción, las correcciones que podrían imponerse por el Director, a saber: «Privación de comunicación desde una á ocho veces, y por término de uno ó dos meses si reincidiere el penado ó fuere díscolo y perturbador; Celda de castigo, por el tiempo que fije prudencialmente el director; Media dieta ó dieta completa de pan y agua, por el tiempo máximo de tres días, con asentimiento del médico de la cárcel; Pérdida de los premios alcanzados; Destitución de los cargos de preferencia obtenidos; y, recargo en los días que correspondan á cada penado en la limpieza y servicios mecánicos. Todo sin perjuicio de dar cuenta al Juzgado, cuando el hecho constituya delito».

1. Posturas doctrinales de finales del siglo XIX acerca del régimen disciplinario

Siempre descriptiva e intensa, realista y sintética, la narración del Rafael Salillas de 1888 reflejaba una crítica y una disfunción al respecto: «¿Qué medios de represión se emplean en el presidio? El calabozo, los hierros y la vara. Los castigos corporales no están autorizados en la ley, pero lo están en las costumbres y también en la manera de ser del presidio. El Código los prohíbe, pero la Ordenanza en cierto modo los consiente. Además subsiste la vara, y si se ha dicho de los claustros «si rejas, para qué votos» se podía pedir á un tiempo la supresión de los castigos corporales y la supresión de la vara, que es el instrumento, y la del brazo que es el motor, y aun mejor que nada

la de los movimientos del ánimo, que son los impulsores» (108). No obstante, la necesidad organizativa ha encontrado siempre la conveniencia de tales medidas de disciplina en los establecimientos de reclusión. Y el reflejo doctrinal decimonónico, ante tal necesidad, se advierte en los menores obstáculos que ofrecieron a este respecto.

En este sentido, como diáfano antecedente en la visión hispana de la después denominada relación especial de sujeción (109), y en la parte relativa a las obligaciones del penado, surgían las consideraciones de Concepción Arenal, introductorias a esta materia. En sus palabras: «Además de los deberes que todo hombre tiene como tal, y que pueden llamarse generales, hay otros especiales, según la situación particular de cada uno [...]. El penado, en calidad de tal, tiene deberes especiales, como lo es su situación, y ha de cumplir el reglamento que los consigna: si no le cumple, incurrirá en las penas disciplinarias, que no son otra cosa que medios de obligarle á cumplir sus deberes especiales» (110). En su concepto, el principio de legalidad se alzaría como fundamento de tal relación (111), para desde ahí describir el carácter de tales instrumentos de disciplina, en estos términos: «Estos medios, como el fin que se proponen, han de ser buenos, no pudiendo aceptarse ninguno cruel ni humillante: entendemos por *cruel* el que

(108) Cfr. SALILLAS, R., *La vida penal...*, *op. cit.*, p. 215.

(109) Quedaría por llegar, el otro cincuenta por ciento, el de los deberes del Estado, de mayor contenido garantista, empero integrantes de esa mutua relación de contraprestaciones entre el interno y la administración. Acerca de esta relación, y de su moderna aceptación española en su vertiente administrativa, de la mano de Gallego Anabitarte o Sosa Wagner, o penitenciaria, de la de García Valdés, vid. GARCÍA VALDÉS, C., *Régimen penitenciario...*, *op. cit.*, p. 175; el mismo: «*Sobre el concepto y el contenido del Derecho Penitenciario*», en *Derecho Penitenciario* (Escritos, 1982-1989), Madrid, 1989, p. 17; o el mismo: *Comentarios a la legislación penitenciaria*. Madrid, 2.^a ed., reimpresión 1995, p. 34, donde el citado autor la define como «el conjunto de la contraprestación de derechos y deberes recíprocos que existen entre los reclusos y la Administración Penitenciaria».

(110) Cfr. ARENAL, C., *Estudios penitenciarios...*, IV, vol. 2.^o, *op. cit.*, pp. 185 y 186; previamente, la misma: *Informes...*, *op. cit.*, p. 28. A esta interesante afirmación, precedente del concepto aludido, sólo cabría hacerle la dialéctica consideración de que el penado incurrirá, en todo caso, en las faltas o infracciones disciplinarias, quedando las penas o castigos como la necesaria consecuencia dimanante de aquéllas.

(111) La autora afirmaba al respecto: «el mandato de la ley ha de ser positivo, no negativo, y ha de expresar que pueden aplicarse tales y tales penas disciplinarias, y nada más que aquéllas». Cfr. ARENAL, C., *Estudios penitenciarios*. Madrid, 1895, tomo IV, p. 186. Previamente, en sus informes al Congreso Penitenciario de Estocolmo expresaba, respecto de la duración de la sanción de aislamiento: «la duración de la pena con todas sus condiciones importantes, debe fijarse por la ley». Cfr., LA MISMA: *Informes...*, *op. cit.*, p. 36.

produce dolores físicos ó morales, agudos ó prolongados, y por *humillante*, todo lo que directa ó indirectamente tiene a rebajar la dignidad humana» (112). Estas consideraciones también se apreciaban en resoluciones internacionales de años anteriores, como las que se dictaban en el Congreso de Cincinnati (Ohio), en 1870, que por su interés, y por atender al sentir predominante en la ciencia comparada del momento, transcribimos: «El infligir dolor físico sobre las personas debería siempre hacerse con el propósito de asegurar la obediencia en el futuro y nunca para satisfacer la dignidad ofendida o para enmendar una regla infringida, o (excepto en circunstancias extraordinarias), para producir una impresión sobre otros presos. Ello debería hacerse de modo privado y prevaleciendo el respeto personal y en base a criterios de humanidad. El uso común de la “celda oscura” (*dark cell*) debería cambiarse con la introducción de luz en la misma y hacerse aplicable durante unas pocas horas solamente, para ser llevado el preso por la noche a una celda ordinaria, y devuelto al aislamiento solitario después del desayuno cada mañana, día tras día (si se encuentra bien y moralmente responsable), hasta que acepte de corazón la debida autoridad de los funcionarios» (113).

En el ámbito hispano, no obstante exigir tales garantías, la insigne autora citada *supra*, desgranó su pensamiento relativo a esta cuestión, relajando su acogedora y ya clásica pietista convicción, para dejar paso a otra más pragmática, técnica, realista, aun garantista. En su aportación al Congreso Penitenciario de Estocolmo de 1878, propugnaba Arenal un sistema motivacional, de menor contenido invasivo. En sus palabras de entonces: «La regla que tendríamos para establecer penas disciplinarias, es que no perjudiquen á la salud del cuerpo ni del alma; y en el desdichado caso de que no pudiera establecerse armonía, preferir el bien del espíritu al del cuerpo. En una prisión en que estén bien estudiadas y distribuídas con equidad las recompensas,

(112) Cfr. ARENAL, C., *últ. op. y loc. cit.* La expresión «rebajar la dignidad humana», que utiliza la autora en 1895, se reflejaba asimismo en el Reglamento Provisional para la Prisión de Madrid de 1883, en cualquier caso después del Congreso de Estocolmo de 1878. Vid., al respecto, ARENAL, C., *Informes...*, *op. cit.*, pp. 28 y ss. A la misma se refirió FRANCISCO LASTRES con estas palabras: «[...] dispuesta siempre á acudir donde quiera que pueda hacer falta el concurso de su clara inteligencia, de sus vastísimos conocimientos, ó de sus impulsos generosos, condiciones que la colocan á la altura de María Carpenter, y si algo faltara para acreditar lo mucho que vale la Sra. Arenal, los dictámenes que envió á Stockolmo serían suficientes para crearle una sólida y merecida reputación». Cfr. LASTRES Y JUIZ, F., *Estudios penitenciarios...*, *op. cit.*, p. 43.

(113) Cfr. WINES, E.C. (ed.), *Transactions of the National Congress on Penitentiary and Reformatory Discipline...*, *op. cit.*, pp. 568 y 569.

creemos que las penas rara vez serán necesarias; pero en fin, cuando lo fueren las usaríamos» (114).

En su concepto, reflejado en obra posterior, cupieron prácticamente las mismas medidas que se resolvieron en los acuerdos del último citado Congreso: «El aislamiento absoluto, sin salir de la celda, y, en casos graves, con privación del trabajo; la reducción de alimento, en los casos en que oído el dictamen facultativo, no tenga inconvenientes; la privación de comunicar, ya verbalmente, ya por escrito, con la familia; la reducción o privación de la parte del producto de su trabajo que se deja á su disposición ó ha de constituir el fondo de reserva para su salida» (115). En cambio, censuraba la privación de luz, noche y día, entendiéndolo «un castigo muy duro», justificando tal crítica en que «las rebeldías, muy raras en el sistema de aislamiento, se verifican por lo común en los primeros días, en que el recluso, si no en estado patológico, tiene á veces el de una desesperación que se debe calmar, más bien que castigar: en todo caso, y para alguno excepcional, puede autorizarse la celda tenebrosa». Interesante es la medida que explica que «en los primeros días no ha de imponerse ningún castigo grave, y á ser posible ni leve; solamente, si el recluso, en la escuela ó en las ceremonias de culto, no quiere guardar compostura, ni en el paseo silencio, hay que confinarle en su celda, y los días en que incurra en pena disciplinaria le serán contados para la extinción de su condena, hasta transcurrido un mes» (116). Se trataba, esta última circunstancia, de una excepción parcial en relación con la siguiente novedosa y acumulativa propuesta que ofrecía la autora, importada de Estados Unidos, a la que se refirió como «medio eficacísimo de que el recluso no infrinja los reglamentos», y que iba a consistir en la «autorización legal para que los días en que se imponen penas disciplinarias no se cuenten para la extinción de la condena» (117).

(114) Entre los castigos que prevenía enumeraba: «La disminución de las ventajas obtenidas, ó en caso grave la pérdida de todas ellas; la disminución ó supresión de la parte recibida como producto del trabajo; la disminución ó supresión de comunicación, ya verbal, ya por escrito; la disminución del alimento; la aplicación de la camisa de fuerza; el confinamiento á la celda tenebrosa». Cfr. ARENAL, C., *Informes...*, *op. cit.*, p. 29; o al respecto de la idea de potenciar las recompensas, la misma: *Estudios penitenciarios...*, IV, *op. cit.*, p. 193.

(115) Cfr. ARENAL, C., *Estudios penitenciarios...*, IV, *op. cit.*, pp. 186 y 187.

(116) Cfr. ARENAL, C., *últ. op. y loc. cit.*

(117) La motivación que aducía la autora atendía a la posible eficacia que «comprende, sin haberla experimentado, todo el que haya visto de cerca presos. Como el enfermo sediento piensa y sueña y delira con agua, la idea fija del recluso es la libertad: se le aparece bajo todas las formas seductoras de la vida, y hasta como

Entre las demás opciones doctrinales de contrastado relieve, cabe asimismo hacer mención al adalid del régimen, visor de la realidad palpable, admirador a grandes rasgos y rutilante adversario de la prócer en otras materias penitenciarias. Don Fernando Cadalso muestra en su exposición caracteres dispares, no obstante confluir con Arenal en el fondo, en la adecuación de los modos disciplinarios para el normal funcionamiento de los presidios y cárceles. En cualquier caso, las ácidas palabras, en su enérgico estilo, de aquél hacia la figura que representan los valedores de los presos, incómodos al sistema, por desconocedores al fin de la realidad del régimen penitenciario, bastarían al respecto: «Los que ven desde su gabinete el Presidio y por curiosidad ó por deber visitan momentáneamente á los presidiarios, quieren, sin duda, adquirir patentes de piadosos y de compasivos, de filántropos y de reformadores, y son los que gritan contra el tratamiento. Bien saben los castigados lo mucho que pueden sacar de estos penitenciaristas timoratos, de esos reformadores vergonzantes, que por desgracia tanto abundan. Así es que, cuando la puerta del calabozo se abre y aparece un *salvador*, como suelen apellidar los *amarrados en blanca* á la persona desconocida que con cierto aire de valiente realiza la hazaña *heroica* de entrar en el calabozo en compañía de los empleados, los penados lloran á lágrima viva, llaman al visitante su padre, su bienhechor, su ángel, y mil calificativos más, recordándole sus hijos, sus padres, toda su genealogía, al fin y objeto de que se interese por ellos. Quien esto oye, sin tener en cuenta que aquel llanto fingido y aquellas palabras estudiadas se inspiran en la más taimada hipocresía, se pone del lado del criminal, propicio á debilitar los efectos del disciplinario castigo, y abre brecha en el recto y obligado proceder del funcionario» (118).

En la otra orilla, en lo relativo a la psicología del funcionario y de su percepción de la disciplina presidial, ya Salillas presentó una imagen de desánimo e incredulidad, que persiste en el tiempo, cuando afirmaba: «El aparato de la reclusión desarrolla necesariamente la suspicacia, y suponiéndose un estado de agresión perpetua, suele preceder el castigo á la tentativa. Los funcionarios se convencen demasiado pronto de la ineficacia de los medios persuasivos. Aun los que

supremo consuelo en la muerte [...]. Así, pues, desde el momento en que cada día en que se incurre en una pena disciplinaria significa un día más de prisión, y aleja aquél tan suspirado, el recluso evitará con el mayor empeño incurrir en pena alguna, y será exacto cumplidor del reglamento». Cfr. ARENAL, C., *Estudios penitenciarios...*, IV, *op. cit.*, pp. 191 y 192. Medida que iba a resaltarse por LASTRES ya en 1887. Vid., al respecto, LASTRES Y JUÍZ, F., *Estudios penitenciarios...*, *op. cit.*, p. 58.

(118) Cfr. CADALSO, F., *Estudios penitenciarios...*, *op. cit.*, p. 70.

creen en la influencia correccional de los modernos sistemas penitenciarios, para cuya correcta aplicación se necesitan especialmente condiciones personales y tanta bondad como energía, se dejan influir por el medio, y en vez de atenuar el rigor lo exageran» (119). Y la consecuencia que se deriva en aquel ambiente es el aumento de rigor conforme se delega la competencia. Expresado en estos términos: «Conforme se desciende en categoría, se rebaja en nobleza, y el valor del jefe autoriza las impiedades del subalterno, y más abajo aun queda la insensibilidad del cabo de vara» (120). Así, respecto de las aptitudes que debían confluír en el funcionario, Salillas fiscalizaba el exceso y sugería medidas cuando afirmaba: «Bueno es que el funcionario, además de otros prestigios, reúna el del valor, cualidad que le ayudaría a imponerse; pero nada autoriza ese trato de cómitre á que algunos son tan aficionados. Prudente es precaverse de la agresión que no da tiempo á parar el golpe; pero los plantes, motines y sublevaciones del presidio, se dominan, cuando no con astucia, con arrojo» (121). Ascendiendo en la jerarquía disciplinaria se llega al Director del Establecimiento, de quien Concepción Arenal asimismo manifestó: «Una pena disciplinaria se aplicará á esta ó á aquella falta, según se cometa en esta ó en aquella prisión, ó en una misma, según varíe el director. Si, como creemos, la aplicación de la pena, en sus detalles todos, forma parte esencial de ella, la igualdad ante la ley exige que ésta sea una, idéntica siempre y dondequiera, y que al aplicarla se deje el menor campo posible á la divergencia de opiniones, suponiendo que no haya que temer, ni falta de inteligencia, ni abuso de ninguna especie» (122). Tal crítica a la arbitrariedad se acentuaba en el contenido de sus informes a Estocolmo, subrayando la necesidad de buscar la legitimidad del sistema equiparando el régimen de los presidios. En este sentido, «aquella uniformidad que debe tener, que la igualdad ante la ley exige, y que perdería si sus ejecutores no tienen contrapeso para sus tendencias personales. También de esto hay ejemplos en España, donde el régimen de un presidio varía con el comandante» (123). La crítica, explicativa, que respecto del consabido abuso en la disciplina presidial, llegaba hasta los medios más excesivos de sujeción, de raigambre histórica ante la necesidad (124),

(119) Cfr. SALILLAS, R., *La vida penal...*, *op. cit.*, p. 216.

(120) Cfr. SALILLAS, R., *últ. op. cit.*, p. 217.

(121) Cfr. SALILLAS, R., *La vida penal...*, *op. cit.*, p. 218.

(122) Cfr. ARENAL, C., *Informes...*, *op. cit.*, p. 9.

(123) Cfr. ARENAL, C., *últ. op. cit.*, p. 19.

(124) La defensa del regresivo remedio de los hierros se haría en la doctrina por Fernando Cadalso quien, tras dirigir su cáustica hacia los abolicionistas de tales apli-

la ofrecía asimismo Rafael Salillas, sugiriendo, en sus palabras de 1888, que «el abuso en el exceso de violencias lo autoriza sobre

caciones, señalaba la necesidad de su uso en estos términos: «Hablar en España de la aplicación de los hierros, constituye la crueldad de que se plañe el sentimentalismo á la moda, tan huero como perturbador y nocivo. Para los filántropos teorizantes, usar de tales medios es una regresión á los tiempos medioevales, es vivir y aplicar el derecho como pueblos inciviles, es un atavismo, un salto atrás que avergüenza y que escamece el progreso de la época presente. Bueno fuera que los que tal dicen y tanto se lamentan se fijasen en las disposiciones insertas en el mismo Código vigente [...]. En lo concerniente á reglamentos y otras disposiciones [...], se trata de la aplicación de los hierros, no como un elemento esencial de la pena; se preceptúa sólo como medio de castigo para los reclusos más peligrosos y perturbadores, y de seguridad en las viejas y desahondadas Prisiones, alcanzando á todos los que en las mismas se encierran, ya sean penados, ya procesados, pues las agresiones y las demasías deben siempre por necesidad reprimirse, y la custodia y seguridad del delincuente de absoluta precisión es ejercerlas, valiéndose de los medios disponibles, porque en ello se hallan interesados la justicia, el sosiego de las personas honradas y la defensa social». Cfr. CADALSO, F., *Diccionario de legislación penal, procesal y de prisiones*. Tomo II, Madrid, 1903, pp. 547 y 548. De tales modos de férrea sujeción, instrumentos disciplinarios de raigambre penitenciaria, hizo el autor citado una ilustrativa descripción, destacando, entre los principales, la corrección de *amarrar en blanca*, que consistía en sujetar un grillete en el tobillo del recluso unido con una cadena a un eslabón anclado en la pared. Así, «al lado de la blanca se coloca el petate del emblancado, el zambullo y el recipiente de agua, y allí y en tales condiciones, pasa los días señalados de castigo». La siguiente modalidad de sujeción era la denominada collera, que consistía en sujetar una cadena (de seis, ocho, diez o doce eslabones) que unía a los reclusos sancionados no permitiéndoles separarse más de la longitud de la propia cadena. Los grillos implicaban una barra cilíndrica, variable en peso y longitud, con dos argollas movibles en los extremos que se sujetaban a las piernas de los reclusos sancionados. En último término, las cartageneras y ramales eran «las primeras cadenas pesadas que están obligados á llevar por tiempo determinado los que cometen faltas cuya menor importancia permite prescindir de los castigos anteriores. Prendida por un extremo al *grillete*, la lleva de un punto á otro el penado, bien envuelta a la cintura, bien descansando en los hombros, bien arrastrándola por el suelo cuando anda. El *ramal* unido igualmente a la argolla del tobillo, pende de la cintura, y es siempre de menos eslabones y mucho más ligero que la *cartagenera*, es lo que el Código marca para los sentenciados á cadena perpetua ó temporal». Vid., al respecto, CADALSO, F., *Estudios penitenciarios...*, *op. cit.*, pp. 70 y ss; asimismo, más recientemente al respecto, TÉLLEZ AGUILERA, A., *Seguridad y disciplina...*, *op. cit.*, p. 181. En el ámbito penitenciario específico, la regulación que aceptara tal sistema de aseguramiento de reclusos, desde la Ordenanza General de Presidios de 1834, que los contemplaba en sus artículos 177, 248, 249, 250 y 337, se encuentra en la Real Orden de 11 de enero de 1841, estableciendo reglas para la mejora de los Presidios y, específicamente, en la regla 5.^a, para la sujeción de los presidiarios ocupados en carreteras y obras públicas. La siguiente norma viene a ser el Reglamento para el orden y régimen interior de los presidios del Reino de 5 de septiembre de 1844, que prescribía la forma de aplicación de los hierros y la descripción de los mismos conforme a los años de sentencia, así como para los supuestos de castigo ante el «mal comportamiento, genio díscolo, pendenciero ú otras causas». Del mismo modo, el Reglamento para las Cárceles de capitales de provincia de 25 de

todo la falta de otros medios correccionales y el consuetudinario régimen de tolerancia. No hay en los presidios calabozos en condiciones y en número suficiente para aislar á los incorregibles. Los hierros no entorpecen mas que parcialmente la privación de libertad y están hace tiempo en desuso» (125).

III. EL CONTROL DISCIPLINARIO DE LOS CUSTODIOS. LA EVOLUCIÓN PARALELA

Si, como se desprende de los esenciales cuerpos ordenancistas del siglo XIX, el principal objeto de toda disciplina era precaver los delitos, acertadamente Castejón vendría al respecto a subrayar, cómo «otro objeto se puede señalar a la disciplina: el de impedir los abusos» (126). Tal es la función y la mecánica que diera respuesta a la crucial y trascendente cuestión que, por ello mismo, en variadas formas, llega hasta nuestros días: *¿quis custodiet ipsos custodes?* Los índices que denotan la actividad reformadora y el interés humanitario deben hallarse, siguiendo esta óptica, en la proscripción legal de las

agosto de 1847 establecía, en el artículo 60, relativo a las correcciones, las competencias en esta materia. Y por Real Orden de 20 de junio de 1851, declarando que, respecto al régimen interior de los Presidios, se halla vigente la Ordenanza general del ramo, diferenciándose «entre la imposición de hierros á un convalidado cuando ésta se hace porque esté prevenida en la misma condena, ó es una circunstancia inherente á ella, y cuando nace de las medidas de precaución y correcciones que, como responsables toman los Comandantes de los Presidios, ya por la poca seguridad que los locales presten, ya para mantener la disciplina y subordinación, tan necesaria en esta clase de Establecimientos». Establecía asimismo la competencia de los Comandantes, el artículo 15 de la Orden Circular de 12 de noviembre de 1852, permitiendo la aplicación de «cadenas, ramales y grilletes a los penados entrantes, con arreglo a sus condenas». La tónica de tales aplicaciones viene a cambiar en virtud de la Real Orden de 1.º de agosto de 1857, «declarando que lo dispuesto en el Reglamento de 5 de Setiembre de 1844 sobre aplicación de hierros, se halla modificado por el Código penal vigente». En este sentido, se establecía observar aplicación de hierros según lo prevenido en el Código, quedando sin efecto lo dispuesto en el Reglamento citado, «sino como medida de seguridad cuando los penados se ocupen fuera del Establecimiento, ó como medida de corrección cuando por su mala conducta se hagan dignos de castigo. En el ámbito penal sustantivo, el Código penal de 1870 establecía al respecto, en su artículo 107: «Los sentenciados á cadena temporal ó perpétua trabajarán en beneficio del Estado; llevarán siempre una cadena al pie, pendiente de la cintura [...]». En cualquier caso, el relativo cumplimiento de tal precepto se advierte de manera clara en presidios como los africanos y en especial de Ceuta.

(125) Cfr. SALILLAS, R., *La vida penal...*, op. cit., p. 217.

(126) Cfr. CASTEJÓN, F., *La legislación penitenciaria...*, op. cit, p. 222.

conductas irregulares que los responsables de la custodia llevaran a cabo (127). En esa dirección, y con mayor rotundidad desde el siglo xv (128), numerosos preceptos y disposiciones, adversarios de la iniquidad, relativos a la disciplina y «corrección» de aquellos empleados (129), después funcionarios, han estrechado tales constatados abusos y desviaciones, así como determinado los posibles excesos de punición sobre las personas privadas de libertad, de modo provisional o tras sentencia firme. La codificación, con la tipificación de algunas de tales abusivas conductas ha pervivido, asimismo, desde el ámbito penal, adyacente a las normas de contenido administrativo penitenciario y a su procedimiento gubernativo.

Desde los más iniciales modos de reclusión como los provisionales o de custodia, la directa relación de los intereses particulares con el entorno carcelario, algunos legitimados por la norma legal como la adquisición de las Alcaldías o el propio encarcelaje, por lo común deformados en la práctica, o constituyendo abusos y extorsiones hasta el extremo, encontraron definidos límites legales. Otra cosa sería la virtualidad práctica de aquellas medidas de control. Y es así en la órbita civil, de la reclusión procesal, donde en mayor medida se halla tanta arbitrariedad. En todo caso, la reiteración normativa en el tiempo y el añadido y progresiva proscripción de nuevas conductas fiscalizables, ya para el ámbito penitenciario, será la tónica aseguradora de la legitimidad institucional en el proceso de la ejecución penal, durante tanto tiempo marcada por el rigorismo castrense. Tal fundamento de control sobre la actividad de custodia se recordaba en las garantistas palabras de Groizard: «Cuanto más importante es la misión que el poder social delega en sus representantes, cuanto más trascendentales son las atribuciones que á sus agentes confiere, mayores precauciones y garantías necesita tomar para que su confianza no quede burlada, y con más rigor deben ser castigados los funcionarios públicos que, a pesar de ellas, quebrantan la lealtad que exige el ejercicio de sus cargos» (130); no obstante, enmarcarían otra visión de la realidad las de

(127) Vid., asimismo, la normativa relativa a las visitas a presidios, en SANZ DELGADO, E., *El humanitarismo penitenciario...*, *op. cit.*, pp. 142 y ss.

(128) Esta es la delimitación temporal que aporta Eugenio Cuello Calón. Vid. CUELLO CALÓN, E., *La moderna penología...*, *op. cit.*, p. 515.

(129) En este sentido, Fernando Cadalso definía las correcciones como aquellas medidas «que se imponen a los funcionarios en la vía gubernativa y con carácter disciplinario por faltas cometidas en el desempeño de sus cargos». Cfr. CADALSO, F., *Diccionario...*, tomo I, *op. cit.*, p. 821.

(130) Cfr. GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870...*, IV, 2.ª ed., *op. cit.*, p. 146.

Cadalso, quien acercaba su percepción a los medios precisos para un buen funcionamiento desde la defensa de la función penitenciaria, denostada y poco reconocida, lastrada por la citada irregularidad carcelaria, hasta hoy, en estos términos: «El temor y la esperanza, el castigo y el premio son los dos resortes absolutamente indispensables para que todo ser, individual ó colectivo se mueva, se purifique y progrese. Premios verdaderos y castigos efectivos, señalan para sus individuos las legislaciones de los distintos organismos. En Penales abundan los segundos, pero no se consignan los primeros» (131).

Ese otro sentido reformador, advertido en el uso de los caracteres del instrumento disciplinario gubernativo, y la necesidad de una continuidad ante el escaso éxito cosechado, impregnará numerosas disposiciones durante centurias y se habría de plasmar, ejemplificativo, como en ninguna otra norma explicativa de tal interés legislativo, por su transparente contundencia, en la Real Orden de Gobernación de 14 de febrero de 1858, «encargando á los Gobernadores de las provincias vigilen la conducta de los empleados en los presidios, con objeto de corregir las faltas que en estos se cometen», reconociendo la propia exposición normativa cómo «a pesar de cuantas disposiciones se han tomado para cortar los abusos que existían en la administracion del ramo de presidios, no se ha conseguido por completo la extinción de algunos que, arraigados de largo tiempo, han subsistido, perjudicando intereses respetables, que el Gobierno está en el deber de custodiar. Como el origen de estos males proviene de la independendencia que en cierto modo tienen los establecimientos penales por la distancia que media entre ellos y el Centro administrativo, es absolutamente indispensable que V.E. (Gobernador de provincia) vigile sin descanso, y con todo el celo apetecible, el régimen que se observa en los que radican en la provincia de su mando» (132). La desazón del legislador gubernativo, ya penitenciario, se advertía así

(131) Cfr. CADALSO, F., *Diccionario...*, tomo I, *op. cit.*, p. 954.

(132) Abundarían en ello, tiempo después, otras disposiciones, o expresiones particulares, recordadas por Salillas, como la de D. Antonio López Sota, en proposición presentada a la Junta Superior Directiva y Consultiva de Cárceles y presidios, en estos términos: «Una de las causas principales del mal estado de nuestros presidios, es la falta de aptitud y moralidad de los empleados de los mismos, que lejos de contribuir al orden y á la disciplina, á la corrección y á la enmienda de los penados, fomentan, por el contrario, sus malos instintos y su corrupción para explotarlos en beneficio propio, exigiéndoles a los penados y recibiendo de los mismos propinas y dádivas, y lo que es peor, tomando á veces parte del haber de los mismos, negociándolo y especulando en todo; en los castigos y perdones que les aplican, en los trabajos que les recargan ó de que los dispensan; en las bajas que les otorgan ó que apoyan; en los permisos para salir de los establecimientos ó recibir en ellos personas extrañas, ó tolerarles relaciones ilícitas; en las ropas de vestuario y de abrigo; en todo absoluta-

similar a otra de antaño, referida al terreno provisional, carcelario, custodial para el proceso o para la ejecución penal.

Si bien el sentido asegurador de la cárcel exigía escasas labores para el personal de custodia que no fueran precisamente dirigidas a ese cometido, la guarda y vigilancia, conllevaron, no obstante, un añadido de responsabilidad. Como recordara Salillas (133), o más tarde Cuello Calón (134), se constatan en la regulación de tales cometidos, con carácter general, una específica obligación y un especial celo en el aseguramiento de las personas confinadas, en la evitación de posibles fugas, que se plasmaba en la dureza de las penas previstas para los responsables de la custodia. Así, desde las primeras manifestaciones, la compulsión legal prefirió la sencillez talional, la desmesura a la justicia. A este respecto, Garrido Guzmán ha recordado, como ya hiciera Groizard, la lógica de la relación entre «las costumbres bárbaras y rudas», que impregnaban la función de los carceleros, con «las desproporcionadas sanciones que se imponían a los guardadores» (135). En el terreno específicamente punitivo, presidial, tales medidas de control de la actividad del personal asignado a la actividad penitenciaria, no dejarán de ser sustancialmente militares hasta prácticamente finales del siglo XIX, añadidas a las normativas expresas de los cuerpos ordenancistas, de las Reales órdenes al respecto y a los preceptos penales específicos que aportara el legislador. De ahí que el recorrido del camino legislativo ofrezca una útil visión del concepto penológico en cada momento, igualando en el inicio responsabilidades a los dos lados de la función penitenciaria, e incorporando progresivos filtros, restrictivos de actuaciones abusivas o anómalas.

Como primeras referencias de entidad, de las que ya dieran noticia, entre otros, Pacheco o Groizard (136) en el ámbito penal, o Cas-

mente, defraudando al propio tiempo los intereses del Estado». Cfr. SALILLAS, R., *La vida penal...*, *op. cit.*, p. 163.

(133) Vid. SALILLAS, R., *La vida penal...*, *op. cit.*, p. 195.

(134) Vid. CUELLO CALÓN, E., *La moderna penología...*, *op. cit.*, p. 514; en muy similares términos, GARRIDO GUZMÁN, L., *Manual de...*, *op. cit.*, p. 444.

(135) Cfr. GARRIDO GUZMÁN, L., *últ. op. y loc. cit.* Con prioridad, en palabras de D. Alejandro Groizard, interpretativas de las sanciones para los supuestos de evasión, «para alejar estos peligros y poner remedio á estos males, el Fuero Juzgo adoptó un procedimiento más sencillo que justo, procedimiento que no rechazaron las Partidas y que siguieron y extendieron las leyes de la Novísima Recopilación, á saber: colocar en lugar del preso evadido al funcionario que protegió o facilitó su fuga: imponer á éste la pena que aquél debió sufrir. Ni aun ante la pena de muerte retrocedieron nuestros antiguos legisladores». Cfr. GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870...*, IV, *op. cit.*, pp. 146 y 147.

(136) Vid., al respecto, PACHECO, J. F., *El Código penal...*, *op. cit.*, *passim*; GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870...*, *op. cit.*, *passim*.

tejón (137), desde el penitenciario, la responsabilidad del Alcaide por su falta de diligencia en el desempeño de su cometido surgía ya en el Fuero Juzgo, Ley III, título IV, libro VII (138), y asimismo aparecía en las Leyes del Estilo, reclamando la responsabilidad debida por la muerte del preso (Ley CXI). Posteriormente, la legislación Alfonsina integraba los criterios de vigilancia legal a la actividad custodial, introduciendo la Partida VII preceptos específicos de control de tal función y sus responsables (139). La Novísima Recopila-

con las correspondencias que aportaran los ilustres comentaristas conforme a los preceptos de los Códigos penales de 1848 y 1870.

(137) Vid. CASTEJÓN, F., *La legislación penitenciaria...*, *op. cit.*, pp. 3, 273-275.

(138) La citada Ley prescribía: «Si algun omne cebranta carcel ó enganna el guardador, ó el guardador mismo suelta los presos por algun enganno sin mandado del iudez, cada uno de estos deve recibir tal pena é tal danno qual deven recibir los presos».

(139) Así se advierte en la Partida VII, título XXIX, Ley VIII, cuando se disponía: «El carcelero mayor de cada lugar deve venir una vez cada mes delante del juzgador mayoral que puede judgar los presos, é devel dar cuenta de tantos presos que tiene, é cómo han nome, ér por qué razon yace cada uno dellos, é quanto tiempo ha que yacen presos. E para poder esto fazer el carcelero ciertamente, cada que le aduxeren presos, dévelos recibir por escrito, escribiendo el nome de cada uno dellos, ñe el lugar do fué, é la razon por qué fue preso, é el día, é el mes, é la ora en que lo recibe, é por cuyo mandado; é si alguno contra esto fizieren, mandamos que pechen á la cámara del Rey veynte maravedís de oro [...]». De modo asegurador, en la pretensión de evitar el castigo excesivo de los presos, la Partida VII, en su título XXIX y Ley XI, afirmaba asimismo la responsabilidad, incluso judicial, cuando establecía: «Muévense los omes á buscar mal los unos á los otros, por malquerencia que han entre sí; é esto fazen algunos á las vegadas contra aquellos que son presos, dando algo encubiertamente á aquellos que los han en guarda, por que les den mal á comer, ó á beber, é que les den malas prisiones, é que les fagan mal en otras maneras muchas: é los que desto se trabajan, tenemos, que facen muy grand yerro é toman mala venganza sin razon. E por ende, mandamos, é defendemos, que ningun carcelero, nin otro ome que tenga presos en guarda, que non sea osado de fazer tal crueldad como esto por precio que le den, nin ruego que le fagan, nin por malquerencia que haya contra los presos, nin por amor que haya a los que fizieren prender, nin por otra manera que pueda ser. Ca assaz abonda de ser presos, é encarcelados, é recibir, quando sean judgados, la pena que merecieren segun mandan las leyes. E si algun carcelero, ó guardador de presos, maliciosamente se moviere a fazer contra lo que en esta ley es escrito, el judgador del lugar lo debe fazer matar por ello: é si fuere negligente en no querer escarmentar á tal ome como éste, debe ser tollido del officio como ome mal enfamado, é recibir pena por ende, segund el Rey tuviere por bien. E los otros que facen fazer estas cosas a los carceleros, dévenles dar pena segund su alvedrío». La Ley XII, del mismo título XXIX, de la Partida VII, imponía al guardián, por el suicidio del preso, la privación de oficio, asimismo castigándolo «de feridas». La responsabilidad de la custodia se reafirmaba para los supuestos de fuga en la misma Ley XII, que al respecto disponía: «En cinco maneras podría acaecer que los presos se yrian de la carcel, porque se embargaria la justicia, que se non podria cumplir en ellos. La primera es

ción (140) vendría a presentar la referencia, el característico modelo de tipificación de conductas válido para la actualización de las normas penitenciarias y preceptos penales del siglo XIX.

cuando fuyessen por muy grand culpa, o por engaño de los que oviessen en guarda. Ca, en tal caso como este, deven recibir los guardadores aquella mesma pena que devian sufrir los presos...». Tal responsabilidad para el guardian de los presos establecía por ello tres modalidades de infracción: 1.^a Si la fuga de los presos era por culpa lata o dolo de los guardadores, se les imponía a éstos la pena de aquéllos (del mismo modo se actuaba según lo prescrito en la Ley V, título XX del Ordenamiento de Alcalá, así como en la Ley XII, título XIV, del libro II de las Ordenanzas reales de Castilla). 2.^a Si era por negligencia (que también se admitía y se penaba con cadena por tiempo de tres meses a un año, en la Ley V, título XX, del Ordenamiento de Alcalá y en la Ley XII, título XIV, del libro II de las Ordenanzas reales de Castilla), o por piedad hacia un pariente o un hombre vil, con privación del oficio y castigándolos de «feridas». 3.^a Si era por caso fortuito, no debía ser penado el custodio.

(140) En este sentido, la Ley 8.^a, título XXVII, del libro IV de la Novísima Recopilación determinaba la pena del Alcalde, Alguacil o carcelero que soltaren a un preso sin mandato de todos los Alcaldes que hubiere en la Corte, estableciéndose como castigo que fueran «tenudos á la pena que el preso merecía, si fuera verdadera la causa por que lo prendieron». De igual modo, la Ley 18.^a del título XXX, disponía: «que si los que guardasen los presos los soltaren, ó no los guardaren como deben, si el preso merecía muerte, que el que lo soltó y no lo guardó bien como debía, muera por ello». Del mismo cuerpo legal, limitadoras de las exacciones indebidas, «por refrenar las codicias de los Alguaciles y sus hombres, y de los carceleros y guardas de los presos», la Ley 10.^a, título XXXVIII, ya del libro XII, establecía diversos niveles de responsabilidad que admitían, entre las sanciones previstas, desde la pérdida definitiva del oficio en el caso de los Alguaciles, a las pecuniarias contenidas en las Leyes 5.^a, 6.^a y 7.^a (cuantías fijas de 5 reales o del doble o el cuádruple de lo obtenido de forma abusiva), o incluso, para los empleados de aquellos, en los supuestos de tomar alguna cosa de los presos contra derecho o de prender a los presos indebidamente, el pago de la cuantía doblada, y «en enmienda de la deshonra que dieron al preso por prenderle, un año de prisión en la cárcel; y si no tuvieren de que pagar la pena, que les den cincuenta azotes á cada uno». En virtud de la Ley 11.^a del mismo título y libro, la mala guarda, la falta de diligencia en la custodia de los presos, se contempla asimismo como objeto de sanción, extendiéndose la responsabilidad penal prevista para carceleros o Monteros, a los Adelantados, Merinos mayores y sus Tenientes. La protección de derechos patrimoniales de los presos se ampara en la Ley 12.^a, que reitera tal equiparación punitiva mandando que «los Adelantados, Merinos, y sus Alcaldes y Alguaciles y carceleros y sus hombres no tomen cosa alguna de los presos por ninguna razon, excepto sus derechos; so pena que, cualquier de ellos que lo contrario ficiere, incurra en las penas contenidas en las leyes que hablan de los Alguaciles...». La Ley 15.^a del título XXXVIII, promulgada en 1534 por Carlos I y Doña Juana de Castilla, exige el buen trato «de manera que los presos no resciban agravio», mandando que los «Corregidores y Justicias tasen y moderen justamente lo que los presos han de pagar por las camas y lumbres de las cárceles» y que «tengan particularmente cuidado de se informar si se lleva mas de lo tasado, y de castigar al que lo llevare». En desarrollo de esta última ley, se dictaba un Auto acordado por el Consejo de Castilla, de 8 de febrero de 1695, mandando despachar provisión para que los Corregidores y Justicias del Reino cumplieran la obligación de sus oficios. En este sentido,

1. La Ordenanza de Arsenales de 1804

Entre las primeras normativas reglamentarias (141) y ordenancistas específicas, de entidad sistemática, fiscalizadoras de la función

reconociendo la necesidad de reparar la seguridad necesaria para los presos en las cárceles, se prescribía que los Alcaldes, antes de entrar a servir las Alcaldías, habían de dar, inexcusablemente, fianzas bastantes, lo cual, si no se llevaba a efecto, suponía la pena de quinientos ducados, «en que desde luego se da por condenados á los dichos Corregidores, sus Tenientes y demás Justicias, que se les sacarán con efecto por cualquier quebrantamiento ó fuga de reo ó reos que sucediere en las dichas cárceles, por el mismo hecho de haberse cometido, además de que se pasará á imponerles mayores penas segun la calidad de sus omisiones. Y para que conste á los dichos Corregidores y Justicias y á sus sucesores, se ponga en el libro de cada Ayuntamiento esta provision». La Ley 16.^a, promulgada en 1458 por Enrique IV, recoge la responsabilidad administrativa y penal de los Alguaciles que «consientan sin mandado que los que están presos por causas criminales anden sin prisiones». Así se prescribe la suspensión definitiva del oficio, sin perjuicio de las penas contenidas en la Ley 10.^a citada. La evasión seguirá siendo el supuesto de infracción con mayor carga sancionadora, disponiendo la Ley 17.^a la pena del preso fugitivo de la cárcel, y de su Alcalde, que responderá en lugar de aquel, debiendo además el pago de 600 maravedís en concepto de sanción. Y en el mismo sentido, la específica Ley 18.^a, promulgada por Juan II en 1423, amplía tal regulación punitiva estableciendo la «pena de los Alcaldes de las cárceles que soltaren los presos, ó no los guardaren en el modo debido». La extensa norma contiene la enumeración de conductas punibles y las penas adecuadas a cada supuesto, incluyéndose las medidas que aseguren la certeza de tal responsabilidad y su procedimiento, articulando para ello sanciones que van desde la muerte de los responsables de la custodia (Monteros, hombres de los Alguaciles y carceleros), «si el preso merecía muerte», a la ejecución de penas corporales, si éstas eran las previstas para el reo, y «el que lo guardare se fuere con él, ó lo soltare»; en caso contrario, se argüía, «si el preso no merecía pena corporal, y era tenuto de pagar pena ó deuda de dineros, y se fuere con él, ó lo soltare á sabiendas, sea tenuto el que lo guardare, á pagar lo que el preso era tenuto, y esté medio año en la cadena; y si por mengua de guarda se fuere, sea tenuto a pagar lo que el preso debía, y esté tres meses en la cadena; y si los Monteros que guardaren los presos, alguno dellos cayere en algun yerro destes, y no se pudieren hallar, ó no tuvieren de que pagar, que lo tomen de las quitaciones que hubieren de haber; y si no hubiere de haber quitacion, que se pague de la quitacion de los Monteros de Espinosa, si fueren dellos, ó de los de Bábía, si fueren de los de Bábía». La Ley 20.^a, promulgada en 1529 por Carlos I, y restablecida en 1539 por la Emperatriz Doña Isabel de Portugal en ausencia de su marido, prescribía que los pobres presos no fueran detenidos en la cárcel, ni se tomaran sus ropas por razón de derechos. En responsabilidad de tales supuestos se preveía que «el Carcelero, ó Alguacil ó Escribano ó otra persona que lo contrario hiciere, incurra en pena por cada vez un ducado para los pobres de la tal cárcel, y en suspension del oficio que tuviere por un mes», mandando a las Justicias «de ejecutar las dichas penas [...]».

(141) Anteriores al siglo XIX, aun de relevancia por significar el motor normativo de un sistema exportable a la Península, los Reglamentos de Ceuta recogían preceptos fiscalizadores de actuaciones abusivas sobre los desterrados. Así, por ejemplo,

custodial y penitenciaria en el trascendente siglo XIX, la Ordenanza de Presidios Navales de 1804 recogió, entre su articulado, escasos preceptos reguladores de las contingencias disciplinarias, con responsabilidad dimanada hacia el personal de custodia, claramente supeditado a un inequívoco régimen castrense. Quedaba así brevemente trazado un mínimo mecanismo de control de la actividad más cercana a los presidiarios, cual era la desempeñada por los cabos de vara. No obstante, aparte de la previsión del artículo 13 del título Primero, en orden a la posibilidad de despedir de sus funciones a los mismos sobre los que recayeran faltas o circunstancias delincuentes, o de su posible responsabilidad para los supuestos de fugas (art. 19, título II), se previeron controles sobre las actuaciones de mayor rango y responsabilidad. En este sentido, los específicos, aun procedimentales, artículos 2.º y 3.º del título VII relativo a las Penas, disponen que «el superior que contravenga a lo mandado o coadyuve a la infracción, será privado de la comisión y a más se le juzgará, según la entidad del caso» (art. 2.º), sin perjuicio de lo preceptuado en el 3.º, que resalta el contenido militar sancionador y no parece circunscribirse a los presidiarios, cuando prescribe: «los delitos que por su entidad pidan actuación judicial por escrito, se sustanciarán y juzgarán del mismo modo y forma establecida para los que cometen la marinería en mis reales bajeles».

2. El Reglamento de 1807

La Ordenanza de Presidios Peninsulares de 1807 recogió esta cuestión disciplinaria custodial en un número mayor de preceptos, dispersos, no específicamente ubicados en el título 16 relativo a la disciplina presidial. Si bien se transcribían conductas impropias e irregularidades advertidas en la función penitenciaria, se extrae de su lectura la inexistencia de una previsión penológica concreta para los supuestos planteados fuera del citado título 16. Así, primeramente, en el genérico artículo 6.º del título 6.º, relativo a los «caudales con que la Real Hacienda debe contribuir á los presidios», por no determinarse la calidad de los infractores, «empleados», a lo que se alude cuando se prescribe: «se reputará como igual delito al de plaza supuesta en la

el Reglamento de 15 de octubre de 1743, prescribía en sus artículos 24, 25 y 26, los procedimientos de quejas de los desterrados contra sus Brigadieres, las multas y castigos previstos para tales supuestos y el procedimiento del Inspector de vigilancia sobre los Cabos y rancheros, dando asimismo cuenta al Gobernador.

ordenanza general del Ejército, el permitir que un Presidiario coma por su cuenta, mientras que él ó la Real Hacienda pagan su subsistencia al Presidio, aprovechándose alguno de los empleados de ello». En los supuestos de denuncia de una situación anómala, como la anteriormente citada, por parte de un presidiario para acogerse a los beneficios derivados de aquélla, el artículo 8.º del mismo título elevaba la responsabilidad al prever que «el Comandante del Presidio, que permitiese, ó hiciese castigar al Presidiario que hubiese hecho una semejante denuncia, aunque sea por cualquiera otra falta, será removido del presidio». De igual manera, el artículo 20 del título 8.º establece la obligación para los Subinspectores del control de la actuación de los Comandantes, cuando dispone: «Los Subinspectores vigilarán sobre que los Comandantes no dejen introducir abusos, ni arbitrariedades, y darán instrucciones generales para la disciplina y economía [...]». Y es que, en cadena, entre las funciones de los Comandantes del título 9.º se recogía, en el artículo 4.º, que éstos «serán inflexibles en la manutencion de la disciplina, imposicion de los castigos, y correccion de los desórdenes»; y será en el artículo 5.º, definitorio de tal facultad de control, de un procedimiento sobre el personal subalterno, donde se advierte diáfano el interés legislativo, cuando se prescribe: «Se evitarán la mayor parte de los crímenes, y desórdenes de los presidiarios, si los Comandantes se dedican á castigar aun con mayor rigor que á ellos á los que encargados de su custodia los desatienden por malicia, ó descuido para que se prevean de Armas, limas y dinero, y tengan comunicacion con antiguos camaradas, y entre ellos pendencies, ó conversaciones dirigidas á mancomunarse, ó conjurarse para algun delito o desorden». Al respecto, el artículo 13 prevé que los Comandantes «podrán no solo reprehender, sino castigar y suspender de sus funciones a todos los individuos que le están subordinados, siempre que incurriesen en alguna falta notable, dando parte al Subinspector para su aprovacion».

Ya en el título 13 se advierte otra circunstancia de responsabilidad, sin previsión penológica, para el Capataz o Sobrestante Mayor, cuando en el número 7.º se prevé que «cuidará de la policía, gobierno economico y disciplina interior, de los depósitos de vestuario, errage y demás enseres y utensilios, siendo responsable de las faltas que se notaren». En inferioridad jerárquica, la figura del Capataz o Sobrestante encuentra un precepto fiscalizador de su conducta en el artículo 9.º del título 14, específico para la regulación de estas figuras. En el precepto citado se dispone que «el menor recelo de fraude, cohecho, ó aficion al vino, bastará para despedir a un Capataz pues no se deve dejar manifestar el desorden, y tomar raizes, quando puede cortarse

sin perjuicio notable de tercero». De igual modo, en el título 15 se prevé, en virtud del artículo 15, que «el Capataz de guardia será responsable de las ocurrencias á que dé lugar por su falta de celo, y no hacer cumplir las órdenes», tras la retreta y el cierre de las puertas. Y en el artículo 24 del título 16, específico de la disciplina e incorporador de penas para las infracciones, se prescribe incluso la responsabilidad penal del «Capataz que permitiese, o no pusiese todos los medios para evitar la desercion de un Confinado, será depuesto en su encargo, y sufrirá la pena de dos años de presidio».

En el mayor grado de subordinación, la envilecida institución del Cabo de vara veía controlada su actuación, en la citada normativa peninsular, por el mismo Capataz que observare alguna falta en la conducta de aquél. Así se desprende del artículo 13 del mismo título 14, que mitiga tal responsabilidad, en relación con las faltas de los desterrados, cuando dispone: «si la notase en algun Cabo de Vara ó Quartelero, procederá únicamente a su arresto pues los individuos de esta clase deven ser tratados con distinta consideracion». No obstante, el artículo 29 del título 16 resuelve que «los Cabos de vara como mas inmediatos a los Confinados, sufrirán igual pena que estos, quando se verifique no haberse opuesto a sus desordenes». La previsión de delitos, fraudes, vicios o ineptitud en la conducta de los Cabos y Quarteleros también aparecía recogida en el artículo 6.º del título 15, relativo al gobierno de los presidios, que dispone para tales supuestos su separación de las comisiones que amparaban su actuación, así como la nulidad de los abonos de tiempo devengados en su favor durante las mismas. De carácter general era, en fin, el artículo 27 del título 16 que dispone que «todo el que comprase, ó vendiese prendas de vestuario y de los Confinados: ó el que comprase á estos vívires, ó efectos, sufrirá la Pena de dos años de Presidio si fuese hombre, y si la mujer la de estar igual tiempo en una Casa de Correccion».

3. La Constitución de 1812

Habrà de acudirse a las disposiciones de la Constitución de 1812 para hallar las siguientes normas de interés específicas de responsabilidad para Jueces y, en particular, de Alcaldes (142). En este sentido

(142) Previamente el plan de Código Criminal elevado por la Junta de Legislación a Floridablanca el 29 de marzo de 1787 incluía en su parte I, «De los delitos y sus penas», entre los del título III, «contra el orden público», el de «favorecer la fuga de un delinquente, ocultándole o receptándole o de otro modo, ya sea por algun extraño, ya por algun Ministro de Justicia». En el mismo título se prevenían conductas

se tipificaban las conductas de los artículos 293 y 299, estableciendo, el primero, la misma para los Alcaldes cuando admitieren algún preso en calidad de tal sin haberle sido remitida la preceptiva copia del auto motivado (143). El bien jurídico libertad individual se cimentaba en el siguiente precepto (144) constitucional que impulsaba la tipificación penal, extendiendo la responsabilidad en relación con la detención arbitraria. Este específico delito se configuraría penalmente conforme a lo dispuesto en el Decreto de las Cortes de 17 de abril de 1821, restablecido en 30 de agosto de 1836, «declarando cuándo se comete delito de detención arbitraria, y pena con que debe castigarse». Los artículos 31 y 32 (145) del Decreto citado incluirían la dispar responsabilidad del Juez y del Alcalde para tales supuestos, reflejándose, por lo demás, un mayor contenido punitivo en los preceptos aplicables a los Alcaldes y otros empleados carcelarios.

4. La evolución paralela del Código penal de 1822

El liberal y humanitario Código penal de 1822 (146) incorporó a su articulado, especialmente en el título VI, numerosos preceptos relativos a la fiscalización de conductas abusivas desde la función pública,

punibles específicas del personal de custodia como «tratar los subalternos con rigor a los reos, para que rediman la vejación con dinero», o «maltratar a los presos en la Cárcel», o «hacer éstos fuga por malicia, o por culpa del que está encargado de su custodia». No obstante, como resaltara Casabó Ruiz, «este plan no se halla en la relación de documentos que el Consejo de Castilla trasladó al Ministerio de Gracia y Justicia en 1820». Cfr. CASABO RUIZ, J. R., «Los orígenes de la codificación penal en España: el plan de Código criminal de 1787», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXII, fascículo II, mayo-agosto, 1969, p. 341.

(143) Vid., asimismo, el posterior artículo 30.3.º, del Decreto de las Cortes de 17 de abril de 1821.

(144) El artículo 299 de la Constitución de 1812 prescribía: «El Juez y el Alcalde que faltaren á lo dispuesto en los artículos precedentes serán castigados como reos de detención arbitraria, la que será comprendida como delito en el Código criminal».

(145) El artículo 31 establecía: «El Magistrado ó Juez que cometa este delito por ignorancia ó descuido, será suspenso de empleo y sueldo por dos años, y pagará al preso todos los perjuicios. Si procediese á sabiendas, sufrirá como prevaricador la pena de privación de empleos, sueldos y honores é inhabilitación perpétua para obtener oficio ni cargo alguno, además de pagar los perjuicios. El artículo 32 disponía: «El Alcalde ú otro empleado que por su parte incurra en el mismo crimen perderá también el empleo, pagará al preso todos los perjuicios, y será encerrado en la cárcel por otro tanto tiempo y con iguales prisiones que las que sufrió el injustamente detenido».

(146) Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *El Criminalista*. 2.ª serie, tomo II. Buenos Aires, 1958, p. 34.

contemplando a sus titulares como sujetos activos de infracciones. No obstante, aun de modo disperso, vino a proscribir otras conductas relacionadas con el ámbito penitenciario ya en el capítulo IV del título I, relativo a los delitos contra la libertad individual de los españoles y, de modo específico, en el artículo 246, referido al delito de detención arbitraria, recogiendo especialmente lo que respecta a los Alcaldes en sus números 3.º y 7.º Así, se disponía como cláusula genérica final que «el alcaide u otro funcionario público que por su parte incurra en este delito de detención arbitraria, perderá también su empleo, y será encerrado en la cárcel por otro tiempo y con iguales prisiones que las que sufrió el injustamente detenido», y respecto de los hechos específicamente punibles el 246.3.º citado, establecía: «Cométese el delito de detención arbitraria [...] 3.º Cuando el alcaide sin recibir esta copia (del auto) é insertarla en el libro de presos, admite alguno en calidad de tal». Y en el número 7.º, «[...] cuando el alcaide incurre en estos dos últimos casos (referidos a no poner en libertad bajo fianza o cuando los tenga privados de comunicación sin orden judicial, o en calabozos subterráneos o malsanos), u oculta algún preso en las visitas de cárcel para que no se presente en ellas». También fiscalizadores de constatadas prácticas, en el título III, capítulo VIII, relativo a «los que allanan cárceles o establecimientos públicos de correccion ó castigo para dar libertad ó maltratar asi á los detenidos y presos: de los alcaides ó encargados responsables de la fuga; y de los que cooperan ó auxilian á ella», los artículos 353 (147) y 354 prescribían lo referido a las conductas que implicaran infidelidad en la custodia de presos, para los supuestos de dolo o culpa, respectivamente, haciendo responsables por ello a los alcaides, guardas o encargados de la custodia de los presos, detenidos o penados. Ya en el citado título VI relativo a «los delitos y culpas de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos», han de citarse los delitos de prevaricación del artículo 451, y aquella llevada a cabo mediante soborno o cohecho recogida en los artículos 454 a 459, prescribiéndose en el primero y más grave de los citados, que aquel «que cometa prevaricación por soborno o

(147) El artículo 353 disponía: «Los alcaides, guardas ó encargados de la custodia de los presos, detenidos ó sentenciados, que á sabiendas tolerasen alguno de dichos delitos (escalamiento de cárcel y fuga de presos), o diesen lugar á ellos, ó disimularen la introducción de armas ó instrumentos para que se cometan, sufrirán la pena de dos á veinte años de obras públicas. Igual pena sufrirán si de cualquier otro modo, aunque no intervenga escalamiento ni violencia, facilitaren, ayudaren ó permitieren á sabiendas la fuga de algún preso, detenido ó sentenciado, puesto bajo su custodia. Si mediare soborno ó cohecho se le impondrá además en ambos casos la pena de infamia, y la de inhabilitación perpetua para obtener cargo alguno público».

cohecho dado ó prometido á él ó su familia, directamente ó por interpuesta persona, sufrirá, además de las penas de prevaricador, la de infamia, y una reclusión de uno á cuatro años, si no estuviere señalada otra mayor al delito que cometiere». La proscripción de las exacciones ilegales seguirá asimismo presente en preceptos como los de los artículos 474 y 476, disponiendo el primero: «El funcionario público de cualquiera clase que para hacer lo que por su destino tiene obligación de practicar sin derechos ni salario, ó para no hacer lo que no debe, exija y haga pagar gratificación ú otra adehala, ó exija ó haga pagar más de lo que legítimamente le corresponda por los actos en que deba percibir salario ó derechos, aprovechándose de lo injustamente exigido, lo reintegrará también con el tres tanto por vía de multa, perderá su empleo ó cargo y no podrá obtener otro alguno público mientras no se le rehabilite». Otra conducta reprochable por delictiva era la contenida en el artículo 493, que establecía: «El alcaide, guarda ó encargado de cárcel, casa de reclusión u otro sitio, que seduzca ó solicite á mujer que tenga presa bajo su custodia, será también privado de su cargo, y no podrá obtener otro alguno público en el espacio de cuatro á diez años; sin perjuicio de cualquiera otra pena que merezca como persona particular».

Si bien la fuga se ha mantenido en el tiempo como el origen de las mayores responsabilidades para alcaides o comandantes de establecimientos, la diversidad en la responsabilidad de los obligados a la guarda de los presos se contempla diáfana respecto de la correlativa calidad de los fugados. La complicidad de los oficiales de guardia en los supuestos de fuga de reos de conspiración por la vía del soborno, se va a advertir y regular, en evitación de «la repetición de un abuso tolerado que ocasiona males de grave trascendencia», por Real Orden de Gracia y Justicia, de 25 de mayo de 1824. Conforme a la misma, los Comandantes de las cárceles de las cuales se fugaren los reos de conspiración o excluidos de la amnistía, serían considerados cómplices de los delitos de que fueren acusados éstos, así como la Real Orden de 23 de octubre de 1829 incluía asimismo los reos de tránsito. A contrario, la Real Orden del mismo ministerio de 7 de noviembre de 1825, mandaba que no se exigiera a los Alcaldes de cárceles que no fueran seguras, responsabilidad por la fuga de reos de contrabando.

5. La Ordenanza General de 1834

La extensa Ordenanza General de Presidios de 1834 regula en escasos preceptos la responsabilidad disciplinaria de empleados

públicos de establecimientos penitenciarios, y dirige especialmente su atención a fiscalizar las conductas reprobables en los menores niveles de custodia, en los de mayor cercanía a los confinados. Así, entre los artículos referentes a las competencias de los capataces, en el número 109 que define las obligaciones de los mismos, la decimo-sexta previó la sanción de separar de su destino a aquellos que exigieran ni recibieran «jamás ninguna recompensa» de los presidiarios. En todo caso, la máxima precaución y el control más directo se venía a efectuar sobre los cabos de vara. El carácter de la propia figura y sus circunstancias de contacto directo con los presidiarios exigían una especial fiscalización de su conducta, amparando tal previsión disciplinaria. Los cabos de vara encuentran así, desde el menor rango de la institución, diversos preceptos que prevén, como de entidad, la sanción de privarles de su destino ante posibles desviaciones. Si bien la obligación primera de los capataces, regulada en el artículo 109 de la Sección quinta, incorporaba la responsabilidad de los cabos ante «la menor tolerancia, disimulo u ocultación de cualquier defecto que se notare», en las salidas al patio de los presidiarios, el artículo 114, propio ya de la Sección sexta referida a los cabos, establecía que «desde el momento en que un penado tome la vara de cabo segundo tendrá obligación de distinguirse en la exactitud del servicio; y á la menor falta quedará privado de su encargo, y volverá a la clase de presidiario». En la sexta obligación del artículo 116, se disponía de igual modo la «pena de resarcimiento» para los supuestos de causar perjuicio o deterioro a los efectos personales de los presidiarios en las requisas de los dormitorios. En fin, la obligación decimoctava del mismo precepto establecía: «Finalmente, los cabos de vara serán puntuales en el desempeño de cuanto se les encargue, respetarán y obedecerán ciegamente á sus Superiores, serán puros en el desempeño de sus destinos, pena de perderlos, y vigilantes y prudentes con los confinados (...)». En todo caso, el procedimiento y competencia judicial en los delitos cometidos por empleados de prisiones aparecía regulado en los artículos 350 y 351, disponiendo el primero: «En el caso de delinquir los Comandantes ó cualesquiera otros empleados de presidios, serán juzgados por sus Jueces con arreglo al fuero que disfruten»; el artículo 351 establecía asimismo: «Si las sentencias que dieren los Jueces del fuero de los empleados en los establecimientos de presidios son absolutorias de los cargos que se les hicieron en el desempeño de sus destinos, tendrán efecto; pero no llevarán consigo la cualidad de restitución de los mismos destinos, si no tiene por conveniente conservarlos en ellos el Director general».

6. Reales Órdenes y normativa posterior

Añadido al previsto en la regulación ordenancista, el control de los confinados rebajados fuera de los cuarteles supuso el establecimiento de la regla 4.^a de la Real Orden del Ministerio de la Gobernación de 11 de enero de 1841, «estableciendo reglas para la mejora de los presidios», que disponía: «Para que desaparezca de una vez el abuso de permitir que haya confinados rebajados fuera de los cuarteles en contravención de la Ordenanza y de varias Reales órdenes vigentes, los empleados de presidios que en adelante lo consintieren quedarán separados de sus comisiones y sujetos á la mas severa responsabilidad, así como cuantos en ello tuvieren parte ó con su tolerancia lo autorizasen. Exceptuándose de esta disposicion los presidios de Africa por las circunstancias particulares en que se encuentran, segun se declaró con respecto al de Ceuta en 29 de marzo de 1839».

En continuidad cronológica, la responsabilidad de los Comandantes quedaba de igual modo prevista para supuestos como los recogidos en la Circular de la Dirección General de Presidios de 13 de Setiembre de 1842, «previniendo que por ningun concepto se permita que salgan confinados de los cuarteles sin que vayan custodiados por fuerza armada, cuyo Jefe será responsable si se fugasen». Se elevaba, en cualquier caso, tal responsabilidad desde el Jefe de la escolta hasta el Comandante del presidio en los supuestos de desertión cuando no se hubiere llevado a efecto tal exigencia de escolta. En tales supuestos «será responsable el Comandante del presidio con su destino, del que será inmediatamente separado, sin perjuicio del sumario que V.S. mandará a instruir y de las resultas del fallo que los Tribunales den si apareciese culpable en la desercion».

Un mes más tarde, también de carácter administrativo interno, la Instrucción de la Dirección General de Presidios de 20 de octubre de 1842, aun relativa a mejoras propuestas acerca del vestuario-uniforme de los penados y a «otras medidas de policía para el mejor orden y prosperidad del ramo», recogía asimismo, entre su articulado, el número 11 que disponía una sanción pecuniaria para los capataces o cabos responsables de penados que desertaren. Así, se establecía: «No debiendo salir del cuartel seccion alguna de presidiarios, por corto que sea su número, sin que vaya á cargo de un capataz ó cabo primero, se descontará á éstos de sus respectivas gratificaciones mensuales el importe de las prendas que se lleven los que deserten».

El específico ámbito laboral externo penitenciario, que se regulaba en la Parte Adicional a la Ordenanza General de Presidios de 2 de marzo de 1843, referida a los «confinados que se destinan á los tra-

bajos de obras públicas», introdujo asimismo preceptos correctores de irregularidades en el proceder de los empleados de custodia, en todos los niveles de actuación. Así, en primer término se previó, en virtud del artículo 2.º del título Primero, que «si el Ingeniero Director de las obras notase en alguno de estos empleados falta de celo ú otras, dará conocimiento de ellas al Comandante del presidio; y si éste, desentendiéndose del aviso, no aplicase el oportuno remedio acudirá al Jefe político de la provincia respectiva, y aun á su Direccion misma, para que ésta lo haga á la de presidios, la que, previos los informes que estime, acordará lo que deba con respecto al Comandante por su omision ó falta, si la hubiere». La responsabilidad del Comandante de la escolta se encuentra en el artículo 27 del título III, cuando entre sus atribuciones disponía: «Evitará en lo posible el roce y familiaridad de la tropa con los presidiarios, y será responsable del mal ejemplo y de las desavenencias á que pudiera dar lugar la conducta de cualquiera de sus subordinados». El resto de preceptos de control disciplinario se deriva en este ámbito hacia la actividad de los capataces y jefes de obra, que la ven fiscalizada en los artículos 40, 43 y 51 (148). Para tales supuestos, se prevenían los castigos de privación de pluses y separación de las obras de los empleados implicados, tras la atribución de competencias de control y sanción al Ingeniero Director de las obras.

La delimitación de atribuciones en el más elevado nivel de la custodia, iba a llegar, en cualquier caso, con la trascendente Real Orden de 3 de octubre de 1843, del Ministerio de la Gobernación, «declarando en qué casos deben los Jefes políticos ejercer su autoridad superior en los presidios [...]» (149). El control del exceso en la actividad

(148) Los artículos citados disponían: «Art. 40: Si se encontrase inexacta alguna lista, el Ingeniero Director impondrá por primera vez al capataz el castigo de privación de plus por un mes; y si reincidiese, dará cuenta al Comandante del presidio; y si éste se desentendiese, lo hará al Jefe político para que le separe de las obras, y se procederá á su reemplazo. Igual castigo recaerá por falta de subordinación á los Jefes de las obras ó de cumplimiento de sus respectivas obligaciones en las mismas; por causas de menor trascendencia que las expresadas, quedarán los capataces privados del plus por un número de dias proporcionado á juicio del Ingeniero; todo sin perjuicio de lo demas á que el Comandante crea haber lugar con arreglo á Ordenanza; Art. 43: Los capataces serán responsables de los daños y perjuicios que tanto en las marchas de ida y vuelta al cuartel, como durante los trabajos, ocasionen los presidiarios en las viñas, huertas, sembrados, frutales, &c.; Art. 51: Los capataces pagarán de su plus, y en caso necesario de su sueldo, las herramientas y útiles que se estropeen por descuido suyo en celar á los trabajadores; mas si notasen que alguno las rompiese con intencion, darán parte para que éste sufra el descuento y castigo correspondiente».

(149) De sumo interés se muestra la fundamentación del necesario control que afronta la citada Real Orden, cuando prescribe: «Varios abusos tradicionales, varias

de tales Jefes se hacía, en virtud de esta Real Orden, resolviendo los límites de su efectiva competencia, en ocasiones abusiva frente a los Comandantes, a falta, en la Ordenanza de 1834, de «una demarcación estricta y rigurosa que inculcase suficientemente la idea de que sólo en casos urgentes é imprevistos, puramente excepcionales por su naturaleza, [...], pudiese la Autoridad de los Jefes políticos adquirir toda la latitud necesaria para suplir por de pronto la de la Dirección general y la del mismo Gobierno». Se resolvía, en consecuencia, que la autoridad de los Jefes políticos se ceñiría «estrictamente al principio de proteccion y vigilancia, dejando enteramente expedita la autoridad de los Comandantes en todo lo relativo al régimen y disciplina interior establecidos por el Gobierno». Estabilizada, así, la competencia militar directa e interna, en virtud de la Real Orden se encargaba, en fin, al Director General de Presidios «que se ocupe sin dilacion en redactar el reglamento oportuno que determine clara y distintamente las atribuciones de sus inmediatos subalternos [...]». Al respecto, el Ministerio de Gobernación dictaba, el 15 de abril de 1844, un «Reglamento circulado en 24 del mismo por la Direccion, con varias prevencciones para la observancia de la Real órden de 3 de octubre anterior, sobre atribuciones de los Jefes políticos en los presidios». Se delimitaba la capacidad de actuación de los mismos en los artículos 1.º a 7.º, determinando sus definitivas competencias y señalando, entre las mismas, la posibilidad del artículo 7.º, de actuar disciplinariamente en los casos extraordinarios «de que se habla en los artículos 39 y 40 (150) de la Ordenanza». En tales supuestos, los Jefes políticos podrían «reasumir toda la autoridad [...] solo cuando la ocurrencia sea de tal gravedad que [...], podrán suspender al Comandante y Mayor y á

dificultades ocurridas en la aplicación, y que debiendo ser meramente pasajeras se han perpetuado por falta de actividad y de energía, han contribuido á dar cierto carácter normal á esta autoridad omnímoda, y á convertir la excepcion en regla general y constante. El Gobierno ha visto con sentimiento en muchas ocasiones que los Jefes superiores de los presidios, á quienes confiaba la vigilancia de los actos de los Comandantes para que no se menoscabase la disciplina que debe reinar en ellos, lejos de coadyuvar con su celo al logro de felices y prontos resultados, y al mejoramiento del sistema penal, han ejercido con su autoridad dentro de los presidios un influjo verdaderamente pernicioso, consintiendo, autorizando y aun disponiendo infracciones de mucho bulto en menosprecio de las más sabias e importantes disposiciones reglamentarias».

(150) El artículo 40 de la Ordenanza de 1834 establecía, entre aquellas circunstancias excepcionales: «epidemias, incendio de algun edificio presidial, la sublevacion de los penados, la fuga por descuido ó por malicia de los mismos, en totalidad ó en parte, y otros equivalentes en que la autoridad de los Subdelegados de Fomento debe suplir por el pronto la del Director general, y aun la de mi Gobierno».

cualquiera subalterno en virtud de parte circunstanciado del primero de dichos dos Jefes [...]» (151). Se prevé, asimismo, la responsabilidad de los Comandantes en el artículo 8.º del Reglamento que disponía: «Los Comandantes de los presidios, por efecto de lo dispuesto en la citada circular de 3 de octubre último, son los Jefes superiores de ellos, y como tales inmediatos responsables á la Direccion general del ramo de las faltas y abusos que en sus establecimientos se cometan». En desarrollo de tales facultades, artículo 15, entre sus atribuciones, establecía la fiscalización de la actuación del personal penitenciario, en estos términos: «Darán cuenta á la Direccion del ramo por el correo inmediato de las faltas leves que cometan sus subalternos, para que acuerde el condigno castigo; pero si fueren de tal trascendencia que tiendan á perturbar la disciplina y el órden interior del establecimiento, podrán suspenderlos en el acto, poniéndolo además sin dilacion en conocimiento de la Autoridad protectora del Jefe político, y de la misma Direccion para la resolucion que convenga». En último extremo, los Comandantes, en virtud del artículo 19, «responderán con la pérdida de sus respectivas comisiones, sin perjuicio de otras providencias mas severas á que pueda dar margen el caso particular, de la mas estricta observancia de los artículos 296, 297 y 298 de la Ordenanza y Reales órdenes posteriores, que tratan de rebajados, como que la responsabilidad en tan importante asunto pesa ya exclusivamente sobre ellos, así como en el de la buena eleccion de cabos de que en gran parte pende la represion de los delitos y el alivio de la responsabilidad de los Comandantes [...]».

El Ministerio de Gracia y Justicia dictaba, por su parte, el 1.º de mayo de 1844, el «Reglamento de los Juzgados de Primera instancia del Reino que no residen en capital en que hay Audiencia», incluyendo entre alguna de sus normas la responsabilidad y deberes de los Alcaldes. La Sección séptima recogía al respecto, en el artículo 67, cómo «son los Alcaldes responsables con su persona y bienes de la

(151) Del mismo modo, la administrativa Ley para el Gobierno de las provincias, dictada por el Ministerio de la Gobernación a 12 de abril de 1845, se hacía eco de las posibilidades de actuación del Jefe político citadas *supra*, y prescribió en su artículo 5.º5, relativo a las atribuciones del mismo, para el desempeño de su autoridad, la de «suspender en casos urgentes á cualquier funcionario ó empleado dependiente del Ministerio de la Gobernacion de la Península, dando inmediatamente cuenta al Gobierno». No obstante preverse esta facultad, se exigían garantías procedimentales por Real Orden de 4 de noviembre de 1845, mandándose que «cuando los Jefes políticos suspendan á algun funcionario dependiente del Ministerio de la Gobernacion, expresen, al dar cuenta de ello al Gobierno, la razon de la suspension, poniéndolo al mismo tiempo en conocimiento de la respectiva Direccion».

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 mas ó menos seguridades, son dependientes de los Jueces. También lo son respecto de las condenas de prision que en las cárceles se cumplen».

Los Reglamentos de 5 de Setiembre de 1844, en desarrollo de la Ordenanza General, incluyen asimismo preceptos que muestran un interés institucional por fiscalizar prácticas anómalas y abusos conocidos en la vida diaria del presidio y en la conducta de los empleados del mismo. En este sentido, el «Reglamento para el orden y régimen interior de los presidios del Reino» introdujo, entre sus prescripciones, medidas preventivas y de responsabilidad y castigo para estas contingencias. Entre las primeras, se aprecia, de manera expresa, la intención de evitar los castigos de mayor entidad entre las funciones del Comandante y, a contrario, se nos describen tales supuestos vinculados a infracciones graves. Así, se dispone: «[...] porque consiguiendo no entren bebidas en el establecimiento, barajas ni efectos de los prohibidos, ni que se extraigan del cuartel los que no deban, evitarán quimeras, desazones y raterías. Con esta medida y la conveniente para que no se haya juego, estén seguros que no lamentarán desgracias en sus establecimientos, y desaparecerán de ellos los incorregibles y la imposición de castigos fuertes». Se aprecian, asimismo, disposiciones de control del desempeño en las obligaciones del personal penitenciario desde la menor entidad, que de ese modo atañen a cabos de vara, capataces, furrieles y mayores, así como la previsión normativa de un lugar físico de encierro para llevar a efecto estas prescripciones disciplinarias. De esta forma, se establece: «Habrá en todos los presidios un encierro en donde con entera separación de los confinados, sean arrestados los cabos de vara cuando las faltas que cometan no sean bastantes para desposeerlos de las escuadras. Otro igual habrá para los capataces, siempre que éstos se hallen en idéntico caso que los cabos». Respecto de los últimos, la primera de las indicaciones acerca de su responsabilidad dispone: «los cabos de vara responden á los capataces de las faltas que ocurran en sus respectivas brigadas [...]. Son responsables del aseo, buen estado del vestuario y subordinación de los individuos de sus respectivas escuadras, y á ellos hará cargo el capataz de las faltas que notare». Con respecto a los mismos, los capataces estarían facultados únicamente para arrestarlos en el dormitorio, a la espera de la resolución del Comandante. Los capataces encuentran, por su parte, entre sus prevenciones, incluso para los supuestos de omisión, disposiciones como la que sigue: «El que disimulando cualquier defecto que pueda trascender al buen orden y

disciplina no lo contraría y remedia, ya por sí, ya dando cuenta á sus inmediatos Jefes, ó al que mas pronto pueda tomar determinacion si el asunto lo exige, será castigado como si por sí propio lo hubiese cometido ó autorizado, y será despedido del establecimiento» (152). Asimismo, «será castigado con todo rigor el que no hiciere observar la mas puntual disciplina en su brigada, respondiendo con su persona de los excesos que en ella ocurrieren, á menos que no pruebe de un modo indudable que puso de su parte cuantos medios pudo para evitarlo». Los Furrieles tenían la responsabilidad del buen uso y estado de cuanto recibieran (menaje de hierros, herramienta, enseres y maquinaria), y, en este sentido, la obligación de «advertir al Mayor con oportunidad las descomposiciones para su pronto remedio, no descuidando esta circunstancia en razon á que lo que con poco, acudiendo á tiempo, puede remediarse, olvidándolo cuesta mucho ó se inutiliza; los perjuicios que por su omision ocurran los satisfarán de sus gratificaciones, sin perjuicio de otras penas si por abandono ó descuido se hiciesen acreedores á ellas». Por su parte, los Mayores, en su calidad de segundos Jefes de los establecimientos penales, habían de reemplazar a los Comandantes en sus ausencias o enfermedades, y de responder «á estos de las faltas de sus subalternos; la disculpa de que lo que mandaron no se ejecutó es un delito en los Jefes, porque sin energía, sin el suficiente vigor y carácter, que el que manda ha de poseer indispensablemente, no puede existir subordinacion, orden ni disciplina».

La circunstancia de exigir suficiente diligencia a la hora de realizar, por los responsables de la custodia, las actuaciones y propuestas de licencia necesarias para agilizar los trámites de liberación de penados cumplidos, también ha sido objeto señalado de atención disciplinaria. Así, el 14 de noviembre de 1845 se dictaba por Martínez de la Rosa, desde la Dirección General de Presidios, una Circular «previniendo á los Comandantes de los mismos que se castigará con el mayor rigor el dejar de proponer á su debido tiempo la expedicion de licencias á los confinados cumplidos».

Un año después, aún la fuga de un recluso seguía produciendo la deposición del empleado que se demostraba había incurrido en

(152) Los supuestos de despido de capataces del establecimiento se van a ampliar para las contingencias de «disminucion de la fuerza presidial ó de faltas cometidas por aquellos», en virtud de lo dispuesto por Real Orden de Gobernación de 15 de julio de 1850, que específicamente autorizaba a los Gobernadores en tales casos «para que suspendan á los capataces de los presidios».

negligencia, y ello en virtud de los artículos 4.º al 7.º de la Real Orden de 16 de mayo de 1846.

Las atribuciones de los Jefes políticos en los establecimientos penitenciarios, definidas por Real Orden de 15 de abril de 1844, se verán limitadas por otra del mismo rango y ministerio de Gobernación, de 23 de marzo de 1847, consignando «ciertos principios sobre autorización para procesar á los empleados de los presidios». La delimitación de actuaciones posibles para el Jefe político, que instare un procedimiento judicial ante el Juez de primera instancia en la pretensión de formar causa contra el Comandante y Ayudante del presidio, derivado de las denuncias de varios abusos cometidos en el mismo, se hace en virtud de esta Real Orden, tomándose en consideración cada uno de los preceptos que, en supuestos excepcionales, facultaban a los Jefes políticos para suspender a los Comandantes y otros empleados subalternos del establecimiento a su cargo. En concreto, «la autorización que el Jefe político de Toledo concedió tácitamente al Juez de primera instancia de aquella ciudad, para formar causa al Comandante y al Ayudante del presidio de la misma, en el hecho de remitirle á este fin las diligencias practicadas de su orden, no es la que se requiere para la validez de los procedimientos contra esta clase de funcionarios por excesos ó delitos oficiales». El procedimiento adecuado se resolvía al disponer la citada norma «que si aun en los casos extraordinarios y de absoluta urgencia, en que segun el artículo 7.º de la citada Real orden, reasumen toda la autoridad, no pueden los Jefes políticos autorizar por sí la formación de causa contra los Comandantes, los Mayores y los subalternos de los presidios sujetos á su inspección, sino que conforme al mismo artículo debe concretarse á suspender á aquellos, y á remitir á la Dirección general del ramo la sumaria que deberán formar, para que en su vista resuelva el Gobierno lo que estime».

7. El Código penal de 1848 y el control de la custodia

Vigentes en el orden penitenciario la Ordenanza General de 1834 y el Reglamento de 1844, lo específico regimental disciplinario para los intervinientes en la custodia de confinados encontraba, asimismo, previsiones normativas en el nuevo Código penal, promulgado el 19 de marzo de 1848 y reformado por Real Decreto de 30 de junio de 1850, que introdujo entre sus preceptos la tipificación de algunas conductas constitutivas de delito, así como las consecuentes responsabilidades de los Alcaldes de las cárceles, de los Jefes de los estableci-

mientos penales y de los empleados públicos de custodia. En este sentido, los artículos 295 y siguientes regularon esta materia, incluyéndose la tipificación de otras conductas irregulares de los empleados públicos de Justicia, estableciéndose, específicamente, en virtud del citado 295, las penas de suspensión y multa de cinco a cincuenta duros, para «el Alcaide de la cárcel ó Jefe de establecimiento penal que recibiere en ellos en concepto de presa ó detenida á una persona sin los requisitos prevenidos por la ley» (núm. 3.º) (153). La misma pena para «el Alcaide ó cualquier empleado público que ocultaren á la Autoridad un preso que deban presentarle» (núm. 4.º), conducta que, como se ha visto *supra*, ya se proscribía desde Partidas. Así como distinguiendo la responsabilidad, agravándola, respecto del sujeto activo que no fuere empleado estatal con sueldo fijo, se dispone: «todo empleado público que no diere el debido cumplimiento á un mandato de soltura librado por la autoridad competente, ó retuviere en los establecimientos penales al sentenciado que ha extinguido su condena. Cuando la persona que incurriere en alguno de los delitos de que se trata en este artículo no gozare sueldo fijo del Estado, incurrirá, además, en la pena de arresto mayor á destierro. Igual agravacion aplicarán los Tribunales cuando la prision ó detencion arbitraria excediere de ocho dias, sin perjuicio de lo que para en su caso previene el artículo 297» (núm. 5.º). El artículo 296 se remitía al anterior, afirmando que sus disposiciones son aplicables a otros supuestos relativos a esta cuestión penitenciaria, como los del número 2.º: «Al Alcaide que sin mandato de la Autoridad competente tuviere incommunicado ó en prision distinta de la que corresponda á un preso o sentenciado»; o prescribiendo la misma responsabilidad para el «Alcaide o jefe de establecimiento, que impusiere á los presos ó sentenciados privaciones indefinidas, ó usare con ellos de un rigor innecesario» (núm. 3.º); o, en el número 4.º, «al empleado público que negare á un detenido ó á quien le represente, certificación o testimonio de su detencion, ó sin motivo legítimo dejare de dar curso á cualquiera solicitud relativa á su libertad». El siguiente precepto penal que se ocupa de esta materia, agravando la pena en relación con la responsabilidad

(153) El precedente legislativo de este precepto se halla en la Novísima Recopilación en el libro XII, título XXXVIII y Ley 13. No obstante, no aparece un contenido disciplinario en tal antecedente sino informativo de obligaciones para los carceleros. Así, la ley 13 citada disponía: «Porque lo alguaciles traen ó envian presos á las cárceles, y acaesce no venir en un mes ó dos, y por no saber la causa de su prision no le sueltan, aunque ofrescen pagar ó fianza de saneamiento; por ende mandamos, que ninguno de los carceleros resciba preso alguno, sin que el Alguacil le dé ó envíe cédula de la razon por qué aquel viene preso [...]».

del empleado público, es el 297, que dispone: «El empleado público culpable de los abusos designados en los números 1.º, 4.º y 5.º del artículo anterior, y en el 5.º del 295, será castigado con las penas de inhabilitación temporal y multa de cincuenta á quinientos duros, cuando por efecto del abuso se prolongare la detención por más de dos meses» (154). El artículo 298, asimismo, establecía: «el empleado público que arbitrariamente pusiere á un preso ó detenido en otro lugar que no sea la cárcel o establecimiento señalado al efecto, será castigado con la multa de diez á cien duros» (155). En última instancia, por su especificidad, el artículo 303, procedente de la anterior regulación del artículo 493 del Código de 1822, restringía el verbo típico eliminando el inapropiado «seducir», y prescribía: «El Alcaide que solicitare á una mujer sujeta á su guarda, será castigado con la pena de prisión menor. Si la solicitada fuere esposa, hija, madre, hermana ó afin en los mismos grados de persona que tuviere bajo su guarda, la pena será prisión correccional. En todo caso incurrirá además en la de inhabilitación perpetua temporal» (156). Respecto de los empleados de custodia, el artículo 276 prescribía, en fin: «El empleado público culpable de connivencia en la evasión de un preso cuya conducción o custodia le estuviere confiada, será castigado: 1.º En el caso de que el fugitivo se hallare condenado por ejecutoria en alguna pena, con la inferior en dos grados y la de inhabilitación perpetua especial. 2.º En la pena inferior en tres grados a la señalada por la

(154) En relación con este artículo Joaquín Francisco Pacheco criticó su redacción y mostró su temor al ver agravada la pena, por cuanto esto pudiera suponer una mayor dificultad para hacerlo efectivo. Así expresaba: «nos asalta, siempre que vemos aumentarse un castigo, el temor de que sea aquel aumento propio una nueva dificultad para que se ejecute». Cfr. PACHECO, J. F., *El Código penal...*, II, *op. cit.*, p. 466. También vid., en ed. Téllez Aguilera, *op. cit.*, p. 903.

(155) El ilustre Pacheco, en su comentario a este precepto, resaltaba e interpreta la expresión «arbitrariamente», expresando los supuestos de necesidad real de las cárceles entendiendo que «semejante palabra excluye por tanto, no sólo las infracciones indispensables de la regla, sino aun aquellas que, sin ser de todo punto necesarias, fueren recomendadas por graves y poderosas razones [...], lo que castiga, son infundados y voluntarios privilegios, ora sean favorables, ora sean odiosos». Cfr. PACHECO, J. F., *El Código penal...*, II, *op. cit.*, p. 467 (también en ed. Téllez Aguilera, *op. cit.*, p. 904).

(156) La dificultad en hacer efectivo este precepto se resaltaba, de igual modo, por el Comentarista del Código de 1848. Al respecto afirmó Pacheco: «Desgraciadamente estos casos son por su naturaleza de los que difícilmente se justifican, y de los que quedan por tanto sin corregir en su mayor parte. Esta es una desgracia de la humanidad, que, por más que deploren, no pueden remediar las leyes». Cfr. PACHECO, J. F., *El Código penal...*, II, *op. cit.*, p. 476 (también en ed. Téllez Aguilera, p. 910).

ley al delito por el cual se halle procesado el fugitivo, si no se le hubiere condenado por ejecutoria, y en la de inhabilitación especial temporal» (157).

8. Disposiciones posteriores

La fiscalización de conductas anómalas y omisiones en el personal de custodia llega a muchas de las esferas de actividad del presidio. Así, por Real Orden del Ministerio de Gobernación de 6 de abril de 1848 se declaraba «la responsabilidad en que incurren los empleados y Autoridades que omiten hacer los arqueos de fondos que les están prevenidos, y los que haciéndolos afirman haber caudales que no existen». Se hacían en virtud de la misma responsables al Jefe político y al Comisario de revistas, «que firmaron el último estado de caudales antes de descubrirse el desfalco», haciéndoles entender que habían incurrido «en el desagrado Real por su descuido y omisión culpable». Se resolvía, asimismo, que se les obligara «gubernativamente y de mancomun, al reintegro» del dinero desfalcado por el Ayudante del presidio origen de la responsabilidad. La medida preventivo general surgía al dictarse, en fin, «que de esta Real disposición se dé conocimiento á los Jefes políticos del Reino, para que produzca el escarmiento y saludables efectos que S.M. se promete».

La preocupación gubernamental sigue viva respecto de las evasiones, y el año 1848 conoce dos disposiciones similares al respecto. La Real Orden de Gobernación, de 13 de agosto mandaba que se formarían sumarios gubernativos por la fuga de presos ó confinados. En el mismo sentido, la existencia de circunstancias agravantes en las conductas de los responsables de la custodia en los supuestos de fugas, se establecía como requisito necesario para la instrucción de tales sumarios en virtud de la Real Orden del mismo ministerio de 8 de noviembre, formándose solamente «cuando á juicio de los Jefes políticos se hayan perpetrado las fugas con aquellas circunstancias, «pudiendo en los demas casos determinar ó proponer las mismas Autoridades lo que

(157) Respecto de este precepto, vuelve Pacheco a expresar su opinión respetuosa con «el más fuerte de nuestros instintos», de procurar la libertad, por lo que entiende correcta la no punibilidad de la persona que estaba presa. No obstante, sí se muestra partidario de un sistema que entiende como «el más racional de todos», cual es «partir de la pena á que el reo fuese merecedor», y afirma la relatividad del delito «ascendiendo ó bajando segun la criminalidad de aquél a quien se favorece». Cfr. PACHECO, J. F., *El Código penal...*, II, *op. cit.*, p. 418 (también en ed. Téllez Aguilera, p. 862).

crean conveniente, según las disposiciones vigentes relativas al particular». La misma norma exigía tal instrucción por parte de los Secretarios de los Gobiernos políticos ó los Alcaldes, «si las fugas ocurren en puntos donde no tengan su residencia los expresados secretarios». No obstante, interesante, por cuanto indica una protección de índole procesal, es la indicación que se realiza en virtud de la Real Orden de Gobernación de 18 de enero de 1849, «declarando que cuando los Tribunales instruyeren causas sin la autorización competente contra empleados de presidios por delitos ó faltas cometidos en el ejercicio de sus funciones, pueden éstos interponer contra o actuado el recurso de nulidad».

La ineficacia de las anteriores disposiciones en evitación de las posibles fugas tiene su contundente respuesta gubernamental en medidas como la Real Orden de Gobernación, de 22 de marzo de 1849, «mandando que se formen sumarios gubernativos en todos los casos de fuga que expresa la de 8 de noviembre de 1848». La exposición de motivos es terminante a la hora de extender y elevar la responsabilidad: «con la mira de poner coto á un mal que va en incremento con menoscabo de la moral y el órden público, y que es las mas de las veces resultado de descuido en los encargados de la custodia de los presos, porque sabido es que á la solidez y seguridad de las prisiones suple con ventaja una constante y bien entendida vigilancia; S.M. se ha servido resolver que los Jefes políticos adopten, en el círculo de sus atribuciones, cuantas medidas juzguen conducentes a evitar la reproducción de tales fugas, disponiendo la formación de sumarios [...], para que de este modo puedan los Tribunales imponer á los culpables las penas á que se hayan hecho acreedores con arreglo á los artículos 269 y 270 del Código penal; bien entendido que el Gobierno está resuelto, no solamente á exigir la responsabilidad en que por descuido ó connivencia incurran los empleados subalternos, sino también á castigar severa e irremisiblemente la falta de vigilancia de parte de las Autoridades á quienes compete velar por la seguridad de las cárceles».

Tres años posterior es, también para el entorno carcelario, la Real Orden de Gobernación de 23 de marzo de 1852 determinando el reglamento provisional para la organización y atribuciones de la Junta auxiliar de cárceles de Madrid. En el artículo 3, apartado sexto, se prescribía, entre las atribuciones, «suspender á los empleados que cometan faltas graves, dando cuenta inmediatamente al Gobernador, y proponer la separación de los que no sean capaces para desempeñar sus respectivos cargos». En el mismo año y ya para el ámbito penitenciario, se dictaba la Orden Circular de la Dirección General de Establecimientos Penales, de 12 de noviembre, «comunicando la Real

órden de 10 del mismo, en la que se determinan las atribuciones de los Gobernadores y Comandantes en los presidios, y ciertas obligaciones de los empleados del ramo». En virtud de la misma, se señalan competencias y se establece en el artículo 8.º, que «los Comandantes de los presidios son los Jefes naturales de ellos, y como tales inmediatos responsables de las faltas y abusos que se cometan en los mismos». En desarrollo de tal responsabilidad, el artículo 14 reiteraba la fórmula del artículo 8.º del Reglamento de 15 de abril de 1844, citado *supra*, elevando la competencia del conocimiento de la situación al Gobernador en lugar de al Jefe político «y a la misma Dirección para la resolución que convenga». En virtud del artículo 18, de la misma Orden Circular, se prevé la misma responsabilidad de los Comandantes, que ya se señalaba en el artículo 19 del Reglamento citado de 1844. Ya entre las disposiciones generales de la norma, se prescribe, en el artículo 28, que los empleados en los presidios que faltasen al cumplimiento de alguno de los precedentes artículos serían dados de baja.

El control administrativo no deja de verse en normas de la propia Dirección general. Así, la Circular de 28 de mayo de 1855, referida a los supuestos de deserción de los presidios, exige la responsabilidad del Comandante para un supuesto particular en estos términos: «prevenirle [...], que V. será responsable, así de la desercion de un solo hombre como de cualquiera desman que ocurra decidida como está la Dirección á exigir á todos los Jefes que de ella dependen cuenta muy estrecha del uso que hacen de la confianza que se les dispensa; y si bien la lisonjea la idea de que nada tendrá que corregir, abriga la firmísima resolución de ser inflexible con el que negligente, imprevisor o desleal, faltase a aquella confianza». De mayor rango, para supuestos similares, la Real Orden de Gobernación de 3 de julio de 1855, dictaba disposiciones para evitar la fuga de confinados. Entre las mismas, de carácter plenamente disciplinario en función de la actuación de los Comandantes se prevé, en primer lugar, que «cualesquiera que sean las circunstancias que medien en una desercion, el Comandante será el primer responsable para ante el Gobierno; por lo mismo al primer caso de desercion que ocurra sufrirá una suspension de tres días de haber, de ocho al segundo y de quince al tercero, siendo definitivamente separado de su empleo al cuarto, sin perjuicio de las demas disposiciones á que hubiere lugar, con arreglo á las leyes y órdenes vigentes, segun las circunstancias que acompañen a la desercion». El número 2.º dispone, además, que «cuando ésta ocurra en algun destacamento establecido fuera del presidio, pero dependiente de él, se compartirá la responsabilidad entre el Comandante de éste y el Jefe

de aquel en los tres primeros casos, siendo ambos separados en el cuarto». El número 3.º, explica cómo «estas disposiciones se entenderán respecto de las deserciones de uno á cinco hombres en cada caso; pues cuando excedan de este número se reserva S.M. adoptar las que tenga por conveniente». El punto 4.º establecía asimismo: «Solo podrán eximirse de la responsabilidad que se les impone los Comandantes y los Jefes de destacamentos, cuando justifiquen de un modo evidente que la desercion tuvo lugar por no haber cumplido otro funcionario ó subalterno las órdenes é instrucciones que de antemano se les tuviesen comunicadas, y que deberán hacerse constar, y después que se haya hecho efectiva la responsabilidad de ese funcionario ó subalterno por el Tribunal correspondiente, en virtud de la causa que deberá formarse». El 5.º precepto, afirma que «la responsabilidad impuesta á los Comandantes por la Circular de 28 de mayo último (citada *supra*), se realizará con arreglo á estas disposiciones en todos los casos de desercion ocurridos después de expedida aquella». Y el 6.º, en clara intención preventivo-general, establece, en fin, que «siempre que se haga aplicacion de estas disposiciones se hará saber á todos los Comandantes para su conocimiento y gobierno».

La responsabilidad institucional se seguirá exigiendo desde diversas instancias, fiscalizando la actividad penitenciaria. Así, el Real Decreto de 14 de diciembre de 1855, del Ministerio de Gracia y Justicia, 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». Cabe resaltar, en este ámbito de responsabilidad, la que se deriva de la actividad fiscalizadora de las Juntas, en virtud del artículo 16, que otorgaba «el derecho de visita en los depósitos y cárceles y demas 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 tambien 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». En desarrollo de tal actividad de control, el artículo 21 del Real Decreto citado elevaba la responsabilidad al Gobernador de la provincia, y establecía, asimismo, la obligación de las Juntas de remitir a las Audiencias los estados de los reos sentenciados por las mismas, articulándose el necesario trámite procedimental. En esta labor, «si los defectos ó abusos notados mereciesen, en concepto de las Juntas, que se exija por ellos la responsabilidad al Gobernador de la provincia, bajo cuya

Autoridad y dependencia se hallan los establecimientos que radican en ella, elevarán al Supremo Tribunal de Justicia á dicho fin, ó al que corresponda, otro atestado igual al remitido á las Audiencias». En el mismo sentido, el artículo 22.2.º facilitaba la necesaria comunicación ministerial para el control y resolución de irregularidades en la ejecución al disponer: «Dar á los Jefes de aquellos establecimientos las órdenes que crean conducentes para el solo efecto de que tenga puntual y debido cumplimiento lo juzgado; y al Ministerio de Gracia y Justicia parte de los abusos que observaren en el gobierno interior de los establecimientos, en cuanto puedan influir en que no se cumplan las condenas conforme á las ejecutorias, á fin de que haciéndolo presente al de la Gobernación, se acuerde por este lo más conveniente sobre el particular».

La citada *supra* Real Orden de 14 de febrero de 1858 «encargando á los Gobernadores de las provincias vigilen la conducta de los empleados en los presidios, con objeto de corregir las faltas que en estos se cometen», insiste al prevenir a aquéllos de una dinámica conocida y no solventada, señalando para el caso particular cómo «la Reina espera de V.S. que comprendiendo la importancia de la comisión que se le confía, y sin perjuicio de las visitas que el Gobierno encargue al Visitador del ramo, girará V.S. las suyas á los establecimientos penales, y observará las faltas que en ellos se noten, haciendo saber á los Comandantes, Mayores y demas funcionarios subalternos de los mismos, que así como S.M. deseará recompensar el interés y celo que observen en el buen desempeño de las obligaciones de sus cargos, se reservará el Gobierno proponerle los castigos á que se hayan hecho acreedores: proponiendo desde luego V.S. á suspender de empleo al funcionario que por su comportamiento lo merezca, ya dando cuenta á la Direccion general de establecimientos penales para que proponga lo que convenga en el expediente que se instruya».

9. La específica previsión del Código penal de 1870

El nuevo Código penal de 1870, vino asimismo a recoger, en preceptos de la parte especial, aquellas conductas constitutivas de infracciones penales que pudieran llevar a cabo los empleados de custodia y funcionarios públicos. De manera directa, se prevén específicos artículos para actuaciones en el ámbito penitenciario, si bien pudieran ser asimismo aplicables, atendiendo a las circunstancias concretas, multitud de tipos y agravaciones colaterales, fiscalizadores de la actuación funcional pública, que pudieran ceder su protagonismo

en virtud del principio de especialidad de la ley penal. En primer término destacables, en el Libro Segundo, título II, y capítulo II, dentro del epígrafe relativo a «los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos sancionados por la Constitución», se tipificaban en los artículos 204 y siguientes cualesquiera excesos punitivos, y en los números 210 y siguientes los supuestos de detenciones ilegales y arbitrarias. En este sentido, el específico artículo 213 (158), del mismo capítulo, establecía, al respecto, un

(158) El artículo 213 estableció una serie de conductas constitutivas de delito en el específico ámbito reclusivo en estos términos: «Incurrirán también en las mismas penas en sus respectivos casos: 1.º El Alcaide de Cárcel ó cualquier otro funcionario público que recibiere en calidad de detenido á cualquier ciudadano y dejare transcurrir veinticuatro horas sin ponerlo en conocimiento de la Autoridad judicial. 2.º El Alcaide de Cárcel ó cualquier otro funcionario público que no pusiere en libertad al detenido que no hubiere sido constituido en prisión en las setenta y dos horas siguientes á la en que aquél hubiere puesto la detención en conocimiento de la Autoridad judicial. 3.º El Alcaide de Cárcel ó cualquier otro funcionario público que recibiere en calidad de preso á un ciudadano, á no ser en virtud de mandamiento judicial ó lo retuviere en prisión después de las setenta y dos horas de haberle sido entregado en tal concepto, ó habérsele notificado el auto de prisión, sin que durante este tiempo le hubiere sido notificado también el auto ratificando aquél. 4.º El Alcaide de Cárcel ó cualquier otro funcionario público que ocultare un preso á la Autoridad judicial. 5.º El Alcaide de Cárcel ó Jefe de establecimiento penal que sin mandato de la Autoridad judicial, tuviere á un preso ó sentenciado incomunicado ó en lugar distinto del que le corresponda. 6.º El Alcaide de Cárcel ó Jefe de establecimiento penal que impusiere á los presos ó sentenciados privaciones indebidas ó usare con ellos de un rigor innecesario. 7.º El Alcaide de Cárcel ó Jefe de establecimiento penal que negare á un detenido ó preso, ó á quien le representare, certificación de su detención ó prisión, ó que no diere curso á cualquiera solicitud relativa á su libertad. 8.º El Jefe de establecimiento penal que retuviere á una persona en el establecimiento después de tener noticia oficial de su indulto, ó después de haber extinguido su condena». Como muestra del interés institucional, el artículo citado, en su previsión segunda, encontraba además sustento Jurisprudencial que lo ratificaba en la Sentencia de 15 de junio de 1887, declarando que incurre en responsabilidad el Alcaide (Jefe) de Cárcel que, pasadas las setenta y dos horas de una detención judicial sin haberse elevado á prisión, no pone en libertad al detenido. En todo caso, se aprecia, una quizás excesiva carga punitiva en las sanciones aplicables a estas conductas, por cuanto, las penas a las que se refería el precepto eran las agravadas del artículo 210, constituyendo en palabras de Groizard, «designaciones indirectas de penas perpetuas de inhabilitación y de reclusión para reprimir atentados contra la libertad, dignos de corrección ciertamente, pero que no se justifica que con tanto rigor sean expiados». Cfr. GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870...*, III, *op. cit.*, p. 480. Del mismo modo, en relación con los números 6.º y 7.º del artículo citado, se expresaba el Teniente Fiscal del Tribunal Supremo, Viada y Vilaseca, para quien constituían abusos y no detenciones ilegales, con la necesaria y exigible disminución en la punición prevista en el artículo 211, debiendo aplicarse, en su opinión, la pena de multa, por ser la pena menos grave «ante la imposibilidad de medir por el tiempo una detención que, en realidad, no existe». Cfr. VIADA Y VILASECA, S., *Código penal*

catálogo de actuaciones para la atribución de responsabilidades penales a los Alcaldes de Cárceles o a cualquier otro funcionario en los cuatro primeros supuestos previstos por la norma, y para Alcaldes y Jefes de establecimiento penal, en los cuatro siguientes. Más adelante, las conductas constitutivas de infidelidad en la custodia de presos encontraban su específica regulación en el artículo 373, comentado por Groizard (159). Son igualmente reseñables las conductas perseguidas por la ley penal para los funcionarios en lo relativo al delito de cohecho del capítulo IX, artículos 396 y siguientes en lo que respecta al concreto entorno carcelario o penitenciario. Asimismo, ejemplificativo del control penal sobre conductas reprobables para la función pública, una posible derivación de las antiguas exacciones ilegales y abusos de índole patrimonial por parte de los funcionarios, se advierte en el artículo 413 del título VII, capítulo IX, que prescribía: «El funcionario público que exigiere directa ó indirectamente mayores derechos que los que le estuvieren señalados por razón de su cargo, será castigado con una multa del duplo al cuádruplo de la cantidad exigida. El culpable habitual de este delito incurrirá además en la pena de inhabilitación temporal especial» (160). No obstante los citados

reformado de 1870, con las variaciones introducidas en el mismo por la ley de 17 de julio de 1876. Concordado y comentado. Cuarta edición, tomo II, Madrid, 1890, p. 123. Con buen criterio, igualmente advierte Groizard la trascendencia del número 6.º del artículo 213, con su dos fórmulas generales al definir «privación indebida» y «rígor innecesario», como «todo aquello que no sea inherente á la custodia del presunto reo, ó al cumplimiento de la condena del sentenciado, ó que no esté autorizado por las leyes y reglamentos que constituyen la legislación especial de cárceles y presidios». Cfr. GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *op. cit.*, III, pp. 483 y 484.

(159) El citado precepto establecía: «El funcionario público, culpable de connivencia en la evasión de un preso, cuya conducción ó custodia le estuviese confiada, será castigado: 1.º En el caso en que el fugitivo se hallare condenado por ejecutoria en alguna pena, con la inferior á ésta en dos grados y con la inhabilitación temporal especial en su grado máximo á inhabilitación perpetua especial. 2.º Con la pena inferior en tres grados á la señalada por la ley al delito por el cual se hallare procesado el fugitivo, si no se le hubiere condenado por ejecutoria y con la de inhabilitación especial temporal». La crítica de Groizard a este precepto no está exenta de razón. Por un lado, aludía el comentarista a la desafortunada redacción que solamente alcanzaba al funcionario «culpable de connivencia», y por otro, a la falta de un supuesto específico para la negligencia o culpa. Vid. GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870...*, IV, *op. cit.*, pp. 160 y 161.

(160) La interpretación del precepto la hacía Groizard quien extendía la punición al funcionario que ni siquiera pudiera exigir ningún derecho, en estos términos: «Exigir aquí, es cobrar, es percibir, es sacar, ejercitando el cargo público que el funcionario desempeña, el dinero que no debe á un particular [...]. Aunque el texto sólo habla del caso de exacción de mayores derechos que los que estuviesen señalados al funcionario por razón de su cargo, es indudable que su condenación alcanza con

preceptos de la parte especial, del Libro Segundo del Código, advertía Groizard en el Libro Primero una posibilidad reseñable. El artículo 10 que establecía las circunstancias agravantes, incluía en su número 11 la de «prevalerse del carácter público que tenga el culpable». En este sentido, si bien el autor negaba otras opciones relativas a comportamientos previstos en el Código en específicos tipos, relativos a delitos del empleado en el ejercicio de su cargo, o aquellos en los que actuara como particular sin prevalerse del carácter público que ostentare, aceptaba la aplicación del artículo 10.11 en supuestos específicos como el del Alcaide de una cárcel que seduce a una mujer casada ofreciéndola facilitar o conceder algunas ventajas sobre los otros presos al marido, padre o hermano de la misma. En sus palabras: «He aquí la circunstancia de que se trata. El culpable se ha prevalido del carácter público que ejerce para lograr sus fines, para cometer el hecho punible» (161).

10. Disposiciones posteriores

Tras la creación del Cuerpo especial de empleados de Establecimientos penales, por Real Decreto de 23 de junio de 1881, refundiendo los cargos hasta entonces existentes en los presidios y cárceles, y derogando todas las disposiciones anteriores sobre condiciones y organización del personal, las correcciones o medidas disciplinarias y de carácter penal sustantivo, no dejan de advertirse en cualesquiera legislaciones de carácter penitenciario de finales de siglo. La correlación entre conductas impropias del personal de los establecimientos con los preceptos penales ha de rescatarse en todo caso. En este último sentido desplegaba su contenido la relevante Circular de 10 de octubre de 1888, que incorpora las «instrucciones al Ministerio fiscal encaminadas á procurar el cumplimiento de la legalidad vigente y á evitar abusos é infracciones con los presos y penados». La responsabilidad aparece, desde la primera de las instrucciones, en referencia directa con los citados preceptos del Código penal de 1870. En primer término, en el único supuesto de discriminación del sujeto activo, para el máximo rango en la función penitenciaria, se afirma que «el Direc-

igual, ó mayor, razón, al oficial público que no estando autorizado por la ley para llevar ninguno por sus servicios, los exige, sin embargo, á los interesados en los asuntos que despache ó que intervenga». Cfr. GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870...*, IV, *op. cit.*, p. 343.

(161) Cfr. GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870...*, I, *op. cit.*, pp. 491 y 492.

tor ó Jefe de una cárcel ó establecimiento penal que retuviere á un preso por más tiempo del fijado en la liquidación de su condena, se hace responsable de detención arbitraria, conforme al artículo 213, núm. 8.º del Código penal, y debe ser perseguido criminalmente por este delito, que implica la privación voluntaria de la libertad de un ciudadano». La segunda de las instrucciones es la referida a los supuestos de salida de los presos antes del final de la condena. Así, se establece: «La salida de los presos en virtud de sentencia que contra ellos hubiere recaído, es un abuso que data de larga fecha, y no puede ser tolerado, porque constituye un delito de desobediencia ó infidelidad, según el caso previsto en el artículo 373, ó en el 380 del Código penal. Los Alcaldes de las cárceles y los Jefes de los establecimientos penales que por escasa vigilancia ó culpable condescendencia permitieren las salidas de los presos confinados á su custodia, incurrirán en más grave responsabilidad si la salida diere ocasión á la fuga». El maltrato a los reclusos también aparece proscrito con referencias penales en la tercera de las instrucciones. Así disponía: «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. Las sanción no comprende el caso de ser la prisión manifiestamente insegura y los verdaderos ó presuntos reos de gravedad, pues entonces no hay delito en precaver la evasión de los presos mediante rigores extraordinarios, incluso el recargo de hierros si lo pide la necesidad». Respecto del cohecho, y para neutralizar los supuestos «de dadas y presentes con la virtud de facilitar la oculta de los presos», se expresa la cuarta de las instrucciones de la circular. En este sentido, se insta al Fiscal del Tribunal Supremo y, para tales supuestos, «basta que exista sospecha para recomendar á a sus subordinados que no omitan ningún medio de investigación y averiguada la verdad, ó habiendo indicios racionales de cohecho, ejerciten la acción correspondiente contra cualesquiera personas responsables de alguno de los delitos definidos en los arts. 396, 397 y 398 del Código penal». Se insta, de igual modo, a los fiscales, en la quinta de las instrucciones, a evitar «los hechos punibles y escandalosos, persiguiendo á los autores de toda confabulación para alterar el precio de los víveres [...]», y a «perseguir en términos de justicia á los autores de todo fraude en la substancia, cantidad ó calidad de los víveres contratados, y a los funcionarios públicos que interviniendo por razón de su cargo en su recibo, se concierten con los interesados ó especuladores en el servicio de suministros para conseguir una ilícita ganancia; hechos que tienen sanción establecida en los arts. 411, 547 y 555 del Código penal».

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, recordada por Castejón en 1914, consideraba, al respecto, delito de infidelidad en la custodia de presos, el quebrantamiento de la privación de libertad, aunque no haya evasión (162). En opinión del autor citado, ante la existencia de una sola sentencia contraria a tales resoluciones, era deseable que otras del mismo carácter «se reprodujesen en casos análogos, si la libertad condicional no se estatuye en breve plazo en nuestra patria» (163). La espera iba a ser breve, pues la normativa habilitante de la libertad condicional llegaría el mismo año de aquellas palabras.

Cabe destacarse, en todo caso, el Real Decreto de 16 de marzo de 1891 rubricado por la Regente María Cristina, «reorganizando el Cuerpo de Establecimientos penales y dictando reglas para la formación, trámite y resolución de los expedientes gubernativos que se instruyan á los funcionarios». Este Decreto viene a derogar el anterior de 11 de noviembre de 1889, por virtud del cual los empleados no podían ser separados del Cuerpo sin haber incurrido no menos que en tres faltas graves. Así, el sentido de la norma se recoge en la Exposición de motivos que publica Gracia y Justicia en estos términos: «se preceptúa que basta una sola falta grave para acordar la separación definitiva del empleado que la haya cometido. Determinanse, además, por primera vez los requisitos y formalidades que deben concurrir en los expedientes gubernativos, estableciéndose un orden de procedimientos que, al par que consienta allegar elementos de prueba á lo actuado, permita depurar responsabilidades que hoy no podrían, en muchas ocasiones, hacerse efectivas, por deficiencias de los expedientes, instruidos sin reglas fijas señaladas de antemano. Por último, se deslinda claramente la facultad de suspender interinamente; establécese una razonada clasificación de las faltas administrativas, se

(162) Al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de noviembre de 1890, disponía: «El delito de infidelidad en la custodia de presos, tiene como hecho fundamental el quebrantamiento del estado de privación de libertad que sufren los presos, cuya solución de continuidad puede tener lugar sin que estos se fuguen...». O, la Sentencia del mismo Tribunal de 6 de julio de 1894, que entendía que existía infidelidad en la custodia de presos cuando el director de la cárcel autorizaba a un preso a salir de prisión, aunque sea con la tolerancia de sus superiores (STS de 28 de diciembre de 1895). En el mismo sentido, se expresaba la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1898 que resolvía: «Es reo de infidelidad en la custodia de presos, el jefe de un establecimiento penitenciario que, suponiéndose investido de facultades de que carece, dispone que un recluso le acompañe y permanezca fuera de la cárcel, toda vez que con ello es causa de quebrantamiento efectivo y real de la condena, pues su salida, en tal forma autorizada, equivale á la evasión en connivencia con el funcionario encargado de su custodia».

(163) Cfr. CASTEJÓN, F., *La legislación penitenciaria...*, op. cit., p. 275.

adoptan prudentes precauciones para que la arbitrariedad no tenga cabida, y se dictan, en fin, otros preceptos en que se armonice el principio de autoridad y la eficacia de las responsabilidades con las garantías de los empleados del Cuerpo de Establecimientos penales y Cárceles». Así, todo lo relativo a tales expedientes y al procedimiento se preceptuaba especialmente en los artículos 38 y siguientes (164), estableciéndose en el artículo 48 la clasificación de las faltas en graves, menos graves, leves y levísimas, y en el 49 la correlación de sanciones para las mismas, prescribiendo la separación del Cuerpo para las faltas graves, la suspensión de sueldo de tres a nueve meses por cada falta menos grave, y de diez a treinta días por cada falta leve, así como el apercibimiento para las levísimas. Facultados para la imposición de tales correcciones disciplinarias, lo eran, en virtud del artículo 50, el Ministro de Gracia y Justicia o el Director General de Establecimientos penales «previa la formación del oportuno expediente de que tratan los artículos 38 y 39». En desarrollo de este Real Decreto se dictaba la Real Orden de Gracia y Justicia de 29 de marzo de 1891, integrando las «reglas relativas á la intervención de los Presidentes de las Juntas locales de Prisiones en los expedientes gubernativos y disciplinarios», así como la Circular de la Dirección general de Penales de 30 de marzo de 1891, «dictando reglas para el cumplimiento del Real Decreto de 16 del mismo mes, y para la observancia de otras disposiciones». Desde un punto de vista crítico, a un «espíritu absorbente y centralizador en punto á correcciones» hacía referencia Cadalso, en su comentario al citado Real Decreto, comparándolo con «la autonomía y el desligamiento que imperan en el orden económico en cuanto atañe á las Cárceles» (165). De su valiosa, por experimentada síntesis (166), extraemos sus consideraciones respecto de la

(164) Tales artículos prescribían la competencia de la instrucción disponiendo el artículo 38: «Los expedientes formados á los empleados del Cuerpo de Establecimientos penales en cualquiera de sus Secciones, por faltas en el ejercicio de sus cargos, se instruirán por el funcionario designado al efecto por el Presidente de la Junta local de Prisiones correspondiente y en ellos constarán [...]». El artículo 39 asimismo establecía: «Los expedientes contra los empleados de Cárceles establecidas en punto donde no hubiere Junta local de Prisiones, se sustanciarán por el Juez de instrucción respectivo [...]».

(165) Cfr. CADALSO, F., *Diccionario...*, tomo II, *op. cit.*, p. 951.

(166) En sus palabras: «Para toda falta cometida por parte de los funcionarios, se exige la formación de expedientes y el minucioso, casuístico y lentísimo trámite de las diligencias. Se niega á los Jefes de Prisiones facultades para incoar y tramitar estos procedimientos, y se niega también á los mismos Jefes y á las Juntas competencia para imponer el más ligero correctivo, un simple apercibimiento. Se marca plazo preciso á las Juntas para concluir los expedientes, y se exenta á la Dirección Central

necesidad de una mayor agilidad en los procedimientos; de la mejor competencia de los Jefes de las prisiones que, como solución, ofrecía para la instrucción de los expedientes disciplinarios, así como de la necesidad de especificar las faltas.

La siguiente normativa de entidad, modelo sistemático de reglamentaciones futuras y de ahí su trascendencia en esta específica materia, para el funcionamiento de la Prisión Celular de Madrid, establecida por Real Orden de 23 de febrero de 1894, también introdujo, entre sus disposiciones, siete preceptos relativos a la responsabilidad de los funcionarios penitenciarios. El primero de los mismos es el que hace referencia al menor nivel de custodia. Así, el artículo 53 prescribe que «los ayudantes vigilantes son personal y principalmente responsables, en el orden gubernativo y en el criminal, si á ello hubiere lugar, de las faltas que cometieren y de las comunicaciones fraudulentas, fugas ú otros incidentes penables que aquellos ocasionen». En el ámbito de la sanidad penitenciaria, asimismo se establecía, en el artículo 73, que «los practicantes (y los de Farmacia, en virtud del art. 75), son personalmente responsables gubernativa y criminalmente, si á esto último hubiere lugar, de las faltas que en el cumplimiento de sus deberes cometieren». En el ámbito de la instrucción primaria se advierte la misma responsabilidad para los maestros, en virtud del artículo 80. Y en el terreno procedimental, los artículos 94 y 95 regulaban la hoja de servicios definiendo, el primero de los citados, los posibles «castigos». En este sentido, enumera: «recargo en la duración del servicio; represión privada, llamando el director en su despacho al empleado que haya cometido la falta, y reprensión pública al frente de los demás empleados, haciéndose constar en la orden del día. Esto se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto sobre correcciones disciplinarias de los empleados del Cuerpo de Establecimientos penales y Cárceles, en el Real Decreto de 16 de marzo de 1891». En último término, el artículo 219 disponía que la respon-

de este indispensable requisito, reservándose dicho Centro, siempre y de un modo exclusivo, la facultad de calificar las faltas. Impedir que en todo caso instruyan diligencias gubernativas los Jefes de las Prisiones, es debilitar su fuerza moral y su autoridad, dificultar que los hechos se comprueben y esclarezcan con la rapidez necesaria y separarse por completo de lo que en asuntos de mayor entidad las leyes fundamentales preceptúan [...], quedan los Jefes reducidos á la misma situación de los demás empleados, limitándose a tramitar los partes de lo que acaezca [...]. Gran cuidado se ha tenido en el Decreto de clasificar las faltas; pero se ha prescindido de consignar los hechos en que consisten. No se nos oculta que es cosa difícil comprender en una disposición de carácter sancionador todos los hechos y omisiones que merezcan correctivo. Pero el que sea difícil la labor, no justifica ni exenta del deber de hacerla». Cfr. CADALSO, F., *Diccionario...*, tomo II, *op. cit.*, pp. 951 y 952.

sabilidad de los empleados de la Prisión cesaba desde el momento en que los dependientes de las autoridades firmaban el recibo de salida.

11. El Decreto de 1901

Si bien el trascendente Real Decreto de 3 de junio de 1901 no introdujo novedad alguna en el campo disciplinario que no fuera la constitución del Tribunal de disciplina (167), cuya indicación respondía al régimen de los penados, el conveniente procedimiento de inspección y fiscalización de conductas anómalas en el personal funcionario se articulaba años después por medio del Real Decreto de 20 de enero de 1908, rubricado por Alfonso XII, reorganizando la Inspección de Prisiones. Se estipulaba, en virtud del artículo 9.º, al menos una visita de inspección anual a cada una de las prisiones aflictivas, decretándose en el artículo 6.º, la posibilidad del control en el más alto rango jerárquico de los Establecimientos, mediante la suspensión o destitución de los Jefes de los mismos por los directores adscritos a la Inspección general, pudiendo éstos, en tales supuestos, encargarse de la dirección. Asimismo, de modo genérico, el artículo 7.º dispondría que los funcionarios comisionados para girar visitas de inspección instruirían «los oportunos expedientes por faltas cometidas por los empleados en el desempeño del servicio. También podrán instruirlos los miembros de las Juntas de Patronato. Cuando el Director ó Jefe de una Prisión tenga conocimiento de la comisión de una falta cometida por los empleados á sus órdenes, dará cuenta a la Dirección general del ramo y al presidente de la Junta de Patronato. El Director general o el Ministro de Gracia y Justicia designarán en todo caso el funcionario que haya de actuar como instructor del respectivo expediente». En el aspecto procedimental, para la instrucción de tales expedientes, el artículo 8.º, modificaría, solventando, alguno

(167) La fiscalización de conductas del propio personal penitenciario parecía, en cualquier caso, prevenirse como sigue en el preámbulo de la norma que firmara García San Miguel: «Todos los funcionarios afectos al régimen del Establecimiento en que sirven, y cada uno dentro de su esfera, tienen el deber de contribuir á su mejoramiento y á la reforma del penado. Por eso intervienen en la aplicación del sistema, especialmente en lo que se refiere al estudio del recluso y á la acción que en él ejerce el tratamiento penitenciario. Pero como la responsabilidad es proporcionada á la importancia del cargo, las atribuciones han de estar necesariamente en relación con ella. Con este objeto se constituye un Tribunal de carácter disciplinario, formado por los que tienen mayor representación en el Establecimiento, cuyo Tribunal, á la vez que sirva de ilustración, de consejo y garantía al Director en sus determinaciones, le revista de mayor autoridad é interés á todos en su exacto cumplimiento».

de los trámites previstos en el Real Decreto de 16 de marzo de 1891, previniendo, por ejemplo, la solución para cuando fuera el jefe el sujeto a expediente disciplinario (art. 8.º2) (168). En todo caso, para la mejor tramitación de expedientes gubernativos a funcionarios del Cuerpo de Prisiones se dictaba la Real Orden de 6 de agosto de 1908 atendiendo a dos consideraciones: «1.ª No se remitirá á la Dirección general ningún expediente sin que en él conste el escrito de defensa, ó la renuncia á este trámite, del empleado ó empleados contra quienes se dirija, siempre que se proponga la aplicación de correctivos, en conformidad al núm. 6.º del artículo 38 del Real Decreto de 16 de marzo de 1891; y 2.ª El funcionario designado para la instrucción de las diligencias expresará concretamente en su dictamen el correctivo ó correctivos que á su juicio proceda imponer á los funcionarios que aparezcan responsables, según la entidad de las faltas, á tenor de lo dispuesto en el núm. 8.º de los citados artículo y Decreto, en concordancia con los 48 y 49, que tratan de la clasificación de las faltas y de los castigos aplicables en cada caso».

12. El Decreto de 1913

La evolución paralela del control de la custodia en el ámbito penitenciario, haciendo uso de medios disciplinarios, llega a su más alto grado de perfección técnica con el Decreto de 5 de mayo de 1913 que, ya desde su Exposición de motivos, hacía referencia a la importancia de esta materia, resaltando las nuevas líneas directrices ofrecidas desde aquella normativa en estos términos: «Se ha determinado el sistema de recompensas y castigos, que adolecía de cierta indefinición, suprimiendo la suspensión de sueldo, hoy abolida de todas las legislaciones administrativas, para sustituirla con la pérdida de números en el Escalafón y la interdicción para el ascenso, procedimientos de selección que [...], garantizan al Estado de la competencia técnica y la aptitud moral del empleado de prisiones». Ya en el articulado, el capítulo VII del título I se refería a las recompensas y correcciones disciplinarias destacando el extenso y principal artículo 82, que venía a definir y clasificar las infracciones y disponía: «Los funcionarios

(168) Modificación que solventaba la incompatibilidad que ya Fernando Cadalso había puesto de relieve aportando tal solución: «entendemos que sería conveniente y acertado [...], que el instructor del expediente, ó el Presidente de la Junta, sean los que evacuen el informe de que se viene tratando, siempre que se siga expediente contra el Jefe de una Prisión». Vid. CADALSO, F., *Diccionario...*, tomo II, *op. cit.*, pp. 4, 5 y 370.

del Cuerpo podrán ser corregidos por las faltas que cometan en el ejercicio de su cargo. Estas faltas se definen y clasifican al tenor siguiente: 1.º *Leves*, que son aquellas que no afectan á la honorabilidad del funcionario ni implican perturbación importante de los servicios y revelen negligencia en el concepto de sus deberes. 2.º *Menos graves*, que comprenden: la embriaguez no habitual en actos de servicio; la desobediencia, cuando ésta no produzca perturbación inmediata del mismo; la falta de consideración á sus superiores, también en actos del servicio ó con motivo de él; el abandono del mismo cuando no constituya delito; contraer deudas con los reclusos y cualquier otro trato ilícito con éstos y todos los demás actos que impliquen perturbación de la disciplina ú obedezcan á morosidad excusable ó falta de cumplimiento á las órdenes de sus superiores, que no hayan originado daño sensible en el servicio. 3.º *Graves*, entre las que se comprenden la embriaguez habitual; la introducción fraudulenta de armas, bebidas, naipes ó cualquier otro objeto de uso prohibido; abstenerse del debido concurso en los casos de alteración del orden, rebelión, etc., dejando de reprimir estos actos; recibir remuneración, dádiva o promesa por sus servicios; aquellos que afecten á la probidad del empleado sin llegar á constituir delito; y, por último, todas las demás que revelen probada intención de cometerlas ó sean reiteradas y habituales. 4.º *Gravísimas*, en las que se comprenden todas las que, revelando también intención manifiesta de ser cometidas, perturban hondamente el servicio, significan menosprecio personal ó desdoro para la colectividad, ó hayan tenido sanción penal como delito que resulte incompatible con el ejercicio del cargo ó haga desmerecer en el concepto público. Las faltas leves no producen expediente; las menos graves, graves y gravísimas, necesitan ser declaradas en virtud de procedimiento, del que se deducirá la penalidad que merezca». La competencia inmediata para la imposición de correctivos a los empleados la ostentaba el Director o Jefe del establecimiento por cuanto así se determinaba en el artículo 98, ostentando la representación del Poder público, siendo «el obligado en primer término á cumplir y hacer cumplir las leyes y demás disposiciones en vigor [...]. Asimismo es responsable por idéntica razón de cargo, de la total disciplina de la Prisión, correspondiéndole en consecuencia, según la naturaleza de la que dirija, las siguientes facultades y obligaciones: [...] 14. Imponer á los empleados por sí, ó con intervención de la Junta de disciplina, los correctivos á que por faltas leves se hayan hecho acreedores, y dar conocimiento á la Superioridad, para su corrección, de las que, á su juicio, requieran procedimiento gubernativo».

Las sanciones para las infracciones citadas se recogían en el artículo 83, que prescribía: «Las faltas enumeradas ó definidas en el artículo anterior se castigarán: 1.º Las calificadas de leves, con reprensión privada o pública, recargo de servicios, aumentos de guardias hasta ocho días y multa de uno á cinco días. Las multas se acordarán por el Tribunal de disciplina con audiencia del interesado; pero no se harán efectivas sin la aprobación de la Dirección general, á cuyo efecto se remitirá copia del acta en que se acuerde la corrección, con la defensa del interesado, al Centro directivo. Las que se impongan á los Inspectores, Directores y Jefes de Prisión, serán decretadas por el Director general oyendo al interesado. Contra las resoluciones que se dicten por faltas leves no cabe otro recurso que el de súplica. 2.º Las calificadas de menos graves, con postergación temporal de dos á cuatro años para el ascenso (art. 55), ó con pérdida de uno á veinticinco puestos en el Escalafón (art. 54), según la categoría y lugar que en él ocupe el corregido y la intensidad de la falta, sin que ésta última corrección pueda producir descenso de clase ni categoría, en cuyo caso se podrá imponer la de postergación temporal. 3.º Las consideradas graves, con incapacidad ó postergación perpetua para el ascenso. 4.º Las reputadas gravísimas, con la separación del servicio, decretándose la baja definitiva del empleado». En el mismo capítulo, los artículos 84, 85 y 86 se referían respectivamente a las correspondencias entre faltas, a la prescripción del efecto de las correcciones y a la misma respecto de las notas desfavorables en el expediente personal del funcionario. En todo caso, los procedimientos gubernativos para la corrección de las faltas cometidas por los funcionarios de Prisiones en el ejercicio de sus cargos, se regulaban con detenimiento en los artículos 87 a 91 y siguientes del citado Decreto, con el que se cierra esta aproximación histórica, configurador, en fin, de un sistema penitenciario ya evolucionado, y tan cercano en esta específica materia a las previsiones actuales.

Los entes colectivos como sujetos del Derecho Penal. Su tratamiento en el Código Penal

FERNANDO DE LA FUENTE HONRUBIA

Doctor en Derecho. Profesor Asociado de Derecho Penal. Universidad de Alcalá

1. INTRODUCCIÓN (1)

El Código Penal no realiza una caracterización propia de las agrupaciones de personas que pueden intervenir en hecho delictivo. En el ámbito penal rigen las mismas categorías que en ámbito civil, si bien, como veremos más adelante, la personalidad jurídica no tiene la misma relevancia que en el Derecho civil; lo realmente importante en Derecho penal es la proyección delictiva de la asociación. Sin embargo, no existe en el Código Penal una concreción suficiente que determine con claridad si en la tipificación de los supuestos se considera la intervención de cualquier agrupación o de agrupaciones concretas.

2. LOS ENTES COLECTIVOS EN EL LIBRO I DEL CÓDIGO PENAL (PARTE GENERAL)

2.1 En la responsabilidad por comisión de delitos y faltas utilizando medios o soportes de difusión mecánicos (art. 30), tienen res-

(1) La primera cita de las obras se realiza completa. En las citas de libros se señala la palabra clave que identifica la cita abreviada en las posteriores reseñas.

ponsabilidad subsidiaria los directores de la publicación o programa en que se difunda, los directores de la empresa emisora o difusora y los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora, respectivamente.

La deficiente redacción del CP en este artículo hace necesario puntualizar ciertos aspectos. No se debe entender criminalmente responsable al que formalmente ostente la denominación de director, por mucho que, normalmente, confluyan en este cargo labores de control, supervisión y mando. Así debe interpretarse como tal aquel que de forma positiva u omisiva haya admitido o conformado la comisión del delito a través de los citados medios, y tenga capacidad de hecho o de derecho para llevarlo a efecto (2).

Respecto de la responsabilidad sucesiva que este artículo establece, puede entenderse, o bien como una responsabilidad sin culpabilidad, basada en un hecho ajeno y cimentada en la función que se desempeña, es decir, una responsabilidad derivada de la *culpa in vigilando*, o por el contrario, que estas responsabilidades sucesivas sólo pueden exigirse si las personas a las que se hace referencia son autores conforme al artículo 28, respecto del que el artículo 30 representa una reducción, no una ampliación (3).

2.2 Artículo 31: «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 se obre».

Se trata de una cláusula de extensión de la tipicidad a intervinientes en delitos especiales propios en los que no concurre la cualidad, condición o relación que exige el tipo. El concepto de persona jurí-

(2) En este sentido, QUINTERO OLIVARES, «Comentario al art. 30 CP», en: Quintero Olivares (dir.)/Valle Muñiz (coord.), *Comentarios al nuevo CP*, Pamplona, Aranzadi, 1996, p. 317. Este autor afirma que «esa referencia a cargos puede pecar de cierto simplismo, pues la mención al “Director” en ese caso, no puede aludir a un concepto normativo mercantil, ya que en tal caso bastaría con que nadie tuviera ese “nomen” en la correspondiente empresa para que la regla no pudiese ser aplicada. Tal conclusión es inadmisibles, sobre todo porque ya se ha advertido que esos “directores” tienen que haber sido autores (en sentido penal) de la parte del hecho que les corresponda, y por tanto esa regla puede interpretarse conforme al principio de control efectivo del hecho...».

(3) Cfr. COBO/VIVES, *Derecho Penal, parte especial (DP PE)*, 5.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 761.

dica utilizado debemos entenderlo en sentido amplio como cualquier ente con capacidad autónoma para adquirir derechos y obligaciones y con capacidad para interferir, lesionar, modificar o alterar bienes jurídicos protegidos (4). El concepto de administrador de hecho o de derecho, debemos entenderlo como cualquier representante en sentido amplio, con funciones de administración, dirección o ejecución, que haya llevado a efecto el delito en nombre de una agrupación en la que concurren las cualidades, circunstancias o condiciones típicas (5).

(4) A este respecto, véase RODRÍGUEZ MOURULLO, «Comentario al art. 31», en: Rodríguez Mourullo (dir.)/Jorge Barreiro (coord.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, Civitas, 1997, p. 178. Este autor entiende, sin embargo, que sólo quedan incluidas en este precepto las asociaciones de interés particular, cualquiera que sea su clase, personalista o de capitales, y el tipo de su responsabilidad, limitada, ilimitada o mixta. Quedarían, sin embargo, fuera los grupos de hecho, las uniones sin personalidad y los patrimonios separados. Esta interpretación restrictiva, a mi juicio, sería incoherente con el tenor del precepto, ya que ¿cómo puede ser típica la actuación en nombre de personas jurídicas y físicas y no la actuación en nombre de uniones sin personalidad jurídica tales como comunidades de bienes donde pueden concurrir ciertas cualidades o condiciones típicas en materia p.ej. fiscal?

(5) A este respecto, véase, entre otros, VIVES ANTÓN, «Comentario al art. 31», en: Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, II, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 292, quien equipara administrador de hecho a administrador de derecho cuando el primero, «por actos concluyentes, haya adoptado una posición equiparable a la de los administradores de derecho». Más explícitamente sobre este problema, RODRÍGUEZ MOURULLO, «Comentario al art. 31», en: Rodríguez Mourullo (dir.)/Jorge Barreiro (coord.), *Comentarios, 1997*, pp. 177 y ss. Este autor pone de manifiesto la existencia de dos sectores doctrinales bien diferenciados.

Así un primer sector doctrinal, al que me adhiero, en una interpretación amplia entiende como administrador de hecho «cualquier persona que de hecho manda en la sociedad (p.ej., accionista mayoritario que desde atrás impone sus decisiones a los administradores de derecho) o que de algún modo actúa en nombre de la sociedad (v.gr. apoderado)»: RODRÍGUEZ MOURULLO, *op. cit.* p. 177; véase a este respecto la postura que mantiene QUINTERO OLIVARES, «Comentario al art. 30 CP», en: Quintero Olivares (dir.)/Valle Muñiz (coord.), *Comentarios, 1996*, pp. 318-319, quien mantiene que la consecuencia indeseable de defender una interpretación restrictiva es clara: «el beneficio de impunidad de sujetos que materialmente han dado lugar a la lesión del bien jurídico tutelado».

Otro sector doctrinal entiende, sin embargo, en una interpretación restrictiva que administrador de hecho sólo puede serlo «quien tiene atribuidas de hecho las mismas funciones de gobierno y representación que la ley y los estatutos atribuyen a los administradores de derecho, si bien no poseen formalmente esta condición (administradores designados que actúan antes de aceptar el cargo, o que actúan con mandato vencido, administradores que han sido nombrados sin advertir que concurren causas insalvables de prohibición, incapacidad, inhabilitación, etc.)»: RODRÍGUEZ MOURULLO, *op. cit.*, p. 177. Quedarían fuera, por tanto, de la categoría de administrador de hecho los apoderados, los Directores-Gerentes, los Directores Generales. Parece no obstante que este autor se adhiere a esta interpretación restrictiva de administrador de

2.3 Responsabilidad civil: Como responsables civiles por la comisión de un hecho delictivo las agrupaciones pueden ser responsables en los siguientes casos:

a) Responsables directos: Artículo 117: «Los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda».

b) Responsables subsidiarios privados en defecto de los que lo sean criminalmente (art. 120. 2 a 5.º): «a) Las personas naturales o jurídicas titulares de editoriales, periódicos, revistas, estaciones de radio o televisión o de cualquier otro medio de difusión escrita, hablada o visual, por los delitos o faltas cometidos utilizando los medios de los que sean titulares, dejando a salvo lo dispuesto en el artículo 212 de este Código; b) 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; c) Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios; d) Las personas naturales o jurídicas 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».

hecho cuando afirma que la misma es la única «que se compadece con lo previsto en los artículos 290 y 293 (delitos societarios), pues sólo quien actúa como administrador de derecho puede falsear las cuentas o negar el ejercicio de suscripción preferente: RODRÍGUEZ MOURULLO, *op. cit.*, p. 178.

Sin embargo, en coherencia con la posición manifestada, creo que no es posible buscar un paralelismo férreo entre la regulación del artículo 31 y de los delitos societarios, dado que en la primera se persigue dar solución a los problemas de impunidad derivados de la realización de un delito especial propio y por tanto determinar quién es verdaderamente el autor del hecho. En la segunda, se delimita el sujeto activo por su nivel legal de competencia en relación a la lesión del bien jurídico específicamente tipificada.

Igualmente, y con mayor claridad en este caso, se debe entender persona jurídica como agrupación de personas estructural y jerárquicamente adecuada para acoger los distintos supuestos típicos, teniendo en cuenta además la contraposición que con las personas naturales realiza el CP (6).

c) Responsables subsidiarios públicos (art. 121): «El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria».

En contraposición con los entes privados, los entes públicos sólo responden subsidiariamente de las consecuencias civiles de delitos llevados a cabo por personal a su servicio. Según el tenor literal del artículo podrían quedar excluidas las faltas, pero desde la entrada en vigor del CP la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, por criterios de justicia material, ha postulado una interpretación amplia del precepto donde quedan incluidos delitos y faltas (7).

(6) En lo relativo a estos arts. cfr., entre otros, QUINTERO OLIVARES, «Comentario al art. 120 CP», en: Quintero Olivares (dir.)/Valle Muñiz (coord.), *Comentarios*, 1996, p. 584; SUÁREZ GONZÁLEZ, «Comentario al art. 120 CP», en: Rodríguez Mourullo (dir.)/Jorge Barreiro (coord.), *Comentarios*, 1997, pp. 350 y ss.; MONTÉS PENADÉS, «Comentario al art. 120 CP», en: Vives Antón (coord.), *Comentarios*, II, 1996, pp. 636 y ss.

(7) Véase entre otros: MONTÉS PENADÉS, «Comentario al art. 121 CP», en: Vives Antón (coord.), *Comentarios*, 1996, pp. 645, quien comparte con SOTO NIETO, «Responsabilidad civil del Estado por delitos cometidos por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad», LL 1986-3, pp. 959 y ss., que se trata de una «grave omisión» derivada de un lapsus legislativo, que se corrobora por la incoherencia que guardaría respecto del artículo 120 que se refiere a «delitos y faltas» en cada uno de sus apartados; SUÁREZ GONZÁLEZ, «Comentario al art. 121 CP», en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.)/JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios*, 1997, pp. 353 y ss.: Este autor entiende que fue injustificada la exclusión de las faltas en sede parlamentaria y alude a la STS 11-I-97 que ya ha señalado que las infracciones constitutivas de faltas no deben ser excluidas del ámbito del presente artículo; QUINTERO OLIVARES, «Comentario al art. 121 CP», en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/VALLE MUÑIZ (coord.), *Comentarios*, 1996, p. 587, quien critica que el legislador se haya olvidado de incluir las faltas, «siendo así que entre estas se incluyen imprudencias leves que pueden determinar la muerte», y lo cali-

2.4 Consecuencias accesorias: Estas sanciones penales se regulan en el artículo 129 CP:

«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 aquéllos 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.

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 y los efectos de la misma».

Una interpretación restrictiva del precepto conlleva su aplicación a entes con *proyección económica*, con o sin ánimo de lucro, quedando fuera otras uniones de personas (p.ej. ciertas comunidades de bienes o propietarios, o ciertas colectividades) (8). Una interpretación extensiva, que comparto, englobaría dentro del ámbito de aplicación del tipo a todo ente con *proyección delictiva* que de *facto* pueda ser soporte o medio para la comisión de un delito, con independencia de su proyección económica.

fica como «incomprensible si se atiende al fundamento de la reparación a cargo de las Administraciones Públicas, fundada en razones objetivables y que, por eso mismo, no hay motivo para limitar en función de la mayor o menor gravedad cuantitativa del injusto cometido por el autor».

(8) Tácitamente, entre otros, JORGE BARREIRO, A, «Comentario al art. 129 CP», en: Rodríguez Mourullo (dir.)/Jorge Barreiro (coord.), *Comentarios*, 1997, pp. 365 y ss.

Respecto de estas sanciones aplicables a entes colectivos, cabe realizar las siguientes observaciones:

1.^a En lo relativo a la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias, en primer lugar ha de negarse su consideración como penas (9), puesto que, de una parte, no aparecen recogidas en el catálogo del artículo 33 CP, y de otra parte, sólo comparten con la pena alguno de sus fines, pero en cualquier caso, sin el mismo alcance (10).

(9) Como así defiende ZUGALDÍA ESPINAR, «Delitos contra el medio ambiente y responsabilidad criminal de las personas jurídicas», en: Bacigalupo Zapater (dir.), *Empresa y delito en el nuevo CP*, 1997, p. 221; «Las penas previstas en el art. 129 del Código penal para las personas jurídicas (consideraciones teóricas y consecuencias prácticas)», PJ 46, 1997, p. 327; tb. en: «La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español», Homenaje Valle Muñiz, 2001, pp. 893-894; en: «Vigencia del principio *societas delinquere non potest* en el moderno Derecho penal», Hurtado Pozo/Del Rosal Blasco/Simons Vallejo, *Responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 250-251; mantienen la misma postura en la doctrina española, BUSTOS RAMÍREZ, *Derecho Penal, Parte General (DP, PG)*, 3.^a ed., 1997, p. 245; ARROYO ZAPATERO, «Derecho penal económico y Constitución», RP 1, 1998, p. 14; BACIGALUPO SAGESSE, «Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas en el Código penal de 1995», en: Bacigalupo Zapater (dir.), *Curso DP económico*, Madrid, Marcial Pons, 1998, pp. 71 y ss.; *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, Bosch, 1998, pp. 278 y ss.; CARMONA RUANO, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», CuadDJ, 1998-X, pp. 294 y ss., quien entiende que se trata de penas «por cuanto responden a la definición clásica de éstas de privación o restricción de bienes jurídicos prevista por el legislador e impuesta por un órgano jurisdiccional al culpable de una infracción penal»... no pudiéndose sostener que «se trata de penas cuando el legislador así las define y sólo por esta razón y que, sin embargo, adquieren distinta naturaleza por el mero hecho de que el legislador eluda darles ese nombre»; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, Aranzadi, 2000, p. 215; manteniendo una posición ecléctica, ECHARRI CASI, *Sanciones a personas jurídicas en el proceso penal: Las consecuencias accesorias*, Navarra, Aranzadi, 2003, p. 105, quien manifiesta que «la consideración de las consecuencias accesorias como penas, aunque no sea la más adecuada no resulta ni mucho menos absurda», dado que el artículo 129 CP impone verdaderas sanciones a las personas jurídicas bajo la ficción semántica de «consecuencias accesorias», evitando así su denominación de penas o medidas de seguridad.

(10) Cfr. GRACIA MARTÍN, en: Gracia Martín (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 386-387; en el mismo sentido: DE LA FUENTE HONRUBIA, «Tendencias político-criminales en la responsabilidad penal de las personas jurídicas», RICADE 42, 1997, p. 26; LAMO RUBIO, *El CP 1995 y su ejecución, Aspectos prácticos de la ejecución penal*, Madrid, J.M. Bosch, 1997, p. 401; MAPELLI CAFARENA, «Las consecuencias accesorias», RP 1, 1998, p. 48; FEIJÓO SÁNCHEZ, «Cuestiones básicas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de otras personas morales y de agrupaciones y asociaciones de personas», *RBCCR*, año 7, núm. 27, 1999, pp. 35-36; *Sanciones a empresas por delitos contra el medio ambiente*, 2002, p. 100, quien entiende que «no es obligatorio llegar a la con-

En segundo lugar, ha de negarse su consideración como medidas de seguridad (11) puesto que si el fundamento principal de las medidas de seguridad es la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito (art. 6 CP), y que supone la «probabilidad de comisión de nuevos delitos» (art. 95.2.^a), resulta evidente que no son adecuadas para las personas jurídicas, incapaces de delinquir (12).

clusión de que las penas en sentido estricto implican mayores garantías que otras sanciones penales. Las personas jurídicas carentes de personalidad no se verán afectadas por una resolución judicial si el aplicador del Derecho tiene sólo en cuenta la necesidad de prevenir futuros peligros para bienes jurídicos y no la necesidad de retribuir una infracción de la norma de conducta»; DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Personas jurídicas, consecuencias accesorias y responsabilidad penal», en: Nieto Martín, A. (coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Vol I, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, 2001 (Homenaje Barbero, I), p. 979; FERNÁNDEZ TERUELO, «Las consecuencias accesorias del art. 129 CP», en: Quintero Olivares/Morales Prats (Coords.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, Aranzadi, 2001 (Homenaje Valle Muñiz), p. 279; DEL ROSAL BLASCO/PÉREZ VALERO, en: Hurtado Pozo/Del Rosal Blasco/Simons Vallejo, *Responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, 2001, p. 38; LUZÓN PEÑA/PAREDES CASTAÑÓN, en: Luzón Peña (dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, Granada, Comares, 2002, (EPB), p. 283; OCTAVIO DE TOLEDO, «Las consecuencias accesorias de la pena de los arts. 129 y similares del CP», en: Díez Ripollés/Romeo Casabona/Gracia Martín/Higuera Guimerá (eds.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir*, Madrid, Tecnos, 2002 (Homenaje Cerezo Mir), p. 1133; TAMARIT SUMALLA, «Las consecuencias accesorias del art. 129 CP. Un primer paso hacia un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en: Homenaje Cerezo Mir, 2002, p. 1163.

(11) Defienden su consideración como medidas de seguridad en la doctrina: MOLINA BLÁZQUEZ, *La aplicación de la pena. Estudio práctico de las consecuencias jurídicas del delito*, Barcelona, J.M. Bosch, 1996, p. 110 (aunque sin explicar por qué); SALAS CARCELLER, «Consecuencias accesorias», en: Pozas Cisneros (dir.), *Penas y medidas de seguridad en el NCP*, Madrid, CGPJ, 1996, pp. 326-327, quien las califica como medidas de seguridad postdelictuales; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en: Conde-Pumpido (dir.)/Albácar López, *CP. Doctrina y jurisprudencia*, Madrid, 1997, p. 1563; GARCÍA ARÁN, «Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en: *I Congreso Hispano-Italiano de DP económico, Colección cursos, congresos y simposios*, núm. 45, Universidade da Coruña, 1998, p. 48; tb. en: Cerezo Mir/Suárez Montes/Beristaín Ipiña/Romeo Casabona (eds.), *El nuevo Código penal: Presupuestos y Fundamentos. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Ángel Torio López*, Granada, Comares, 1999 (Homenaje Torio), pp. 326-327, aunque calificándolas como medidas de seguridad «sui generis»; en un sentido similar, ECHARRI CASI, *Sanciones*, 2003, pp. 110-111.

(12) Cfr. SERRANO BUTRAGUEÑO, «Ideas generales sobre la responsabilidad penal del empresario. Consecuencias accesorias para la empresa», en: Serrano Butragueño y otros (coords.), *El NCP y su aplicación a empresa y profesionales*, Vol. 2, Madrid, Recoletos, 1996, pp. 47-48; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DP económico*, PG, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 231; FERNÁNDEZ TERUELO, en: *Homenaje Valle Mu-*

La postura más correcta sobre la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias es la que las considera como un *tertium genus* de las consecuencias jurídicas del delito. Como tales, como sostiene Luzón Peña, tienen una finalidad preventiva (agravada o reforzada): En la medida en que son accesorias de las penas, a las que acompañan, tienen finalidad disuasoria y, por tanto, preventivo-general, pues refuerzan la eficacia disuasoria de aquéllas frente a potenciales delinquentes, al amenazarles con privarles de disfrutar o utilizar los instrumentos del delito, aunque formalmente sean ajenos, o al implicar la amenaza de inutilizar aquellos objetos o entidades, aunque sean de ajena titularidad, que puedan utilizar como instrumentos del delito. Además, tienen una evidente finalidad preventivo especial –reforzando la de las penas o eventualmente medidas a las que acompañan–, ya que pretenden evitar que los sujetos que han delinquido y por tal motivo potencialmente peligrosos utilicen nuevamente instrumentos –objetos o personas jurídicas– para el delito (o incluso que otros sujetos distintos los vuelvan a utilizar aprovechando su idoneidad al efecto), o impedir que se beneficien de los efectos del delito y ello, al resultarles rentable, les refuerce en su idea de persistir en el futuro, o que materialmente les facilite o aumente su capacidad de seguir delinquiendo (13).

ñiz, 2001, p. 280.; DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Homenaje Barbero*, I, 2001, pp. 976-977; DEL ROSAL BLASCO/PÉREZ VALERO, en: Hurtado Pozo/Del Rosal Blasco/Simons Vallejo, *Responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, 2001, pp. 40 y ss.; LANDROVE DÍAZ, *Consecuencias jurídicas del delito*, 5.ª ed., Madrid, Tecnos, 2002, p. 128; LUZÓN PEÑA/PAREDES CASTAÑÓN, en: Luzón Peña (dir.), *EPB*, 2002, pp. 283-284; MIR PUIG, *Derecho penal, Parte General (DP, PG)*, 6.ª ed., Barcelona, Reppertor, 2002, p. 749; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Manual de Derecho penal, Parte General (DP PG)*, 5.ª ed., 2002, p. 626; rebatiendo esta posición, ECHARRI CASI, *Sanciones*, 2003, pp. 113-114, quien entiende que «la imposición de medidas de seguridad a las personas jurídicas habría de justificarse en la existencia de algún tipo de nexo entre el delito cometido y la persona jurídica, sea que el hecho delictivo se ejecuta dentro de la esfera de operaciones o negocios de la sociedad, o bien tiene alguna relación con las actividades sociales, etc.». Desde este punto de vista, para este autor, «no existirían obstáculos insalvables de *lege ferenda* que impidan al legislador la catalogación de estas consecuencias, como mediadas de seguridad referidas a las personas jurídicas, sobre la base de esa peligrosidad objetiva instrumental».

(13) LUZÓN PEÑA, *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995 (EJBCiv), p. 2353; *Curso DP, PG I*, Madrid, Universitat, 1996, p. 60; tb. LUZÓN PEÑA/PAREDES CASTAÑÓN, en: Luzón Peña (dir.), *EPB*, 2002, p. 284; en el mismo sentido, BERDUGO GÓMEZ/ y otros, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General (Lecciones DP PG)*, Barcelona, Praxis, 1996, p. 361; FARALDO CABANA, *Delitos societarios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 330; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DP económico, PG*, 1998, pp. 231-232; MARTÍNEZ RUIZ, «Naturaleza jurídica y criterios de aplicación de las consecuencias accesorias del artículo 129 CP», *RECPC* 01-11, 1999, p. 1; FER-

2.^a La orientación político-criminal de las consecuencias accesorias es la prevención de la continuidad delictiva y los efectos de la misma (art. 129.3) (14). La prevención en la continuidad delictiva implica que el Juez o Tribunal imponga la medida para evitar que la estructura de medios sea nuevamente utilizada para delinquir. A estos efectos el juzgador deberá realizar un juicio de previsibilidad sobre las posibilidades reales, una vez incoado el procedimiento judicial, de que dicha estructura pueda continuar siendo utilizada por el imputado o imputados, o por terceros que suplan a aquéllos en la actividad delictiva. La prevención de los efectos de la actividad delictiva, hace referencia no sólo a la protección de las víctimas que hayan sufrido el delito, sino también a la protección de terceros que, por su especial relación con la sociedad, puedan sufrir las consecuencias directas o indirectas de la actividad delictiva (15).

NÁNDEZ TERUELO, en: *Homenaje Valle Muñiz*, 2001, p. 281, quien pone de manifiesto, sin embargo, que a esta posición podría objetársele que el hecho que su regulación y aplicación sean en sede penal no implica necesariamente que tales medidas tengan por qué ser penales, dado que lo mismo sucede con la responsabilidad civil derivada de delito y nadie discute que tal responsabilidad tenga naturaleza eminentemente penal. Este autor entiende que la diferencia entre ambas instituciones se encuentra en una necesaria presunción *iuris tantum* de penalidad de las consecuencias accesorias y la propia descripción gramatical de la responsabilidad civil, que determina su necesaria extrapenalidad. A estos aspectos, personalmente añadiría un factor aún más determinante: Mientras que la responsabilidad civil es meramente objetiva, es decir, se requiere para su imposición, según el art. 109 CP, que se haya ejecutado «un hecho descrito por la Ley como delito», y además —y esto es lo decisivo— es totalmente renunciable, transigible y sometida a la autonomía de la voluntad de las partes, como consecuencia jurídica propia del Derecho Privado que es, las consecuencias accesorias no tienen tal naturaleza y además exigen un pronóstico de peligrosidad objetiva para delinquir o continuar delinquir, es decir, conllevan un factor de prevención especial criminológico propio y exclusivo del Derecho Penal; DEL ROSAL BLASCO/PÉREZ VALERO, en: Hurtado Pozo/Del Rosal Blasco/Simons Vallejo, *Responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, 2001, p. 36; LANDROVE DÍAZ, *Consecuencias jurídicas del delito*, 5.^a ed., 2002, p. 128; OCTAVIO DE TOLEDO, en: *Homenaje Cerezo Mir*, 2002, p. 1129; TAMARIT SUMALLA, en: *Homenaje Cerezo Mir*, 2002, pp. 1163-1164; en contra, ECHARRI CASI, *Sanciones*, 2003, p. 118, quien entiende que estos argumentos no hacen más que coadyuvar a su consideración como medidas de seguridad propias de las personas jurídicas.

(14) Cfr. DEL ROSAL BLASCO/PÉREZ VALERO, en: Hurtado Pozo/Del Rosal Blasco/Simons Vallejo, *Responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, 2001, pp. 36-37; LUZÓN PEÑA/PAREDES CASTAÑÓN, en: Luzón Peña (dir.), *EPB*, 2002, p. 292; DE LA FUENTE HONRUBIA, Las consecuencias accesorias de clausura y suspensión de actividades (Comentario al auto de 23-VII-2002 del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 de la AN), *RDPCr* 11, 2003, p. 349.

(15) Cfr. FERNÁNDEZ TERUELO, en: *Homenaje Valle Muñiz*, 2001, p. 285; DEL ROSAL BLASCO/PÉREZ VALERO, en: Hurtado Pozo/Del Rosal Blasco/Simons Vallejo, *Responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, 2001, p. 44.

3.^a En cuanto a los sujetos a los que puede imponérsele una consecuencia accesoria, entiendo que puede aplicarse a entes colectivos (en sentido amplio) (16) y a personas individuales (en determinadas circunstancias y cuando su imposición no sea incompatible con el régimen normativo de las penas privativas de derechos) (17). No es posible aplicar consecuencias accesorias a las Administraciones Públicas, aunque sí podrían aplicarse a empresas de titularidad pública o entidades públicas empresariales de gestión indirecta o descentralizada que utilizan formas empresariales para operar en el tráfico jurídico (18).

4.^a En lo referido a los principios que informan las consecuencias accesorias, destaca en primer lugar el de proporcionalidad. A diferencia de las penas, la aplicación de la consecuencia accesoria debe guardar proporción no con el hecho típico cometido por la persona física que actúa en su nombre o representación, o no al menos de forma exclusiva, sino que ha de ponerse en relación fundamentalmente con el fin o fundamento legal de aplicación previsto en el artículo 129.3 (19). En segundo lugar, el principio de subsidiariedad informa las consecuencias accesorias en varios aspectos: *a*) En la intervención del Derecho Penal el legislador penal deberá efectuar un juicio valorativo antes de tipificar la imposición de consecuencias accesorias, analizando si el efecto preventivo puede conseguirse mediante sanciones administrativas o si por el contrario, la protección del bien jurídico y las garantías en la imposición de las medidas concretas hacen preciso su inclusión en el orden jurisdiccional penal (20); *b*) En la aplicación del Derecho Penal el Juez penal, de una parte,

(16) En un sentido similar, FERNÁNDEZ TERUELO, en: *Homenaje Valle Muñiz*, 2001, p. 273 (nota 1); OCTAVIO DE TOLEDO, en: *Homenaje Cerezo Mir*, 2002, p. 1126 (nota 34).

(17) En este sentido, LUZÓN PEÑA/PAREDES CASTAÑÓN, en: Luzón Peña (dir.), *EPB*, 2002, p. 289; cfr. tb. CARMONA RUANO, *CuadDJ*, 1998-X, p. 301.

(18) Véase, FEIJÓO SÁNCHEZ, LL 5551, 2002, p. 6; *Sanciones*, 2002, pp. 186 y ss.; en el mismo sentido, ECHARRI CASI, *Sanciones*, 2003, p. 272.

(19) En el mismo sentido, SILVA SÁNCHEZ, en: Silva Sánchez (coord. ed. española), SCHÜNEMANN/FIGUEIREDO DIAS (coords. generales), *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, J.M. Bosch, 1995, (Homenaje Roxin), pp. 363 y ss.; DEL ROSAL BLASCO/PÉREZ VALERO, en: Hurtado Pozo/Del Rosal Blasco/Simons Vallejo, *Responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, 2001, pp. 43 y ss; FEIJÓO SÁNCHEZ, *Empresa y delitos contra el medio ambiente (II)*, LL 5551, 2002, p. 6; OCTAVIO DE TOLEDO, en: *Homenaje Cerezo Mir*, 2002, p. 1135; TAMARIT SUMALLA, en: *Homenaje Cerezo Mir*, 2002, p. 1167; ECHARRI CASI, *Sanciones*, 2003, pp. 257-258.

(20) Cfr. MARTÍNEZ RUIZ, *RECPC* 01-11, 1999, p. 8; FERNÁNDEZ TERUELO, en: *Homenaje Valle Muñiz*, 2001, p. 282.

deberá valorar si el efecto preventivo requerido por el artículo 129 se cumple con la imposición de la medida en la vía penal. En el supuesto de que la imposición de la medida obedezca exclusivamente a fines retributivos, deberá abstenerse de aplicarla, dejando la posibilidad de intervenir a otros órdenes jurisdiccionales, con regulaciones mucho más objetivizadas. De otra parte, en fase de ejecución de las medidas acordadas, el Juez deberá acudir al auxilio de organismos administrativos especializados que garanticen su cumplimiento efectivo (21); c) En la aplicación del catálogo de consecuencias accesorias: el Juez penal debe aplicar la sanción menos gravosa posible siempre y cuando se consiga el efecto preventivo perseguido (22).

5.^a El catálogo de consecuencias accesorias del artículo 129 no es un sistema abierto sino un sistema de *numerus clausus*, pudiendo ser aplicado exclusivamente a los supuestos especialmente previstos en el CP (23). Sobre el alcance de este sistema, en primer lugar entiendo criticable que no se haya previsto la aplicación de consecuencias accesorias, como mínimo, para determinados delitos socioeconómicos (24). En segundo lugar, entiendo que sería igualmente

(21) Véase, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DP económico*, PG, 1998, p. 237, quien entiende que las consecuencias accesorias deben ser aplicadas como uno de los últimos recursos penales cuando las restantes medidas sancionadoras se hayan revelado insuficientes.

(22) En este sentido, FEIJÓO SÁNCHEZ, *Sanciones*, 2002, p. 193; cfr. además, FERNÁNDEZ TERUELO, en: *Homenaje Valle Muñiz*, 2001, p. 287, quien afirma que el criterio más adecuado para la decisión a adoptar por el Juez es el de saneamiento de la empresa, es decir, el Juez debe aplicar preferentemente las medidas que no supongan un final traumático del ente, dado que la aplicación de estas medidas es potestativa. Según mi opinión, esta toma de posición es correcta cuando exista discrecionalidad judicial, pero recordemos que en determinados artículos la aplicación de estas medidas es imperativa, aunque sea la de clausura o disolución (ej. art. 520 CP); en el mismo sentido, OCTAVIO DE TOLEDO, en: *Homenaje Cerezo Mir*, 2002, p. 1135; en un sentido similar, ECHARRI CASI, *Sanciones*, 2003, p. 129.

(23) Cfr. SALAS CARCELLER, en: Pozas Cisneros (dir.), *Penas y medidas de seguridad en el NCP*, 1996, p. 340; AYO FERNÁNDEZ, *Penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias*, Pamplona, Aranzadi, 1997, p. 277; BACIGALUPO SAGESSE, en: Bacigalupo Zapater (dir.), *Curso de DP económico*, 1998, pp. 73 y ss.; GARCÍA VICENTE/ y otros, *Responsabilidad civil, consecuencias accesorias y costas procesales*, Barcelona, J.N. Bosch, 1998, pp. 382-383; MIR PUIG, *DP, PG*, 6.^a ed., 2002, p. 750; OCTAVIO DE TOLEDO, en: *Homenaje Cerezo Mir*, 2002, p. 1115.

(24) En este sentido, SALAS CARCELLER, en: Pozas Cisneros (dir.), *Penas y medidas de seguridad en el NCP*, 1996, p. 340; ZUGALDÍA ESPINAR, en: Bacigalupo Zapater (dir.), *Empresa y delito en el nuevo CP*, 1997, p. 230; tb. en: *Homenaje Valle Muñiz*, 2001, p. 897; en: Hurtado Pozo/Del Rosal Blasco/Simons Vallejo, *Responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, 2001, p. 256; DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Homenaje Barbero*, I, 2001, pp. 972-973; FERNÁNDEZ TERUELO, en: *Homenaje Valle*

válido optar por una cláusula general que permitiera la aplicación de las consecuencias accesorias a cualquier supuesto en el que el Juez apreciara la concurrencia del presupuesto previsto en el artículo 129.3 (25), o por el actual sistema de previsión en cada delito concreto, siempre y cuando se depurara la técnica legislativa y se rodeara la imposición de las consecuencias accesorias de las debidas garantías (26). En tercer lugar, entiendo que no tiene justificación alguna no haber previsto la aplicación de las consecuencias accesorias en delitos imprudentes graves (27). En cuarto lugar, el CP utiliza un sistema mixto en la tipificación de las consecuencias accesorias en la Parte Especial, concediendo la facultad al Juez de, según los casos, aplicar todo el catálogo del artículo 129, varias consecuencias o una sola. Entiendo que lo más aconsejable sería la utilización de cláusulas abiertas de remisión al catálogo general de forma que, el Juez, atendidas las circunstancias y particularidades del caso, determine cuál es la forma de intervención más acorde a las necesidades preventivas, garantizándose por tanto los principios básicos de la intervención penal (28).

Muñiz, 2001, pp. 292-293; quien añade los delitos de falsificación de moneda y efectos timbrados de los artículos 386 y ss.; ECHARRI CASI, *Sanciones*, 2003, p. 252.

(25) En el mismo sentido, FEIJÓO SÁNCHEZ, *RBCCr*, año 7, núm. 27, 1999, p. 42, quien entiende que en estos casos la técnica legislativa puede ser completamente diferente con respecto a las penas. La medida o consecuencia no resulta una respuesta tan estereotipada o prefijada como la pena, ya que está orientada a la solución individual y no retribuye un hecho anterior; y en un sentido similar, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *DP económico*, PG, 1998, p. 237, aunque limitándolo en principio a toda clase de delitos patrimoniales y económicos cometidos en el seno de una empresa.

(26) Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, en: *Homenaje Valle Muñiz*, 2001, p. 897; tb SALAS CARCELLER, en: Pozas Cisneros (dir.), *Penas y medidas de seguridad en el NCP*, 1996, p. 346, quien entiende que «da la impresión que el legislador ha elegido simplemente al azar los supuestos en que la intervención puede decretarse, pues no parece que exista punto de conexión que aglutine tales casos sin concurrencia en los restantes»; LUZÓN PEÑA/PAREDES CASTAÑÓN, en: Luzón Peña (dir.), *EPB*, 2002, p. 289, quienes entienden preferible el sistema de *numerus clausus* desde el punto de vista del respecto al principio de legalidad penal, lo cual puede sin embargo resultar problemático (como *de facto* ocurre) cuando la selección de grupos de delitos no se hace de manera adecuada.

(27) En este sentido, FEIJÓO SÁNCHEZ, *Sanciones*, 2002, p. 197, también manifiesta que «no se entiende muy bien –refiriéndose al supuesto típico del artículo 327 CP– la razón política criminal por la cual se ha considerado conveniente aplicar las consecuencias de este precepto sólo a supuestos dolosos pero no a los imprudentes».

(28) En el mismo sentido, PRATS CANUT, en: Quintero Olivares (dir.)/Valle Muñiz (coord.), *Comentarios*, 1996, p. 627, quien entiende preferible haber utilizado una fórmula única de remisión al artículo 129, tal y como hace el artículo 288, de manera que la diversa casuística con que se contempla la remisión y las referencias a modos y a causas diversas de adopción, incluso con referencias específicas al plazo

6.^a En cuanto a los presupuestos sustantivos, en lo referido al alcance de la accesoriadad de las consecuencias accesorias, entiendo que estas medidas son accesorias de la pena que abstractamente viene asignada a cada tipo de la Parte Especial, exigiéndose como mínimo que la conducta del autor individual sea típica y antijurídica (29). Por derivación, en cuanto a la extinción de las consecuencias accesorias, entiendo que, al ser éstas accesorias de la pena abstracta de cada supuesto típico, y que su existencia depende por consiguiente de la concurrencia de un supuesto típico y de una pena que lo castigue y por tanto que se desvalore jurídicopenalmente, en la medida en que esto suceda, la consecuencia accesoria seguirá su propio régimen de ejecución con independencia de la «pena concreta» que se haya podido imponer al sujeto o sujetos intervinientes (30).

7.^a En lo referido al carácter facultativo de la imposición de las consecuencias accesorias, mi opinión es que la opción más adecuada es contemplar la expresión «podrán» del artículo 129.1 como una cuestión puramente terminológica. Para ello hay que poner en relación la cláusula general del artículo 129 con la posterior regulación en la parte especial de los distintos supuestos. Al encontrarnos ante un sistema de *numerus clausus*, y al no poder aplicar los Jueces y Tribu-

de duración, aparecen como perturbadoras y pueden generar dudas acerca de si las medidas referidas en la PE son las contempladas en el artículo 129 o por el contrario son diversas; FERNÁNDEZ TERUELO, en: *Homenaje Valle Muñiz*, 2001, p. 292. En contra, BACIGALUPO SAGESSE, en: Bacigalupo Zapater (dir.), *Curso de DP económico*, 1998, p. 74, quien entiende que esta solución no es acertada, dado que las medidas contempladas en el artículo 129 tienen distinta gravedad, quedando la determinación de las mismas al libre criterio racional del Juez; JORGE BARREIRO, El sistema de sanciones en el CP español de 1995, *ADPCP* 1996, pp. 374-375; MARTÍNEZ RUIZ, *RECPC* 01-11, 1999, p. 1, quien entiende «sumamente discutible, desde las exigencias derivadas del principio de taxatividad y certeza, immanentes al propio principio de legalidad, la genérica referencia practicada por el legislador en algunos tipos penales al artículo 129 CP, haciendo surgir la duda al intérprete y al Juez o Tribunal, no sólo a qué consecuencia en concreto puede resultar de recibo, sino también en torno a si, llegado el caso, resultaría factible aplicar cumulativamente varias consecuencias». Por ello considera que el legislador debería haber determinado en cada delito la consecuencia aplicable; DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Homenaje Barbero*, I, 2001, p. 972, quien califica la completa remisión al artículo 129 como «un excesivo arbitrio judicial» fuente «de enorme inseguridad jurídica».

(29) En este sentido, LUZÓN PEÑA/PAREDES CASTAÑÓN, en: Luzón Peña (dir.), *EPB*, 2002, p. 291; en un sentido similar, DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Homenaje Barbero*, I, 2001, p. 974; DEL ROSAL BLASCO/PÉREZ VALERO, en: Hurtado Pozo/Del Rosal Blasco/Simons Vallejo, *Responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, 2001, p. 47.

(30) Cfr. AYO FERNÁNDEZ, *Penas, medidas de seguridad*, 1997, p. 279; ECHARRI CASI, *Sanciones*, 2003, pp. 317 y ss.

nales en todos los delitos las consecuencias accesorias, el legislador opta por utilizar una fórmula de estilo, que lo único que indica es que el juzgador tiene opción de aplicarlas cuando el código expresamente así lo prevea. No estamos, por tanto, ante una aplicación discrecional, sino ante una posibilidad de aplicación (31).

8.^a La exigencia de motivación de las consecuencias accesorias prevista en el artículo 129.1 implica que el Juez deba fundamentar no sólo la peligrosidad de la continuidad delictiva y los efectos de la misma, sino también la peligrosidad objetiva de la estructura de medios utilizada (32).

9.^a En cuanto a la prescripción de las consecuencias accesorias, han de distinguirse varios aspectos: En primer lugar, si prescribe el delito del que eventualmente depende su aplicación, prescribe también su posible imposición. En segundo lugar, si prescribe la pena o medida de seguridad prevista para el delito, no prescribe la eventual consecuencia accesoria impuesta (si tiene evidentemente una mayor duración). En tercer lugar, al no existir un régimen normativo propio que regule la prescripción de las consecuencias accesorias, entiendo que de *lege ferenda* debería introducirse en el CP, pues sería inadmisibles que éstas fueran las únicas consecuencias jurídicas que no prescribieran. Entre tanto debe aplicarse el régimen más acorde y paralelo previsto para las penas en el artículo 133 (33).

(31) Sobre este aspecto, cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, PJ 46, 1997, p. 341; BACIGALUPO SAGESSE, en Bacigalupo Zapater (dir.), *Curso de DP económico*, 1998, p. 76; SERRANO TÁRREGA, Las consecuencias accesorias para empresas, en: *Delitos y cuestiones penales en el ámbito empresarial I*, Madrid, Recoletos, 1999, p. 97; FERNÁNDEZ TERUELO, en: *Homenaje Valle Muñiz*, 2001, p. 287; DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Homenaje Barbero*, I, 2001, p. 972; MIR PUIG, DP, PG, 6.^a ed., 2002, p. 749; OCTAVIO DE TOLEDO, en: *Homenaje Cerezo Mir*, 2002, p. 1135 (nota 82), quien entiende que la imposición de estas consecuencias es puramente facultativa y que los supuestos donde se establece imperativamente su imposición son excepciones irrelevantes; ECHARRI CASI, *Sanciones*, 2003, p. 71.

(32) Véase GUINARTE CABADA, en: Vives Antón (coord.), *Comentarios II*, 1996, p. 667; en el mismo sentido, SALAS CARCELLER, en: Pozas Cisneros (dir.), *Penas y medidas de seguridad en el NCP*, 1996, p. 344; AYO FERNÁNDEZ, *Penas, medidas de seguridad*, 1997, p. 271; LAMO RUBIO, *El CP de 1995*, 1997, p. 429; BACIGALUPO SAGESSE, en: Bacigalupo Zapater (dir.), *Curso de DP económico*, 1998, p. 77; GARCÍA VICENTE/ y otros, *Responsabilidad civil, consecuencias accesorias*, 1998, p. 385; GRACIA MARTÍN, en: Gracia Martín (coord.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 1998, p. 391; SERRANO TÁRREGA, en: *Delitos y cuestiones penales en el ámbito empresarial I*, 1999, p. 98; ECHARRI CASI, *Sanciones*, 2003, pp. 292-293.

(33) Al tener una duración máxima de cinco años las consecuencias accesorias temporales, prescribirían a los diez años las que tuvieran una duración entre tres y cinco años (art. 133 en relación con el art. 33.2 CP); a los cinco años, las que tuvieran una duración entre seis meses y tres años (art. 133 en relación con el art. 33.3 CP); y

10.^a En cuanto a los presupuestos procesales, en primer lugar, en lo referido al requisito de la «audiencia de los titulares o representantes legales» previsto en el artículo 129.3, su introducción en el CP es necesaria, puesto que la introducción de las consecuencias accesorias no ha sido acompañada de la correspondiente reforma de la LECrm (34). En cuanto al alcance de este requisito, en el orden práctico ha de suponer que la posición procesal de la persona jurídica ha de ser la misma que la del acusado, puesto que las consecuencias accesorias son medidas restrictivas de derechos que, de conformidad con el artículo 24 CE, hacen necesaria la posibilidad de defensa frente a la acusación que se formule y que las solicite (35).

11.^a Las consecuencias accesorias del artículo 129.1.a) y c) CP pueden también ser previstas cautelarmente (art. 129.2 CP). Respecto de esta previsión, en primer lugar la restricción que se opera previendo la posible aplicación cautelar a sólo dos consecuencias accesorias es inadecuada político-criminalmente. Lo lógico es que se hubiera previsto como posibilidad para todas aquellas consecuencias que tienen una duración temporal (36). En segundo lugar, dentro del

al año, las que tuvieran una duración hasta seis meses (art. 133 en relación con el art. 33.4). En este sentido, ECHARRI CASI, *Sanciones*, 2003, p. 115, quien entiende que a las consecuencias accesorias le es aplicable el régimen de prescripción de las penas (aunque no propone de *lege ferenda* un régimen propio). Sin embargo, en otra parte (p. 301), entiende que están sujetas al plazo de prescripción del artículo 135 CP para las medidas de seguridad. En contra, TAMARIT SUMALLA, en: *Homenaje Cerezo Mir*, 2002, p. 1167, quien sin embargo entiende que «resulta más adecuado plantear la analogía de las consecuencias accesorias respecto de las medidas de seguridad, dado el sentido del artículo 129.3 y puesto que la regulación contenida en el artículo 135 se adapta algo mejor a aquellas que la de los artículos 133 y 134».

(34) En el mismo sentido, ECHARRI CASI, *Sanciones*, 2003, pp. 215-216.

(35) En este sentido, BACIGALUPO SAGESSE, en: Bacigalupo Zapater (dir.), *Curso de DP económico*, 1998, p. 77; ZUGALDÍA ESPINAR, en: *Homenaje Valle Muñiz*, 2001, p. 898; en: Hurtado Pozo/Del Rosal Blasco/Simons Vallejo, *Responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, 2001, p. 256; ECHARRI CASI, *Sanciones*, 2003, pp. 276-277.

(36) Cfr. DE LA FUENTE HONRUBIA, *RDPCr* 11, 2003, pp. 353 y ss.; en el mismo sentido, GUINARTE CABADA, en: Vives Antón (coord.), *Comentarios* II, 1996, p. 669; en el mismo sentido, JORGE BARREIRO, *ADPCP* 1996, pp. 373-374; SALAS CARCELLER, en: Pozas Cisneros (dir.), *Penas y medidas de seguridad en el NCP*, 1996, p. 341, quien entiende que al «no contemplarse esta posibilidad respecto de la medida de intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores y acreedores, sólo podrá acordarse en sentencia, momento en que en muchos casos será ya ineficaz»; BACIGALUPO SAGESSE, en: BACIGALUPO ZAPATER (dir.), *Curso de DP económico*, 1998, p. 77; MARTÍNEZ RUIZ, *RECPC* 01-11, 1999, p. 6; SERRANO TÁRREGA, en: *Delitos y cuestiones penales en el ámbito empresarial* I, 1999, p. 114; DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Homenaje Barbero*, I, 2001, p. 974.

sistema de medidas cautelares, las consecuencias accesorias son de carácter real aunque su finalidad no es asegurar la responsabilidad civil sino la prevención de la continuidad delictiva y sus efectos (37). En tercer lugar, las consecuencias accesorias cautelares pueden ser aplicadas siempre que se prevean en la Parte Especial con carácter definitivo, no sólo cuando se prevea su aplicación cautelar (38). En cuarto lugar, no cabe compensación entre las consecuencias accesorias adoptadas cautelarmente y las que se adopten con posterioridad en sentencia, puesto que el Juez penal debe atender a la verdadera peligrosidad instrumental del ente y no a finalidades propias de las penas como es la retribución (39).

12.^a En lo referido a las consecuencias accesorias en particular, se observa que el legislador no ha previsto un régimen concreto de ejecución. En tanto se legisle en este sentido, el Juez penal, cuando aplique estas consecuencias, deberá atender al fin de las mismas sin sujetarse estrictamente a requisitos formales siempre y cuando no vulnere derechos procesales de las partes. En la medida de lo posible deberá, además, aplicar analógicamente las normas de procedimiento previstas en la legislación procesal penal, mercantil, social, etc (40).

(37) Cfr. DE LA FUENTE HONRUBIA, *RDPCr* 11, 2003, pp. 355 y ss. En el mismo sentido, PRATS CANUT, en: Quintero Olivares (dir.)/Valle Muñiz (coord.), *Comentarios*, 1996, p. 629.; LUZÓN PEÑA/PAREDES CASTAÑÓN, en: Luzón Peña (dir.), *EPB*, 2002, p. 293.

(38) Cfr. DE LA FUENTE HONRUBIA, *RDPCr* 11, 2003, pp. 359 y ss. En el mismo sentido, GUINARTE CABADA, en: Vives Antón (coord.), *Comentarios* II, 1996, p. 669; SALAS CARCELLER, en: Pozas Cisneros (dir.), *Penas y medidas de seguridad en el NCP*, 1996, p. 341; MARTÍNEZ RUIZ, *RECPC* 01-11, 1999, p. 5; en contra, afirmando que sólo pueden imponerse cautelarmente las consecuencias accesorias cuando expresamente así se prevea, BACIGALUPO SAGESSE, en: Bacigalupo Zapater (dir.), *Curso de DP económico*, 1998, p. 78, quien entiende que «al implicar el artículo 129.2 una restricción de derechos, su alcance debe interpretarse también restrictivamente»; OCTAVIO DE TOLEDO, en: *Homenaje Cerezo Mir*, 2002, pp. 1126-1127.

(39) Cfr. DE LA FUENTE HONRUBIA, *RDPCr* 11, 2003, pp. 361 ss.; en contra, afirmando la posibilidad de compensación de las consecuencias accesorias cautelares con las definitivas, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, en Conde-Pumpido (dir.), *CP. Doctrina y Jurisprudencia*, 1997, p. 1568; en el mismo sentido, LAMO RUBIO, *El CP de 1995*, 1997, p. 429; GARCÍA VICENTE/y otros, *Responsabilidad civil, consecuencias accesorias*, 1998, p. 386; SERRANO TÁRREGA, en: *Delitos y cuestiones penales en el ámbito empresarial I*, 1999, p. 116; DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Homenaje Barbero*, I, 2001, p. 974.

(40) Cfr. DE LA FUENTE HONRUBIA, *RDPCr* 11, 2003, pp. 363 y ss.; sobre la falta de regulación legal en cuanto al procedimiento de ejecución, véase LAMO RUBIO, *El CP de 1995*, 1997, p. 430; GIMENO SENDRA/MORENO CATENA/CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal*, 3.^a ed., Madrid, Colex, 1999, p. 544.

13.^a La ampliación del catálogo de consecuencias accesorias con otras medidas existentes en nuestro ordenamiento o con otras existentes en el Derecho Comparado parece necesaria si se quiere dotar a los Jueces y Tribunales de medidas suficientes para conseguir plenamente el fin previsto en el artículo 129.3. A estos efectos sería conveniente estudiar la introducción de algunas medidas tales como: la amonestación pública o privada (41): si se configura como un medio de aviso a terceros que tengan relación con el instrumento peligroso; la publicación de la sentencia (42): siempre que se contemplara con carácter general y no particular como sucede en el CP español que sólo la prevé para los delitos contra la propiedad industrial (43); prohibición de obtener subvenciones públicas o beneficios o incentivos fiscales (44): igual que la medida anterior sería conveniente su introducción con carácter general en el catálogo de consecuencias accesorias, puesto que en la actualidad se prevé

(41) Exclusivamente la prevén los ordenamientos penales de Francia y Reino Unido.

(42) Cfr. DE VICENTE MARTÍNEZ, «Las consecuencias jurídicas en el ámbito de la delincuencia económica», APen 1997, rm. 121; esta medida también se prevé en el CP francés. En relación con esta pena la doctrina francesa ha manifestado que «esta sanción aparece sin duda como la más eficaz y relevante en el mundo de los negocios, caracterizado por la confianza. Los efectos pueden ser más perjudiciales que la multa. La pérdida de credibilidad comercial atenta directamente a su actividad, puesto que la disminución puede ser substancial y muy perjudicial para su propia existencia» (HIDALGO/SALOMÓN/MORVAN, *Entreprise et responsabilité pénale*, 1994, p. 72). Igualmente se prevé en el artículo 51 del CP holandés «Las penas o medidas pueden ser impuestas a una persona jurídica son: 3) La publicidad de la decisión judicial, si esta pena accesoria es prevista por la ley», y en el artículo 49 del CP de Guatemala.

(43) Sin embargo, un sector minoritario de la doctrina entiende que esta medida debe ser considerada una consecuencia accesoria pese a no estar recogida en el catálogo del artículo 129; cfr. DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Homenaje Barbero*, I, 2001, p. 970; en un sentido similar, TERRADILLOS BASOCO, en: Mapelli Cafarena/Terradillos Basoco, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3.^a ed., Madrid, Civitas, 1996, p. 218.

(44) Esta medida también se prevé en el artículo 131.34 CP francés, si bien se define como «exclusión de la asociación del mercado público», pudiendo ser temporal o definitiva. Según este artículo «la pena de exclusión del mercado público importa la prohibición de participar, directa o indirectamente, en todo negocio concluido por el Estado y sus establecimientos públicos, así como para las empresas concedidas o controladas por el Estado o por las colectividades territoriales o sus agrupaciones». También es objeto de previsión en el artículo 49 del CP de Guatemala que la define como pena de «privación de beneficios estatales» y en el artículo 22.c) de la Lei 9.605/98 de Crimes Ambientais (crímenes ambientales) brasileña que establece como pena a las personas jurídicas la «prohibición de contratar con el Poder Público, y de obtener de él subsidios, subvenciones o donaciones» añadiendo el §3 de este artículo que «La prohibición de contratar con el Poder Público o de obtener de él subsidios, subvenciones o donaciones no podrá exceder el plazo de diez años».

exclusivamente en algunos delitos y, lo más preocupante, está siendo aplicada como consecuencia accesoria en algunos casos judiciales (45); medidas administrativas tendentes a privar de un beneficio directo o indirecto al penalmente responsable que ha utilizado para tales fines una estructura de medios: también sería conveniente su introducción con carácter general en el CP, puesto que actualmente sólo está prevista en la Parte Especial en casos muy específicos.

2) En la Parte Especial el CP hace mención a las agrupaciones o entes colectivos en diversos puntos. Cabe destacar:

A) Artículo 194: Cuando se cometan hechos tipificados en los capítulos IV y V [(Delitos de exhibicionismo y provocación sexual y delitos relativos a la prostitución del título VI (Delitos contra la libertad sexual)] utilizando establecimientos o locales, abiertos o no al público, podrá decretarse en la sentencia condenatoria su clausura temporal o definitiva. La clausura temporal, que no podrá exceder de cinco años, podrá adoptarse también con carácter cautelar (46).

Se trata de la aplicación de la consecuencias accesorias previstas en el artículo 129.1.a) y 129.2 para ciertos supuestos donde el Juez prevea la peligrosidad o continuidad delictiva en materia de determinados delitos contra la libertad sexual.

B) Artículo 200: Descubrimiento y revelación de secretos. Se configura una cláusula general de ampliación de la punibilidad a

(45) Esta medida está prevista en los artículos 305 y 308 y estaba prevista en los arts. 527 y 604 CP. En los supuestos típicos de los artículos 527 y 604 CP se configuraba aparentemente para delimitar el alcance de la pena de inhabilitación para empleo o cargo público que se impone como pena principal, aunque realmente no sea así, puesto que el tenor literal de la pena de inhabilitación (cuyo alcance se define en el art. 42 CP) de la que se hace depender no acoge la «imposibilidad de obtener subvenciones, becas, o ayudas de cualquier tipo» que mencionaban los artículos 527 y 604. En los supuestos típicos de los artículos 305 y 308 se configura, sin embargo, como una pena autónoma.

(46) Cfr. CANCIO MELIÁ, «Comentario al artículos 194 CP», en: Rodríguez Mourullo (dir.)/Jorge Barreiro (coord.), *Comentarios*, 1997, p. 552, quien pone de manifiesto que «frente a la regulación anterior, en la que la cesión de locales era una modalidad delictiva en los delitos relativos a la prostitución [art. 452 bis d) CP 1973, “tercería locativa”], se establece ahora una limitación de la clausura temporal»; ORTS BERENQUER, en: Vives/Boix/Orts/Carbonell/González Cussac, *Derecho penal*, Parte Especial, (DP, PE), 3.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 269; CARMONA SALGADO, en: Cobo (dir.), Carmona/González Rus/Morillas/Polaino/Portilla, *Curso de Derecho Penal español*, Parte Especial, vol. I (Curso DPE, PE I), 1996, p. 355; MUÑOZ CONDE, *Manual de Derecho Penal*, Parte Especial (DP, PE), 11.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 212; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho Penal*, Parte Especial (DP, PE), 3.ª ed., Barcelona, J.M. Bosch, 1996, p. 163.

supuestos de descubrimiento, revelación o cesión de datos reservados de personas jurídicas, sin el consentimiento de sus representantes, salvo lo dispuesto en otros preceptos del Código (47).

Como hemos mencionado con anterioridad, el concepto que el legislador utiliza en este precepto de «persona jurídica» ha de entenderse en sentido amplio como cualquier agrupación de personas susceptible de ser titular de derechos y obligaciones. De no ser así, quedarían fuera del ámbito de protección ciertas agrupaciones sin personalidad jurídica.

C) Artículo 203: Delitos relativos al allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público. En este supuesto es curioso observar cómo el legislador desvalora más la conducta de allanamiento de morada de una persona física que el allanamiento del domicilio de una persona jurídica. Quizás, indirectamente el legislador tiene en cuenta la menor privacidad del domicilio de las agrupaciones que el domicilio de los particulares (48).

(47) Cfr. MORALES PRATS, «Comentario al artículo 200 CP», en: Quintero Olivares (dir.)/Valle Muñiz (coord.), *Comentarios*, 1996, p. 982; en: Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), *Comentarios PE DP*, 2.^a ed., 1999, p. 369; quien entiende que es necesario delimitar este precepto en atención al bien jurídico protegido, la intimidad de las personas. Según este autor «la tutela de datos o informaciones de tipo societario o empresarial “stricto sensu” no entran “prima facie” en la ratio de tutela del precepto», ya que ese tipo de información se encuentra tutelada en otros contextos del CP. Por tanto, «el artículo 200 CP debe interpretarse en sentido restrictivo, de forma que la alusión a datos reservados de las personas jurídicas, se proyecta sobre datos, en principio de personas jurídicas, pero con trascendencia en la intimidad de las personas físicas; en el mismo sentido JORGE BARREIRO, «Comentario al artículo 200 CP», en: RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.)/JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios*, 1997, pp. 589 y ss., quien entiende que esta cláusula extensiva «sólo puede ser relacionada con la intimidad personal de terceros o de los miembros integrantes de la persona jurídica»; CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, «Comentario al art. 200 CP», en: Vives Antón (coord.), *Comentarios*, 1996, p. 1009, quienes afirman «el carácter residual de esta figura delictiva en relación a otras más específicas, y que por tanto desplazarían a ésta, por concurrir especiales condiciones en ellas contempladas»; POLAINO NAVARRETE, en: Cobo (dir.)/Carmona/González Rus/Morillas/ Polaino/Portilla, *Curso DPE*, PE I, 1996, p. 435, quien entiende que «tal protección no será viable en aquellos supuestos en que los secretos por su índole personal (individual) o familiar no puedan ser apreciados, conforme a su naturaleza, en la persona jurídica».

(48) En este sentido, entre otros, MORALES PRATS, «Comentario al artículo 203 CP», en: Quintero Olivares (dir.)/Valle Muñiz (coord.), *Comentarios*, 1996, pp. 992-993; en: Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), *Comentarios*, 2.^a ed., 1999, pp. 379 y ss.

Los números 1 y 2 de este artículo regulan dos conductas diferentes: En el primer caso, la entrada en el domicilio de una persona jurídica pública (49) o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público fuera de las horas de apertura (50). En el segundo caso, la misma conducta que el número anterior mediando violencia o intimidación, pero sin necesidad de encontrarse abierto al público el establecimiento (51).

D) Artículo 212: En supuestos de calumnias o injurias hechas con publicidad y propagadas por medio de imprenta, radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, la persona física o jurídica, propietaria del medio informativo a través del cual se hayan propagado, será responsable civil solidario.

Nos encontramos ante una excepción a las reglas generales de responsabilidad civil aplicables a las personas jurídicas, dado que, como hemos visto con anterioridad, la persona jurídica es responsable civil directo (aseguradoras) o responsable civil subsidiario. Se introduce pues la responsabilidad solidaria para supuestos de utilización consentida de infraestructura de medios informativos para la comisión de delitos contra el honor (52).

(49) Cfr. sobre el alcance de la protección del domicilio de la persona jurídica pública QUERALT JIMÉNEZ, DPE, PE, 3.ª ed., 1996, p. 189, quien entiende que ente público que no disponga de domicilio en sentido material donde pueda ejercer su intimidad, no podrá ser una persona jurídico-pública a efectos penales.

(50) Es opinión mayoritaria en la doctrina que queda fuera de la acción típica del artículo 203.1 CP la conducta de mantenerse en los citados locales contra la voluntad de su titular, que sí se incrimina como falta en el artículo 635 CP: *cfr. v. gr.* JORGE BARREIRO, «Comentario al art. 203 CP», en: Rodríguez Mourullo (dir.)/Jorge Barreiro (coord.), *Comentarios*, 1997, p. 605; POLAINO NAVARRETE, en: Cobo (dir.)/Carmona /González Rus/Morillas/Polaino/Portilla, *Curso DPE*, PE I, 1996, pp. 453-454.

(51) Cfr. CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, «Comentario al artículo 203 CP», en: Vives Antón (coord.), *Comentarios*, 1996, p. 1021; VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL/ GONZÁLEZ CUSSAC, DP, PE, 3.ª ed., 1999, p. 304, quienes afirman, con acierto, que «parece deducirse que cuando el tipo se comete por estos medios, la conducta es típica siempre con indiferencia de que se realice dentro o fuera de su horario de apertura al público»; POLAINO NAVARRETE, en: COBO (dir.)/Carmona/González Rus/Morillas/Polaino/Portilla, *Curso DPE*, PE I, 1996, pp. 455-456; MUÑOZ CONDE, DP, PE, 11.ª ed., 1996, pp. 234 y ss.

(52) En este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, «Comentario al artículo 212 CP», en: Rodríguez Mourullo (dir.)/Jorge Barreiro (coord.), *Comentarios*, 1997, p. 635, poniendo de manifiesto, además, que «el régimen de responsabilidad civil aquí establecido no se corresponde con el sistema de responsabilidad criminal en “cascada” que prevé el artículo 30 para los casos en que los delitos o las faltas se cometen utilizando medios o soportes de difusión mecánicos»; CARMONA SALGADO, en: Cobo (dir.)/Carmona/González Rus/Morillas/Polaino/Portilla, *Curso DPE*, PE I, 1996,

En supuestos de retractación o reconocimiento de la falsedad de las imputaciones, el Juez o Tribunal a petición del ofendido, ordenará la publicación del testimonio de retractación en el mismo medio donde se vertió la calumnia o la injuria (art. 214, párrafo 2.º).

E) Artículo 221.3: En entregas a otra persona de hijos, descendientes o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento u adopción, bien sea de forma activa o pasiva (el que entrega o el que recibe), se podrá acordar la clausura temporal o definitiva de la guardería, colegios u otros locales o establecimientos donde se recojan los niños.

Se aplica de nuevo la consecuencia accesoria prevista en el artículo 129.1.a) y 129.2. que puede alcanzar tanto a agrupaciones o entes colectivos (siempre que sean titulares de estos establecimientos) como a personas físicas.

F) Artículo 262: Alteración de precios en concursos y subastas públicas. En la regulación de este delito se da, quizás, una de las mayores paradojas en la regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito penal la cual, no obstante será objeto de estudio específico más adelante, pero que ahora adelantamos. Así, literalmente se preceptúa: «Si se tratara de un concurso o subasta convocados por las Administraciones o Entes Públicos, se impondrá 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».

Como analizaremos en profundidad en el capítulo siguiente, el CP español no considera a las agrupaciones o entes colectivos como sujeto activo del delito, las considera, en todo caso y en ciertos supuestos, penal o civilmente responsables, directa, solidaria, o subsidiariamente, por delitos cometidos por sus representantes o por delitos donde se utilice su infraestructura y proyección económica o social. Precisamente por ser responsables se les puede imponer consecuen-

pp. 486 y ss., quien pone de manifiesto que es entendible este tipo de responsabilidad solidaria, dado que en la mayoría de los supuestos el profesional no puede hacer frente por sí solo a la cuantía de la indemnización, aunque conlleva el riesgo de «censura previa» por los propietarios del medio coartando de antemano el derecho a la libre información; en el mismo sentido que el anterior QUERALT JIMÉNEZ, DPE, PE, 3.ª ed., 1996, pp. 255-256; cfr. además, MUÑOZ CONDE, DP, PE, 11.ª ed., 1996, p. 249; VIVES ANTÓN, en: Vives/Boix/Orts/Carbonell/González Cussac, DP, PE, 3.ª ed., 1999, pp. 322-323.

cias accesorias pero nunca penas. Las penas están pensadas e ideadas únicamente para personas físicas. A las agrupaciones o entes colectivos sólo pueden imponérseles sanciones penales distintas de las penas.

La configuración típica de este delito en virtud de una interpretación sistemática y teleológica del precepto, nos lleva a concluir que nos encontramos ante una incorrecta redacción que hace necesaria una revisión legislativa con la finalidad de evitar interpretaciones erróneas y creación de inadecuadas estructuras que permitan fundamentar la responsabilidad penal directa de la persona jurídica como sujeto activo del delito, hoy por hoy inviable (53).

La revisión legislativa debería ir encaminada a mantener la inhabilitación especial para el agente o la persona física por él representada, y a la tipificación expresa de la consecuencia accesoria prevista en el artículo 129.1.d) (54).

G) Artículo 271: Delitos relativos a la propiedad intelectual. Cuando en la ejecución de estos delitos se obtenga un beneficio de especial trascendencia económica o cuando el daño causado revista especial gravedad, el Juez o Tribunal podrá decretar el cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento del condenado (55).

(53) A este respecto, VALDECABRES ORTIZ, «Comentario al artículo 262 CP», en: Vives Antón (coord.), *Comentarios*, 1996, p. 1309, entiende que «el Código ha previsto una pena específica para sancionar más duramente aquellos supuestos en que la conducta se realice en concursos o subastas convocados por las Administraciones o Entes Públicos: en dichos casos el agente, y la persona o empresa por él representada, quedarán inhabilitados para contratar con las Administraciones Públicas...»; en el mismo sentido, CARBONELL MATEU, en: Vives/Boix/Orts/Carbonell/González Cussac, DP, PE, 3.ª ed., 1999, p. 533; posturas que evidentemente no comparto, ya que, por lo expuesto, no es posible imponer una pena a una persona jurídica.

(54) En el mismo sentido, SUÁREZ GONZÁLEZ, «Comentario al artículo 262 CP», en: Rodríguez Mourullo (dir.)/Jorge Barreiro (coord.), *Comentarios*, 1997, p. 745.; QUINTERO OLIVARES, «Comentario al art. 262 CP», en: Quintero Olivares (dir.)/Valle Muñiz (coord.), *Comentarios*, 1996, p. 1199; en: Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), *Comentarios PE DP*, 2.ª ed., 1999, p. 587, quien afirma que la prohibición de contratar «se establece también para las personas jurídicas, pero evidentemente no se trata de una pena, pues no es concebible para las personas jurídicas, sino de una “consecuencia accesoria” que desarrolla lo que en términos generales declara en el artículo 129.1.d) CP».

(55) JORGE BARREIRO, «Comentario al artículo 271 CP», en: Rodríguez Mourullo (dir.)/Jorge Barreiro (coord.), *Comentarios*, 1997, p. 778, pone de manifiesto que «esta posibilidad de decretar el cierre de la empresa ya se recogía en el último párrafo del artículo 534 bis b), 2 del CPA, si bien no se fijaba un plazo para el cierre temporal de la industria o establecimiento del condenado»; en el mismo sentido, GONZÁLEZ RUS, en: Cobo (dir.)/Carmona/González Rus/Morillas/Polaino/Portilla, *Curso DPE*, PE I, 1996, p. 782; Cfr. además, BOIX REIG, en: Vives/Boix/Orts, Carbonell, Gonzá-

Artículo 276: Delitos relativos a la propiedad industrial. Cuando los hechos cometidos en los artículos anteriores revistan especial gravedad, atendiendo al valor de los objetos producidos ilícitamente o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados, el Juez o Tribunal podrá decretar el cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento del condenado (56).

Se tipifican de nuevo las consecuencias accesorias previstas en el artículo 129.1.a) y 129.2. Los preceptos ha de entenderse como posibilidad de aplicar la consecuencia a la industria o establecimiento del que se haya servido el sujeto activo, *sea o no de su propiedad*.

H) **Artículo 288:** Es la primera vez que el CP prevé la aplicación de cualquiera de las consecuencias accesorias previstas en el artículo 129, que podrán ser aplicadas por el Juez, a la vista de las circunstancias del caso, en delitos contra la propiedad intelectual, propiedad industrial y delitos relativos al mercado y a los consumidores.

lez Cussac, DP, PE, 3.ª ed., 1999, p. 512; QUERALT JIMÉNEZ, DPE, PE, 3.ª ed., 1996, p. 425. Respecto de la tipificación expresa del cierre temporal o definitivo en relación con la cláusula abierta del artículo 288 CP véase la nota siguiente al artículo 276, dado que nos encontramos ante el mismo supuesto problemático.

(56) Sobre el alcance de este artículo, véase VALLE MUÑIZ, «Comentario al artículo 276 CP», en: Quintero Olivares (dir.)/Valle Muñiz (coord.), *Comentarios*, 1996, pp. 1250-1251; en: Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), *Comentarios PE DP*, 2.ª ed., 1999, pp. 637-638, donde el autor pone de manifiesto la incongruencia de la regulación legal en relación con el artículo 288 CP, en el que se recoge una disposición común a la sección en la cual se encuadra el artículo 277 CP. Así en el artículo 288 CP se establece que en «los supuestos previstos en los artículos anteriores... además el Juez o Tribunal, a la vista de las circunstancias del caso, podrá adoptar las medidas previstas en el artículo 129 del presente Código». Así, según VALLE MUÑIZ la previsión de medidas accesorias del artículo 288 CP es inaplicable a los delitos relativos a la propiedad industrial, dado que el contenido del artículo 276 CP supone un tratamiento especial de estos delitos, que debe primar sobre el más general de las disposiciones comunes. Sería absurdo restringir a una sola consecuencia accesoria las medidas aplicables a los tipos agravados, y en cambio abrir el elenco de todas o algunas de las restantes para los tipos básicos; postura también compartida, entre otros, por GUINARTE CABADA, «Comentario al artículo 276 CP», en: VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios*, 1996, p. 1350, aunque afirmando que no resulta ser la más adecuada político-criminalmente; GONZÁLEZ RUS, en: Cobo (dir.)/Carmona/González Rus/Morillas/Polaino/Portilla, *Curso DPE*, PE I, 1996, pp. 772 y 795; MUÑOZ CONDE, DP, PE, 11.ª ed., 1996, p. 436; en otro sentido, JORGE BARREIRO, «Comentario al art. 276 CP», en: Rodríguez Mourullo (dir.)/Jorge Barreiro (coord.), *Comentarios*, 1997, p. 797, quien aparte de enumerar como una de las posibles soluciones la defendida por VALLE MUÑIZ, entiende como otra posible solución «para salvar la grave incongruencia aparente del legislador y los inconvenientes de la primera solución, que el artículo 276.2 operaría sólo como un recordatorio para los Tribunales acerca de la posibilidad de aplicar una consecuencia accesoria especialmente oportuna en tales casos, siendo compatible con lo previsto en el artículo 288.2».

Quizás nos encontramos ante lo que, como regla general, se debía haber realizado en la regulación de muchos delitos de la Parte Especial. El sistema de consecuencias accesorias es de *numerus clausus*, de forma que si no se prevén expresamente no pueden ser objeto de aplicación. La concreción de la consecuencia a aplicar en determinados supuestos, como hemos visto anteriormente, conlleva precisamente que el Juez no pueda realizar una valoración general y aplicar la consecuencia que la situación requiera para evitar de forma efectiva la continuidad delictiva por la utilización de la agrupación o del ente colectivo. La utilización de cláusulas generales, como es el caso, facilita el cumplimiento de los fines de estas consecuencias (57).

I) Artículo 294: Delitos societarios. Sin perjuicio que, en la mayoría de estos supuestos, la agrupación o ente colectivo sea sujeto pasivo por conductas de administración o gestión desleal de sus representantes, en los supuestos donde esté sujeta a supervisión administrativa y se niegue o impida la actuación de personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras, la autoridad judicial podrá decretar alguna de las consecuencias previstas en el artículo 129 (58).

Interesante es la delimitación que el CP efectúa en el artículo 297 cuando establece que: «A los efectos de este capítulo se entiende por sociedad toda Cooperativa, Caja de Ahorros, Mutua, Entidad Financiera o de Crédito, Fundación, Sociedad Mercantil, o cualquier otra

(57) Sobre este particular y sobre el alcance de la cláusula abierta de aplicabilidad de las consecuencias accesorias del artículo 129 CP véase la nota anterior.

(58) VALLE MUÑOZ, «Comentario al art. 294 CP», en: Quintero Olivares (dir.)/Valle Muñoz (coord.), *Comentarios*, 1996, p. 1331; en: Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), *Comentarios PE DP*, 2.ª ed., 1999, p. 719, quien califica como «lacerante la previsión de medidas de "seguridad" gravosas para sujetos ajenos a la conducta típica; siendo tan sólo el administrador el posible autor del delito, la adopción de medidas perjudiciales para todos los socios o integrantes de la sociedad, resulta, cuando menos, desproporcionada y, desde luego, políticamente errática. En este sentido, los Jueces y Tribunales no deberían olvidar que las medidas accesorias previstas, tal y como expresamente subraya el núm. 3 del propio artículo 129, "estarán orientadas a prevenir la continuidad delictiva y los efectos de la misma"»; SUÁREZ GONZÁLEZ, «Comentario al artículo 294 CP», en: Rodríguez Mourullo (dir.)/Jorge Barreiro (coord.), *Comentarios*, 1997, p. 846, quien pone de manifiesto que «el comportamiento prohibido suele constituir al mismo tiempo infracción grave en sede administrativa», planteándose el delicado problema de la posibilidad de sancionar en sede penal y en sede administrativa el mismo comportamiento; a este respecto MUÑOZ CONDE, DP, PE, 11.ª ed., 1996, p. 465 hace referencia a que «el artículo 2 de la Ley 29/1988 prevé que las sanciones administrativas sean compatibles con las penales, la responsabilidad de las personas jurídicas (art. 9), la conjunta de los administradores (arts. 12 y 15), medidas cuya aplicación generalmente brilla por su ausencia».

entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado» (59).

J) Receptación y otras conductas afines:

– Artículos 298-299: Se prevé la clausura temporal o definitiva del establecimiento o local en el que se trafique con los efectos de un delito contra el orden socioeconómico o contra el patrimonio, o se aproveche de los mismos o auxilie a los culpables, si bien en sólo en el primer caso se contempla la posibilidad de aplicar la consecuencia accesoria como medida cautelar (60).

– Artículo 302: Se prevén las consecuencias accesorias previstas en el artículo 129.1.a), b), c) y d). Interesante es el concepto de «organización» que utiliza el precepto, el cual debe ser interpretado como un conjunto de personas con una cierta infraestructura y con proyección delictiva (61).

(59) A este respecto, véase VALLE MUÑIZ, «Comentario al artículo 294 CP», en: Quintero Olivares (dir.)/Valle Muñiz (coord.), *Comentarios*, 1996, p. 1329-1330; en: Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), *Comentarios PE DP*, 2.ª ed., 1999, pp. 716 y ss., quien entiende que, a la hora de delimitar las sociedades que pueden ser objeto de inclusión en el delito, no basta con una sociedad mercantil, o sociedades que para el cumplimiento de sus fines participen de modo permanente en el mercado, sino que sean sociedades sometidas o que actúen en mercados sujetos a supervisión administrativa y que fundamentalmente operen en el mercado financiero (siguiendo el criterio de García de Enterría, J. –cit. por este autor–); en el mismo sentido, SUÁREZ GONZÁLEZ, «Comentario al artículo 294 CP», en: Rodríguez Mourullo (dir.)/Jorge Barreiro (coord.), *Comentarios*, 1997, p. 845; GONZÁLEZ CUSSAC, en: Vives/Boix/Orts/Carbonell/González Cussac, DP, PE, 3.ª ed., 1999, pp. 545-546; GONZÁLEZ RUS, en: Cobo (dir.)/Carmona/González Rus/Morillas/Polaino/Portilla, *Curso DPE*, PE I, 1996, pp. 829-830, quien, con razón, pone de manifiesto que los preceptos a los que es aplicable este concepto de sociedad, aunque no son normas penales en blanco, necesitan, sin embargo, del continuo auxilio de la normativa reguladora de la sociedad, que variará según su tipo.

(60) SUÁREZ GONZÁLEZ, «Comentario al artículo 299 CP», en: Rodríguez Mourullo (dir.)/Jorge Barreiro (coord.), *Comentarios*, 1997, p. 860, pone de manifiesto respecto del último inciso del artículo 299 CP que «a pesar de la falta de claridad en la redacción, la locución “si se realizaren los hechos” debe entenderse referida a los actos de tráfico».

(61) En este sentido QUINTERO OLIVARES, «Comentario al art. 302 CP», en: Quintero Olivares (dir.)/Valle Muñiz (coord.), *Comentarios*, 1996, p. 1335; en: Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), *Comentarios PE DP*, 2.ª ed., 1999, p. 743, quien entiende no puede compartirse el concepto que de «organización» mantiene la jurisprudencia, la cual entiende como tal cualquier grupo de personas con planes comunes y reparto de funciones, aunque sea transitoriamente. Para QUINTERO OLIVARES «la organización es un grupo mínimamente estable, con un esquema de poder, dirección y planificación que unos diseñan y otros cumplen», sólo así es posible concebir la aplicación de las consecuencias tipificadas, dado que ninguna de

K) Artículo 318: En los delitos contra los derechos de los trabajadores, cuando los hechos «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 hubiesen adoptado medidas para ello».

En este artículo concurren dos circunstancias que conviene señalar: 1.^a) Se viene a afirmar la interpretación propuesta del artículo 31 en el sentido de entender como administrador de hecho o de derecho a cualquier representante en sentido amplio, con funciones de administración, dirección o ejecución, que haya llevado a efecto el delito en nombre de una agrupación en la que concurren las cualidades, circunstancias o condiciones típicas (62). 2.^a) Posibilidad de comisión

ellas es concebible para una reunión transitoria de personas, aun cuando en esa reunión haya jerarquía y plan de actuación; SUÁREZ GONZÁLEZ, «Comentario al artículo 302 CP», en: Rodríguez Mourullo (dir.)/Jorge Barreiro (coord.), *Comentarios*, 1997, p. 866, mantiene sin embargo un concepto funcional de «organización» como «cualquier grupo de personas que con continuidad y permanencia actúan para encubrir u ocultar el origen ilícito de los bienes, ayudar a sus responsables para que eludan las consecuencias de sus actos, u ocultar o encubrir la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos»; en el mismo sentido, GONZÁLEZ RUS, en: Cobo (dir.)/Carmona /González Rus/Morillas/Polaino/Portilla, *Curso DPE*, PE I, 1996, p. 856 y VIVES ANTÓN/GONZÁLEZ CUSSAC, en: Vives/Boix/Orts/Carbonell/González Cussac, DP, PE, 3.^a ed., 1999, p. 574

(62) Véase *supra* nota 33 y 34. Sobre el particular, cfr. VALLE MUÑOZ/VILLACAMPA ESTIARTE, «Comentario al artículo 318 CP», en: Quintero Olivares (dir.)/Valle Muñoz (coord.), *Comentarios*, 1996, pp. 1484 y ss.; en: Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), *Comentarios PE DP*, 2.^a ed., 1999, pp. 874 y ss., quienes ponen de manifiesto, con acierto, que la problemática existente en el CP 1944/73 respecto del artículo 499 bis *in fine* en relación con el artículo 15 bis, sigue subsistiendo en la nueva regulación entre los artículos 318 y 31 CP. Así, dado que el precepto que regula de forma general la actuación en nombre de otro es el artículo 31 CP, parece incongruente que el artículo 318 pueda delimitar, o incluso ampliar, el ámbito de responsabilidad penal del interviniente en nombre o representación de la persona jurídica. Postura que comparto, pero reiterando que, partiendo de una interpretación amplia del actuar en nombre de una persona jurídica, es posible atribuir objetivamente responsabilidad al representante o representantes que con su intervención hayan causado el resultado, con independencia de la cualidad de la relación que ostente con el ente representado. Por tanto, lo importante es poder afirmar la representación legal o voluntaria del representante y que su intervención haya causado o motivado la producción del hecho típico; CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, «Comentario al artículo 318 CP», en: Vives Antón (coord.), *Comentarios*, 1996, p. 1570; tb. en: Vives/Boix/Orts/Carbonell/González Cussac, DP, PE, 3.^a ed., 1999, pp. 623 y ss., quienes, aun admitiendo que la regulación sigue siendo perturbadora, entienden que habrá de aplicarse con carácter preferente por ser ley especial con respecto al artículo 31 CP; LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Comentario al artículo 318 CP», en: Rodríguez Mourullo (dir.)/Jorge

por omisión expresamente tipificada por la no evitación del resultado lesivo adoptando las medidas necesarias (63).

L) Artículo 327: Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente: Se prevén expresamente las consecuencias accesorias previstas en el artículo 129.1 (*sic.*) letras *a*) o *e*) para los supuestos previstos en los artículos 325 y 326 (64).

Barreiro (coord.), *Comentarios*, 1997, pp. 908 y ss., quien entiende sin embargo que el alcance del artículo 318 y del artículo 31 no son idénticos, pues el primero amplía el círculo de responsables con la introducción del la figura del encargado.

(63) En este sentido, VALLE MUÑIZ/VILLACAMPA ESTIARTE, «Comentario al artículo 318 CP», en: Quintero Olivares (dir.)/Valle Muñiz (coord.), *Comentarios*, 1996, pp. 1485 y ss.; en: Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), *Comentarios PE DP*, 2.ª ed., 1999, pp. 874 y ss., con la diferencia de que criminalizan esta intervención omisiva, en todo caso, como comisión por omisión, exigiéndose únicamente que el omitente se encuentre en una situación, como mínimo, de igualdad jerárquica respecto de quien actúa, o que conozca todos los elementos objetivos o subjetivos del tipo que comete quien actúa. Así, partiendo de la posible exigencia colateral de estos requisitos, me adhiero a la postura que entiende que lo realmente importante no es la posición de garante del omitente, sino que su no intervención cree o aumente socio-normativamente el riesgo (cfr. LUZÓN PEÑA, EP en, 1981, pp. 225 y ss., tb. en: PJ 2, 1986, pp. 73 ss; LL 1986-3, pp. 535 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 1986, pp. 369 y ss.; DÍAZ y GARCÍA-CONLLEDO, PJ 24, 1991, pp. 203 y ss., entre otros); sólo así, podrá imputarse al omitente representante el hecho típico, de no ser así nos encontraríamos ante una omisión pura de carácter autónomo. No obstante, siguiendo los planteamientos de LUZÓN PEÑA, EP en, 1981, pp. 234 y ss., este criterio sería materialmente correcto y valdría para los casos en los que los tipos de la PE no mencionan expresamente la comisión omisiva (en tales casos, antes del CP de 1995 había que buscar una identidad estructural o equiparación estricta con la comisión activa, para poder subsumir la omisión en el tipo comisivo; y en el vigente CP también cabe interpretar que el artículo 11 exige siempre, adicionalmente a la posición de garante, equivalencia estricta con la comisión activa). Pero cuando un tipo de la PE tipifica expresamente la realización omisiva, hay que entender: a) O bien que se ha tipificado específicamente una comisión por omisión sin necesidad de equivalencia estructural, y que la *lex specialis* (el precepto de la PE) *derogat lege generali* (el art. 11); o bien, la opción que considero correcta, b) Que el precepto de la PE, junto con supuestos de comisión por omisión por equivalencia estructural, contiene también supuestos de omisiones propias, pero equiparadas en pena a la omisión impropia y a la comisión activa (así en este caso, muchos de los supuestos de quienes conociéndolos, no evitan los hechos, cuando tales omisiones, por no darse ninguna circunstancia adicional, no aumenten socio-normativamente el riesgo y, por tanto, no equivalgan materialmente a la comisión activa).

(64) BOIX REIG/JAREÑO LEAL, «Comentario al artículo 327 CP», en: Vives Antón (coord.), *Comentarios*, 1996, pp. 1602 y ss., quienes entienden como plausible esta previsión, dado que ofrece mayores garantías su imposición en sede judicial que en sede administrativa. Además, en consonancia con la opinión mayoritaria de la doctrina, admiten la posibilidad de que estas medidas puedan ser acordadas cautelarmente en evitación de un riesgo más grave e inminente para el medio ambiente.

M) Delitos contra la salud pública:

– Artículo 366: Se prevé la clausura temporal del establecimiento, fábrica, laboratorio o local. Respecto de supuestos de extrema gravedad, se utiliza una incorrecta técnica legislativa al definirse la clausura definitiva como cierre definitivo, remitiéndose al artículo 129, donde no consta expresamente esta definición.

– Se configura un mayor desvalor de la acción del culpable cuando éste pertenezca a una organización o asociación (65), incluso de carácter transitorio, que tuviere como finalidad difundir drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas (art. 369.6.º) y cuando realizare los hechos en establecimientos abiertos al público por el mismo o por sus empleados (art. 369.2.º). En estos supuestos el artículo 370 prevé la imposición de las consecuencias accesorias establecidas en el artículo 129.1.a), b), c) y d) (66).

– El artículo 371.2 prevé la imposición de las mismas consecuencias que el artículo 370 para supuestos de transporte, distribución o comercialización, de equipos, materiales o sustancias destinadas al cultivo, producción o fabricación de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

N) Artículo 430: Tráfico de influencias: La autoridad judicial podrá imponer la suspensión de actividades de la sociedad, empresa, organización o despacho y la clausura de sus dependencias abiertas al público por tiempo de seis meses a tres años (67).

(65) Respecto del concepto de organización aplicable, cfr. MUÑOZ CONDE, *DP*, PE, 11.ª ed., 1996, p. 577, quien aludiendo a la STS 24-IX-1985, considera que, para que pueda hablarse de organización, se requiere un mínimo de estabilidad, distribución de papeles y jerarquización. El problema para el autor es que en este campo las dificultades de prueba son grandes, por lo que los Jueces deben actuar con gran cautela.

(66) VALLE MUÑIZ/MORALES GARCÍA, «Comentario al artículo 370 CP», en: Quintero Olivares (dir.)/Valle Muñiz (coord.), *Comentarios*, 1996, pp. 1663 y ss.; en: Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), *Comentarios PE DP*, 2.ª ed., 1999, pp. 1054 y ss., ponen de manifiesto la problemática que surgía en el anterior CP respecto del artículo 344 bis b) en lo relativo a la aplicación de las consecuencias accesorias cuando se afectaba a derechos de terceros no responsables en el delito. Este escollo se salva con la nueva regulación del artículo 129, si bien estos autores entienden que, para salvar los derechos de terceros no responsables, pudiera el Juez decretar la intervención de la organización (pese a su no inclusión en el catálogo penológico del artículo 370 CP).

(67) A este respecto, véase FEIJÓ SÁNCHEZ, «Comentario al artículo 430 CP», en: Rodríguez Mourullo (dir.)/Jorge Barreiro (coord.), *Comentarios*, 1997, pp. 1146 y ss., quien entiende que estas medidas sólo pueden aplicarse a aquellos que se dedican –aunque no sea en exclusiva– al tráfico de influencias, no bastando con que ocasionalmente un empleado haya realizado ocasionalmente la conducta típica;

Ñ) Artículo 515: Se determina qué asociaciones son ilícitas a efectos penales; así: 1) Las que tengan por objeto cometer algún delito, después de constituidas, promuevan su comisión; 2) Las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas; 3) Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su ejecución; 4) Las organizaciones de carácter paramilitar; 5) Las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o inciten a ello (68).

El artículo 520, a estos efectos, introduce un nuevo aspecto de interés cuando establece de forma imperativa, no dejando posibilidad al arbitrio judicial, la disolución de la asociación ilícita. A continuación también establece de forma imperativa la imposición de «cualquier otra de las consecuencias accesorias del artículo 129», lo que debe ser entendido como obligatoriedad de imponer otra consecuencia accesoria y discrecionalidad de imponer más de una, en el bien entendido que, sólo se podrán imponer aquellas consecuencias que sean compatibles con la disolución (fundamentalmente las de carácter cautelar) (69).

MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, «Comentario al artículo 430 CP», en: Quintero Olivares (dir.)/Valle Muñiz (coord.), *Comentarios*, 1996, p. 1886; en: Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), *Comentarios PE DP*, 2.ª ed., 1999, p. 1279, quienes ponen de manifiesto que se equipara la sanción del particular por llevar a cabo esta conducta a la del que trafica efectiva y de forma real con influencias, equiparación que además se ve acentuada por la posibilidad de aplicar consecuencias accesorias. Por ello, califican esta regulación de «dislate valorativo y punitivo, vulnerador del principio de proporcionalidad».

(68) Sobre el concepto de asociación, véase TAMARIT SUMALLA, «Comentario al artículo 515 CP», en: Quintero Olivares (dir.)/Valle Muñiz (coord.), *Comentarios*, 1996, pp. 2091 y ss.; en: Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), *Comentarios PE DP*, 2.ª ed., 1999, pp. 1486 y ss., quien destaca las notas de organización, permanencia y logro de un determinado fin; en el mismo sentido, CARBONELL MATEU/VIVES ANTÓN, «Comentario al artículo 515 CP», en: Vives Antón (coord.), *Comentarios*, 1996, p. 2011; tb. en: Vives/Boix/Orts/Carbonell/González Cussac, *DP*, PE, 3.ª ed., 1999, p. 818; CANCIO MELIÁ, «Comentario al art. 515 CP», en: Rodríguez Mourullo (dir.)/Jorge Barreiro (coord.), *Comentarios*, 1997, p. 1285, siguiendo a GARCÍA PABLOS exige, además, que la asociación se trate de una estructura organizada en la que quepa distinguir distintas funciones; MUÑOZ CONDE, *DP*, PE, 11.ª ed., 1996, pp. 712 y ss.

(69) Véase más ampliamente, TAMARIT SUMALLA, «Comentario al artículo 520 CP», en: Quintero Olivares (dir.)/Valle Muñiz (coord.), *Comentarios*, 1996, pp. 2099 y ss.; en: Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), *Comentarios PE DP*, 2.ª ed.,

O) Artículo 539: Disolución o suspensión de actividades a una asociación legalmente constituida, sin previa resolución judicial, o sin causa legítima se la impida la celebración de sus sesiones, por parte de autoridad o funcionario público (70).

P) Artículo 569: El depósito de armas, municiones o explosivos establecidos en nombre o por cuenta de una asociación con propósito delictivo, determinarán la declaración judicial de ilicitud y su consiguiente disolución (71).

1999, pp. 1494 y ss.; CANCIO MELIÁ, «Comentario al artículo 520 CP», en: Rodríguez Mourullo (dir.)/Jorge Barreiro (coord.), *Comentarios*, 1997, pp. 1294 y ss., quien con acierto pone de manifiesto que la disolución sólo procederá cuando la asociación haya alcanzado una apariencia de asociación legal.

(70) Cfr. CANCIO MELIÁ, «Comentario al artículo 539 CP», en: Rodríguez Mourullo (dir.)/Jorge Barreiro (coord.), *Comentarios*, 1997, p. 1332; CARBONELL MATEU/VIVES ANTÓN, «Comentario al art. 539 CP», en: VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios*, 1996, pp. 2057 y ss., quienes critican la equiparación de las conductas de disolución o suspensión de actividades y de impedir la celebración de sus sesiones sin justa causa, dado que el desvalor penal no es igual o equivalente; TAMARIT SUMALLA, «Comentario al artículo 539 CP», en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/VALLE MUÑIZ (coord.), *Comentarios*, 1996, pp. 2151 y ss.; en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/MORALES PRATS (coord.), *Comentarios PE DP*, 2.ª ed., 1999, pp. 1546 y ss.; PORTILLA CONTRERAS, en: Cobo (dir.)/Carmona /González Rus/Morillas/Polaino/Portilla, *Curso DPE*, PE I, 1996, pp. 816 y ss.

(71) Véase, entre otros, CARBONELL MATEU/VIVES ANTÓN, «Comentario al artículo 569 CP», en: Vives Antón (coord.), *Comentarios*, 1996, pp. 2113 y ss.; en: Quintero Olivares (dir.)/Morales Prats (coord.), *Comentarios*, 2.ª ed., 1999, p. 1618 y ss.; POLAINO NAVARRETE, en: Cobo (dir.)/Carmona/González Rus/Morillas/Polaino/Portilla, *Curso DPE*, PE I, 1996, pp. 898 y ss.

Omisión de socorro tras accidente fortuito. La imputación de sucesos lesivos a conductas lícitas

JACOBO DOPICO GÓMEZ-ALLER

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Penal

Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: 1. Introducción.—2. Explicaciones doctrinales y jurisprudenciales: A) La explicación causal; B) Un criterio descriptivo: la proximidad social con el desamparado; C) «Solidaridad intensificada»: las consecuencias previsibles de un hecho fortuito.—3. La imputación del daño a una conducta lícita y la prohibición de lesión (*Neminem laedere*): A) Presupuestos. El término «accidente». La omisión del artículo 195.3 como conducta posterior a un «accidente»; B) Imputación y libertad de organización; C) Fundamento material de la agravación del artículo 195.3, 1.º inciso: imputación de un suceso lesivo a una conducta lícita; d) «Ocasionar un accidente fortuito» y las consecuencias objetivamente imputables a una conducta lícita; e) Aproximación casuística a los riesgos típicos de una actividad permitida. En especial: los casos de «culpa de la víctima» o de un tercero.—4. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En el estudio de la omisión de socorro a la víctima del propio accidente (art. 195.3) se entremezclan demasiadas cuestiones, que vienen a confluír en la perplejidad de la doctrina española ante el llamado «principio de injerencia» (1), eje de gran parte de la evolución de la dogmática de la omisión delictiva.

(1) La perplejidad es tal que no existe siquiera consenso *ortográfico* sobre el vocablo «injerencia». Un relevante sector de la doctrina española viene proponiendo desde hace tiempo la grafía *ingerencia*. LUZÓN PEÑA sostiene esta posición [«Inge-

Bajo la vigencia del derogado CP, el delito de omisión de socorro a la víctima fue objeto de un intenso debate. Su artículo 489 bis (luego ter) agravaba la pena de la omisión de socorro si la persona desamparada estaba en peligro manifiesto y grave «por accidente ocasionado por quien omitió el socorro debido». Con la introducción de esta modalidad agravada en 1967 nuestro ordenamiento acogió el llamado «pensamiento de la injerencia» (2), y sin mucha tardanza comenzó la doctrina española a recorrer con precisión los pasos de una polémica ya largamente debatida desde el siglo anterior en la doctrina alemana, de donde proviene el argumento de la injerencia en su recepción habitual: la relativa a las características que debe reunir la acción precedente para que surja un deber de evitar el resultado (y, en concreto, qué tipo de deber de evitación).

Así, una línea que cabe denominar «expansiva» afirmaba que el término «accidente» debía entenderse como «intervención sin dolo ni culpa»: sólo esas «injerencias fortuitas» darían lugar a la aplicación del tipo del artículo 489 ter; por el contrario, de mediar imprudencia o

rencia, comisión por omisión y omisión de socorro (Comentario a la STS de 24 de abril de 1974)», en *Derecho penal de la circulación*, 2.ª ed., Barcelona, 1990, pp. 167-168; es versión ampliada de «Comentario a la STS (Sala 2.ª) 24 de abril de 1974», en *RevDCirc* 1974, pp. 269 y ss.] apelando al origen etimológico del término (del latín *ingerere*, con ulterior contaminación del término *inserere*, de donde proceden también términos como *insertar* e *injertar*: COROMINAS, Joan; PASCUAL, José A., *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*, t. II, G-MA, Madrid, 1980, pp. 146-147; CARO y CUERVO, *Diccionario de construcción y régimen de la lengua castellana*, pp. 578 y ss.). Debe concederse que existe un cierto fondo de autoridades que recogen la grafía «ingerencia» e «ingerirse» (si bien muy escasas desde inicios del siglo XX frente a la mayoritaria adopción de la grafía «injerencia» e «injerirse»); no obstante, seguiremos aquí la ortografía de la Real Academia Española («injerencia»). En sí, el retorno a la pureza etimológica no es sino garantía de mayor cercanía al idioma de origen, pero, por lo demás, nada aporta. No supondría mejora alguna, por ejemplo, escribir «avogado» por abogado (étimo: *advocatus*), ni «voda» por boda (cuyo étimo es el plural *vota*). El español ha evolucionado en este punto, con sus peculiaridades fonéticas y ortográficas, desviándose del canon de la mayoría de los de su entorno, que suelen conservar la «g» latina (*ingerence*, *ingerência*, *ingérence*, *Ingerenz*); y entiendo sumamente improbable, tras progresivas fijaciones académicas del término, un retorno a la grafía originaria. En el uso culto moderno del término (y también en el específicamente jurídico, como cuando los internacionalistas hablan del «principio de no-injerencia en asuntos internos») está ya consolidada la grafía que recoge el Diccionario de la R.A.E.

(2) RODRÍGUEZ MOURULLO, «El delito de omisión de auxilio a la víctima y el pensamiento de la injerencia», en *ADPCP* 1973, pp. 501 y ss., pp. 511-514. El autor refiere sus comentarios al artículo 489 bis CP, que posteriormente pasó a ser el artículo 489 ter.

dolo en la injerencia, la omisa evitación ulterior pasaría a ser una omisión comisiva de un delito de resultado (por lo general, un homicidio doloso por omisión) (3). Otra línea, que denominaremos «restrictiva», sostenía que el término «accidente» del artículo 489 ter debía interpretarse en el sentido de una intervención imprudente y nunca fortuita, ya que no existiría legitimidad para imputar una responsabilidad mayor que la del *quivis ex populo* a aquél cuya única relación con el resultado es una conexión fortuita, es decir, imprevisible (4). Entre estos dos polos del debate se movieron otras soluciones que afirmaban que el término «accidente» abarcaba tanto la «injerencia» imprudente como la fortuita (5). Como es frecuente, fueron estas soluciones intermedias las que hallaron un pronto y masivo respaldo jurisprudencial (6).

(3) En esta línea, *vid.* HUERTA TOCILDO, «Injerencia y artículo 489 bis, 3.º, CP», en *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid, 1987, pp. 253 y ss., 265 y ss., 277 (publicado inicialmente en *ADPCP* 1985, pp. 37 y ss.); LA MISMA, «Las posiciones de garantía en el tipo de comisión por omisión», en *Problemas fundamentales*, pp. 17 y ss., p. 178 (si bien sosteniendo *de lege ferenda* una posición alternativa); esta misma posición adoptaban en un inicio COBO DEL ROSAL/CARBONELL MATEU, en Cobo del Rosal/Vives Antón, *Derecho Penal. Parte Especial*, 2.ª ed., Valencia, 1988 (si bien CARBONELL MATEU ha variado notablemente su posición con la entrada en vigor del CP 1995; *vid.* CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, en Vives Antón (dir.) *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, Valencia, 1996, pp. 985-986; y su última reformulación, en Los mismos, en VIVES ANTÓN et al., *Derecho penal. Parte especial*, 3.ª ed., Valencia, 1999, p. 278-279); similar, con respecto al CP argentino, BACIGALUPO ZAPATER, «Conducta precedente y posición de garante en el Derecho penal», en *ADPCP* 1970, pp. 35 y ss., pp. 44-45. En la jurisprudencia española cabe citar, de modo absolutamente minoritario, un *obiter dictum* de la STS 28 de mayo de 1990.

(4) En esta línea es fundamental el trabajo de ZUGALDÍA ESPINAR, «Omisión e injerencia con relación al supuesto agravado del párrafo 3 del artículo 489 bis del Código Penal», en *CPC* 1984, pp. 571 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría Jurídica del Delito. Derecho penal*. Parte General, Madrid, 1984, pp. 595-596.

(5) *Vid.*, por ejemplo, RODRÍGUEZ MOURULLO, *ADPCP* 1973, p. 514; LUZÓN PEÑA, «Ingerencia...»; p. 174; SILVA SÁNCHEZ, «Problemas del tipo de omisión del deber de socorro (Comentario a la STS de 27 de abril de 1987, ponente Sr. Díaz Palos)», en *ADPCP* 1988, pp. 561 y ss., pp. 573 y ss.; GÓMEZ RIVERO, «La producción del resultado muerte o lesiones en relación al supuesto agravado del artículo 489 ter», en *La Ley* 1995-3, pp. 787 y ss.

(6) Sobre esta polémica *vid.*, por todos, SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP* 1988, pp. 571 y ss.; CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios*, pp. 984-985; LOS MISMOS, *Derecho Penal. Parte Especial*, p. 276; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, en *Compendio de Derecho Penal Español (Parte Especial)* (M. Cobo del Rosal dir.), Madrid, 2000, p. 262; LAMARCA PÉREZ, en *Manual de Derecho Penal. Parte Especial* (C. Lamarca Pérez coord.), Madrid, 2001, p. 162.

El legislador de 1995 ha resuelto la mayor parte de este debate, al regular la materia con más concreción. El actual artículo 195.3 recoge, como modalidades agravadas de la omisión de socorro, la omisión de socorro a la víctima del propio accidente tanto si éste ha sido «ocasionado *fortuitamente*» (pena de prisión de seis meses a un año y multa de seis a doce meses), como si se ha debido a *imprudencia* (prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses).

Para entender la estructura del artículo 195.3 en profundidad y su coordinación con el artículo 11, regulador de la comisión por omisión, es necesario entender antes el juego del argumento de la injerencia en el Derecho Penal español. Ello obligaría a un estudio notablemente más extenso (7). El objetivo de estas páginas es, por el contrario, mucho más modesto: me limitaré tan sólo a estudiar un concreto problema de definición típica. ¿De quién cabe decir que ha *ocasionado un accidente*? Para responder a ello, será necesario afrontar otras cuestiones previas: ¿qué legitimación existe para sancionar con una pena mayor que la de la omisión de socorro a quien no ha incurrido en imprudencia, es decir, quien se ha comportado conforme a Derecho?

A tal efecto, propongo posponer las líneas fundamentales del debate general sobre el juego del llamado «principio de injerencia» en el CP vigente, y partir de una premisa que hoy es aceptada de modo mayoritario por la doctrina española: sea cual sea el fundamento de la agravación plasmada en el artículo 195.3, 1.º inciso, queda claro que, según el programa político-criminal del CP, los omisos *salvamentos* tras accidente «ocasionado fortuitamente» no son considerados casos de comisión por omisión dolosa de homicidio o lesiones, sino que se les debe aplicar un tipo penal con una pena mucho más reducida (8) [en terminología de Silva Sánchez, una omisión de gravedad intermedia (9)]. Este punto de partida requerirá una cierta acotación más ade-

(7) Al estudio del principio de injerencia y su juego en el Derecho Penal español he dedicado mi tesis doctoral, *Fundamentos de la responsabilidad por injerencia*. De su segunda parte proceden las consideraciones reflejadas en estas páginas.

(8) Así lo admite incluso el minoritario sector de la doctrina española que cabe calificar como *expansivo* en materia de injerencia, es decir, el que entiende que el omiso salvamento doloso tras accidente imprudente puede calificarse como un delito doloso de homicidio (*vid.* recientemente HUERTA TOCILDO, *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código penal de 1995*, Valencia, 1997, p. 41).

(9) Sobre esta categoría, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986, pp. 341 y ss.; EL MISMO, «Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los artículos 195.3 y 196 del Código Penal», en *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*, Madrid, 1999, p. 153 y ss. (*passim*).

lante, pero permite soslayar los puntos más controvertidos del debate de la injerencia para centrarnos en una concreta cuestión: ¿qué sentido debe darse a la expresión «ocasionar fortuitamente un accidente»?

2. EXPLICACIONES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES

A) La explicación causal

Es mayoritaria en nuestra jurisprudencia la definición del supuesto de hecho del 1.º inciso del artículo 195.3 como la omisión de socorro por parte de quien previamente entabló *mera relación causal* con el accidente, es decir, de quien interpuso alguna condición causal de su acaecimiento. Así, «no se precisa una previa conducta, culposa por supuesto, del agente productor del peligro (...) bastando la abrazadera de una relación de causalidad entre unos y otro» (10); entendida ésta como «una *mera relación de causalidad material y no jurídica*» (11).

A extremos llamativos llega la STS de 6 de octubre de 1989 ahondando en esta línea. Así, ante la alegación del omitente de que en el accidente había concurrido culpa exclusiva de la víctima [se trataba del atropello del conductor de un ciclomotor que derrapó inesperadamente ante el conductor (12)] responde el Tribunal Supremo: «No importa el que la víctima fuera o no culpable en el accidente, ni

(10) STS de 27 de noviembre de 1983. Esta sentencia cita, como apoyo de su tesis, cinco resoluciones previas. De entre ellas, ciertamente la STS de 13-5-1981 puede considerarse como un apoyo argumental; despierta algunas dudas que otras, como las SSTS de 28 de septiembre de 1981 y 23 de octubre de 1981, puedan aducirse en ese sentido (dado que se refieren a accidentes previos imprudentes, y no llegan a hacer afirmaciones tan tajantes como las contenidas en la STS de 21 de noviembre de 1983). Sin embargo, bajo ningún concepto cabe encontrar similitud alguna con la argumentación de la STS de 9 de junio de 1982, también citada como antecedente jurisprudencial, ni en la interesante STS de 5 de abril de 1983, a cuya argumentación aludiremos más adelante.

(11) STS de 26 de marzo de 1992. Emplea la misma expresión la SAP Barcelona (Sección 8.ª) 5 de diciembre de 1997. *Vid.* también las SSTS de 28 de mayo de 1990, 23 de septiembre de 1991 y 20 de mayo de 1994 («el caso más grave de antijuridicidad *por la relación causal* entre actuación propia del omitente del auxilio y la situación que lo requiere»).

(12) Puede surgir la duda de si el conductor del automóvil guardaba la *distancia de seguridad debida* (deber de cuidado) en el momento previo al atropello; sin embargo, en las instancias previas no recayó condena por delito imprudente.

siquiera que ella tuviera incluso voluntad de autolesionarse o de quitarse la vida. Ninguna de estas circunstancias puede eximir a quien produce el suceso causante de esos daños respecto de su deber de auxilio inmediato con todos los medios a su alcance. (...) Precisamente, para huir de tales implicaciones relativas al concepto de culpa con referencia al suceso inicial la Ley utiliza unos términos totalmente *asépticos* en este sentido cuando habla de “accidente ocasionado por el que omitió el auxilio debido”» (13).

Esta definición del elemento cualificador del artículo 195.3, 1.º inciso basada en la mera causalidad ha sido también acogida por parte de nuestra doctrina (14).

Es llamativa esta divergencia entre los principios estudiados en la Parte General y las conclusiones alcanzadas en la Parte Especial. Es prácticamente unánime en la doctrina moderna la afirmación de que ni la mera causalidad, ni ningún otro dato desnudo de la naturaleza pueden fundamentar responsabilidad alguna (15). Sin una regla jurídica que otorgue *significado*, que *codifique* el suceso en términos jurí-

(13) Las cursivas son añadidas.

(14) MOLINA BLÁZQUEZ «El artículo 195.3 del Código Penal de 1995: problemas de aplicación», en *RDPC* (2.ª época) n.º 4, 1999, pp. 555 y ss., p. 578 («el mayor disvalor de acción que se da cuando *el que ha causado naturalísticamente el peligro se desentiende de las posibles consecuencias*»); quizá en este sentido, HUERTA TOCILDO, «Injerencia...», p. 277 («todo supuesto de *causación* fortuita de una situación de peligro inmediato para la vida o la integridad personal de otro»), aunque por la polisemia del término «causación», no me atrevo a afirmarlo con seguridad (en ambas citas las cursivas son añadidas).

(15) *Vid.*, tan sólo a título ejemplificativo, en la doctrina española, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1977, p. 302; GÓMEZ BENÍTEZ, *PG* p. 56, pp. 91, 92, 172-173 (reduciendo la causalidad a mero presupuesto de lo que en sí es relevante, el juicio penal de imputación); EL MISMO, *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, Madrid, 1988, p. 15, nota 2, p. 18; SILVA SÁNCHEZ, *El delito...*, p. 13; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General. I*, Madrid, 1996, pp. 357, 376-377; BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho Penal*, 5.ª ed., Madrid, 1998, p. 173; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 6.ª ed., Barcelona, 2003, n.m. 10/8, 10/37; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 5.ª ed., Valencia, 2002, pp. 216-217 y 238-239; QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2.ª ed., Pamplona, 1999, pp. 321, 323; y, en la alemana, FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, 1988, pp. 33 y ss., 69 y ss.; RUDOLPHI, en *Systematischer Kommentar*, 6.ª ed., Frankfurt a.M., 1992, comentario previo al § 13, n. m. 57; FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassen. Zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, Köln et al., 1992, p. 23 (negando que los datos ontológicos puedan decidir nada sobre la desaprobación jurídica de una conducta); JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Berlin, 1996, pp. 277-278; JAKOBS, «El concepto jurídico-penal de acción» (trad. M. Cancio), en

dicos, la mera interposición de condiciones causales de un resultado es un acontecimiento meramente físico «que nadie ve ni oye (...) El sistema jurídico-penal oye sólo lo que puede oír mediante su código jurídico»; esto significa que los datos físicos *como tales* quedan fuera del sistema (16).

Y, se pretende aquí demostrar, no es posible interpretar que el artículo 195.3, 1.º inciso, al referirse a *ocasionar un accidente*, pretenda otorgar significado al omiso salvamento con base en la mera relación mecánica entre un hecho previo del omitente y el resultado que se debe evitar.

El debate doctrinal sobre el concepto de accidente se centró desde un origen en *un solo criterio* (conducta precedente infractora / no infractora), sin atender a otras posibilidades. Mas, como agudamente señala Mir Puig (17), lo relevante de la conducta precedente en estos supuestos no es el rasgo de su carácter imprudente *en tanto infracción*, sino en tanto *base para imputar el suceso al autor*. Por ello, si los casos de «conducta no imprudente» se reducen a la mera *causación* en sentido mecánico, sin determinar base alguna para imputar el suceso al autor, se llegará necesariamente a conclusiones absurdas. Quizá la decidida intervención del legislador de 1995 haya errado al asumir los términos de una polémica, en mi opinión, mal planteada (18).

Estudios de Derecho penal (trads. y estudio preliminar E. Peñaranda, C. J. Suárez, M. Cancio), Madrid, 1997, pp. 111 y ss.; ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, 3.ª ed., München, 1997, §11/4 (donde duda de que «a partir de las leyes causales se puedan juzgar las manifestaciones del mundo jurídico»).

(16) SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid; Barcelona, 2002, p. 73, recogiendo la doctrina de N. Luhmann. Con esto no sólo se excluyen los datos procedentes de la observación de la naturaleza, sino también todos aquellos que sean *codificados o procesados* conforme a códigos distintos de los que reconoce el sistema penal.

(17) MIR PUIG, *PG* 12/60.

(18) Y no es ese el único error. El principal problema de técnica legislativa de esta regulación es, si bien lo entiendo, la opción de *establecer una distinción entre los dos tipos del artículo 195.3 a modo de interferencia (mutua exclusión) y no con una regla simple de especialidad*, frecuente error que ha estudiado agudamente PEÑARANDA RAMOS (*Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Madrid, 1991, pp. 100 y ss., con abundante referencia doctrinal). Imaginemos que tras un accidente, uno de los implicados, creyendo firmemente que se ha producido por una imprudencia suya, omite socorrer al otro. Sin embargo, luego se demuestra que el omitente estaba equivocado, y que el accidente se debió a un fallo mecánico de su vehículo. En principio, no sería posible sancionar por un delito consumado de omisión de socorro a la víctima de un accidente imprudente (que era el contenido del dolo del sujeto), ya que no existió tal accidente; ni por uno de omisión de socorro tras accidente fortuito,

No es razonable definir una responsabilidad por el omiso socorro distinta a la de cualquier capaz de salvar, basándola en el mero hecho de haber interpuesto previamente una condición que «inopinada y casualmente» (19) conduce a un resultado dañoso. Se trataría ya no de una rechazable responsabilidad por la mera causalidad, sino de una «responsabilidad por la casualidad» (permítaseme: un sorprendente «*Kasualdogma*»), no menos inaceptable que una imaginaria «responsabilidad por sorteo» (20), que añadiría a la pena del tipo básico (multa) otra de prisión de hasta un año; y que entronca con las menos evolucionadas de las teorías decimonónicas de la injerencia. ¿Qué legitimación existe para agravar la pena de la omisión de socorro a quien, comportándose conforme a Derecho, interpone una condición causal de un curso *imprevisible* (21)? Basten tan solo unos ejemplos para demostrar lo inviable de la pretensión:

porque el dolo del sujeto no abarcó el carácter *fortuito* del accidente; ni, seguramente, por una *tentativa inidónea* de omiso socorro a la víctima de accidente imprudente, pues más bien se trata de un *delito putativo* (ya que el elemento erróneamente supuesto es su *carácter de autor idóneo* del delito en cuestión). Por ello, habría que optar por aplicar el tipo básico de omisión de socorro (sobre los intentos de superar problemas de estas características por vía *interpretativa*, *vid.* PEÑARANDA RAMOS, pp. 109 y ss.). Todo ello se resolvería si se prestase atención a las consideraciones formuladas en la citada obra, introduciendo el elemento distintivo tan solo en uno de los tipos. Así: 195.3.1.º: «Si la víctima lo fuera por accidente ocasionado por el que omitió el auxilio...» (es decir: eliminando el término «fortuito»). Artículo 195.3.2.º: «Si el accidente se debiere a imprudencia...» y (o, simplemente, volviendo a una regulación unificada de ambos supuestos, como en el CP derogado, especificando, para no revivir pasadas polémicas que el accidente puede imputarse tanto a conducta imprudente como a conducta fortuita).

(19) Dicc. R.A.E. 22.ª ed., voz «fortuito, a»; una definición similar se halla en la entrada «caso fortuito» («suceso, por lo común dañoso, que acontece inesperadamente»).

(20) Tomo la expresión de PANTALEÓN PRIETO, «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las Administraciones públicas)», en *AFDUAM* n.º 4, 2000 (monográfico *La responsabilidad en el Derecho*, F. Pantaleón ed.), pp. 167 y ss., p. 176 (la cita, por el particular estilo del autor, debe ser reproducida íntegramente: al criticar a los autores que fundamentan ciertos tipos de responsabilidad en la «posibilidad de tomar un seguro», contesta el autor que se trata de una «bobada *iuris* del mismo calibre que la “responsabilidad por la causalidad” o que una imaginaria “responsabilidad por sorteo entre dañante y dañado”»).

(21) Aparte de los citados con respecto al CP derogado, *vid.*, ya referidos al vigente CP, MOLINA FERNÁNDEZ, en *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, vol. II (M. Bajo dir.), Madrid, 1998, pp. 164-165; PÉREZ DEL VALLE/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, t. II, Madrid, 1997, pp. 2285 y ss., p. 2297.

1. X regala un caramelo a un niño. El caramelo se le cae al niño, quien salta inopinadamente a la calzada para recogerlo, por lo que el conductor Y ha de desviar súbitamente su coche para no atropellarlo, chocando con otro conductor (Z), que estaba en ese momento aparcando. Tanto Z como Y sufren graves lesiones. Ni X ni su amigo W, que casualmente pasaba por allí, les socorren. Nótese que la acción de donar el caramelo contribuyó causal y fortuitamente al suceso.

2. X, operario del ayuntamiento, termina de asfaltar una calzada el viernes, varios días antes de lo previsto. El domingo da un paseo por esa misma calzada y contempla cómo un coche, por un fallo en sus frenos, choca contra un árbol; su conductor necesita auxilio urgente, pero X no le socorre. Si X no hubiese terminado el asfaltado tan pronto, la calzada no habría sido abierta al tráfico y el accidente no habría tenido lugar.

3. X, que lleva un llamativo peinado punk, se dirige a saludar a un amigo por la calle. Un conductor se le queda mirando y sufre por ello un accidente, quedando desamparado y en peligro manifiesto y grave. Tanto X como su amigo omiten socorrerle (22).

4. X pasea con su amiga W cuando es asaltada por la espalda por el torpísimo asesino Z. Sin saber que Z se dispone a apuñalarla, X se mueve súbitamente, con lo que el puñal de Z resbala sobre el bolso de X y termina alojado en el propio vientre de Z, que comienza a desangrarse. Ni X ni W prestan auxilio a Z.

5. X porta por la calle una estatuilla que le acaban de regalar. De repente, el ladrido de un perro desde un balcón cercano sobresalta a Z, que paseaba cerca de allí, da un salto hacia atrás, tropieza con X, que se movía en dirección contraria (acción que contribuye fortuita-

(22) El ejemplo es una ligera modificación del de HAUPTMANN/JERABEK, Comentario a los §§ 94 y 95, en *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (eds. F. Höpfel y E. Ratz), 2.^a ed., Wien, 2001, n. m. 14. A su vez, según cabe deducir de ciertas similitudes en los términos empleados, parece una relectura *políticamente correcta* del «caso de la minifalda» que propone KIENAPFEL, *Grundriß des österreichischen Strafrechts. Besonderer Teil. I, Delikte gegen Personenwerte*, 2.^a ed., Wien, 1984, § 94/16. Es llamativa la preterición que la doctrina española ha hecho en este punto de la austríaca, máxime cuando el Código Penal austríaco (öStGB) contiene en su § 94 (*Imstichlassen eines Verletzten*, abandono de un herido) un precepto sumamente similar al del artículo 195.3 CP; lo mismo puede decirse de la doctrina italiana, que tanta influencia tuvo en su día sobre la española, si bien el precepto correspondiente italiano se refiere directamente al tráfico vial; *vid.*, por todos, FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, pp. 214-217; y GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obbiettiva della fattispecie*, Milano, 1983, pp. 285-286 (si bien con una solución más discutible para los supuestos ajenos al tráfico vial: pp. 287, 289-290).

mente al suceso), le tira la estatuilla y cae al suelo, con tan mala suerte que se da un golpe en la cabeza, quedando en peligro manifiesto y grave. X, también víctima del suceso (pues ha sufrido un daño patrimonial por culpa de Z), omite socorrer a Z (23), como también hace un testigo de los hechos.

6. (Suceso producto de la conducta dolosa de un tercero) Z le pide prestada su navaja de bolsillo a X, quien está pelando una manzana con ella. De modo totalmente imprevisible, Z la usa para herir mortalmente a W, se la devuelve a X y se va. Temiendo que le impliquen en los hechos, X omite socorrer a W, quien tampoco recibe auxilio de otros testigos (24).

7. (Aportación causal temporalmente separada del suceso lesivo) X aparca su coche correctamente. Cuando va a recogerlo, se encuentra con que un niño, jugando, se ha golpeado fuertemente contra la ventanilla del coche de X, produciéndose unas heridas que determinan una situación de grave peligro para su vida. X decide no

(23) No está de más recordar, como hace PANTALEÓN «Cómo repensar...», p. 175, que, desde el puro prisma naturalístico, «la simple causación es siempre común a dañante y dañado»; ya que si éste no hubiese llegado en el lugar del daño, no lo habría sufrido.

(24) Este caso de la navaja de bolsillo o *Taschenmesser-Fall* ha sido motivo de intensa discusión por la doctrina alemana. En primera instancia se condenó a X como partícipe por omisión en un delito doloso contra la vida. El Tribunal Supremo Federal alemán, en sentencia de 1 de abril de 1958 (BGHSt 11/353) casó la condena, por entender que no estaba probada la *causalidad* de la omisión con respecto a la muerte de la víctima (por cierto: comparar con la argumentación de la STS de 23 de marzo de 1988, F. D. 1.º *in fine*, tímidamente avanzada en un *obiter dictum* de la STS de 28 de mayo de 1990, que habla de la posibilidad de admitir una comisión omisiva por injerencia pero la excepciona en los casos de «creación culposa del riesgo, pero *sin que la omisión haya causado el resultado más grave*»). La doctrina alemana ha sido enormemente crítica, con razón, con el defectuoso planteamiento de la sentencia del BGH. *Vid.*, por todos, WELZEL, «Zur Problematik der Unterlassungsdelikte», en *JZ*, 1958, pp. 494 y ss.; RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*. Göttingen, 1966, pp. 81, 123, 171-172; PFLEIDERER, *Die Garantstellung aus vorangegangenem Tun*, Berlín, 1968, pp. 142-143; OTTO/BRAMMSEN, «Die Grundlagen der strafrechtlichen Haftung des Garanten wegen Unterlassens», en *Jura* 1985 (publicado en tres entregas: pp. 530 y ss., 592 y ss., pp. 646 y ss.), pp. 651-652; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 363, nota 490; STREE, en *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch: Kommentar*, 26.ª ed., München, 2001, § 13/39; SEELMANN, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch* (Gesamtred. U. Neumann u. W. Schild), Baden-Baden, 1995, § 13/134; FREUND, *Münchener Kommentar zum StGB* (en prensa), § 13/130 y ss. Una curiosa reinterpretación del caso ofrece SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, Göttingen, 1971, pp. 299 y ss.

usar su coche y se retira sin auxiliar al niño herido. Z, vecino de X, contempla la situación y tampoco presta auxilio.

En mi opinión, parece obvio que no existe legitimidad alguna para una hipotética norma que sancionase a quien hace la «aportación causal a un suceso imprevisible» de modo distinto a los demás capaces de auxilio. Ya hace siglo y medio alertaba la doctrina contra las construcciones más toscas de la teoría de la injerencia, basadas en los puros datos naturalísticos de la causalidad, y que por ello no podían resolver la cuestión de *imputación moral* (en el sentido de «*normativa*») que aquí se debate (25). En gráfica expresión de Rodríguez Mourullo, «cada acción es un factor causal que dispara una cadena de efectos que tiende virtualmente al infinito» (26). Ninguna norma racional puede hacernos responder por hechos con los que sólo nos une la mera vinculación *causal-mecánica*: dado que la causalidad no halla límites en su desarrollo, ello sería tanto como hacernos esclavos de nuestra primera conducta (27).

(25) La crítica es, pues, temprana: *vid. MERKEL, A., Kriminalistische Abhandlungen I. Zur Lehre von den Grundeinheiten des Unrechts und seiner Rechtsfolgen*, Leipzig, 1867, p. 84, donde critica las teorías de la injerencia puramente causales. De entre ellas, la fundamental es la de Julius GLASER (*Abhandlungen aus dem Österreichischen Strafrecht*. Erster Band, Wien, 1858 –reimpr. Aalen, 1978–, pp. 301, 422-423, 425), para quien el dolo podía surgir en cualquier momento de la *acción*, entendida ésta como todo un proceso desde el momento en que el sujeto activo entra en relación material o «mecánico-causal» con el objeto de la lesión, hasta aquel en que éste ya no puede impedir su acaecimiento. Así, y aunque quepa encontrar algunos antecedentes en las obras de STÜBEL, LUDEN o TEMME, es GLASER quien sienta las *bases teóricas* de una teoría *causal* de la injerencia, ya que para él, en los delitos de resultado, basta haber entablado relación causal con un suceso para que su omisión evitación, mediando dolo, pase a ser una *acción dolosa* causal del resultado.

(26) RODRÍGUEZ MOURULLO, PG, p. 291.

(27) Tomo el argumento de RUDOLPHI, *Gleichstellungsproblematik*, p. 49. Precisamente en el dato de la ausencia o presencia de límites es donde KELSEN establece una de las diferencias fundamentales entre los conceptos de *causalidad* e *imputación*: «El encadenamiento de causas y efectos –según la esencia de la causalidad– aparece como infinito en ambas direcciones (...). Enteramente diferente es la situación en el caso de la imputación. La condición a la que se imputa (...) la consecuencia, como a la muerte por la patria, las honras a la memoria; a la beneficencia, el agradecimiento (...) y al delito, la sanción, son todas condiciones que no constituyen necesaria y simultáneamente consecuencias que deban ser imputadas a otras condiciones. Y las consecuencias (...) tampoco tienen que ser necesaria y simultáneamente condiciones a las que corresponda imputar nuevas consecuencias. El número de miembros en una serie de imputaciones no es ilimitado, como el número de miembros de una serie causal, sino limitado. *Existe un término final de la imputación*» (KELSEN, *Teoría pura del derecho*, 2.ª ed., trad. R. J. Vernengo, México, 1981, pp. 104-105; las cursivas son añadidas).

Algunas resoluciones judiciales y parte de la doctrina ya habían percibido hace tiempo que «*no es lo mismo causar un accidente que verse involucrado en él o que el causante sea quien requiera auxilio*» (28). Y si bien es escasa la jurisprudencia que se ha ocupado del fundamento teórico de este tipo agravado, no lo es la que, pese a encontrarse con un supuesto de omisión tras indudable *contribución causal previa* a un accidente, aplica al omitente el *tipo básico* de omisión de socorro y no el agravado de omiso socorro a la víctima del propio accidente.

Así, la STS de 23 de julio de 2002, confirmando la STSJ Cataluña de 30 de noviembre de 2000, se enfrentó a un caso lamentablemente no infrecuente: el acusado A llevó en su automóvil a dos conocidos, B y C, hasta un descampado, para que pudieran inyectarse una dosis de heroína tranquilamente y sin ser molestados. Primero lo hizo B, entrando en estado de semiinconsciencia por reacción a la citada sustancia. Con ayuda de C, A sacó a B del vehículo. Posteriormente, C imitó a su compañero, sufriendo las mismas consecuencias; nuevamente A sacó a B del coche y lo dejó en el mismo descampado, marchándose en su coche. Finalmente, debido a la calidad de la sustancia inyectada, B cayó en estado de coma y C falleció.

Tomando por probado el muy discutible conocimiento de la situación típica (peligro manifiesto y grave para B y C) por parte de A, que no debatiremos aquí, lo que no cabe dudar es que A *interpuso una condición causal que favoreció la intoxicación de B y C*, cual fue la de transportarles a una zona despoblada donde poder inyectarse la heroína. Sin embargo –y, en mi opinión, correctamente–, A no fue condenado por la modalidad agravada de omisión de socorro, sino por el tipo básico del artículo 195.1 (29).

(28) Aparte de las poco atendidas resoluciones STS de 5 de abril de 1983 y SAP Barcelona de 3 de noviembre de 1995 (de las que hablaremos más adelante), *vid.* tan sólo MOLINA FERNÁNDEZ, *Compendio II*, pp. 164 y ss.; y QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho penal español. Parte especial*, 4.ª ed, Barcelona, 2002, p. 150, de quien tomo la expresión entrecorriada.

(29) Compárese con los casos de los «*Zechkumpanen*» de la jurisprudencia alemana de los años cincuenta y sesenta (por todos, *vid.* la sentencia del BGH de 25 de marzo de 1954, publicada en *JR* 1954, pp. 269-270, con recensión de HEINITZ). Se trata de varios supuestos, que tienen en común el hecho de que dos o más personas beben alcohol en compañía y, posteriormente, uno de ellos realiza una conducta peligrosa, como la conducción de un automóvil o una motocicleta, acaeciendo un hecho dañoso para terceros (atropello) o para el propio conductor (accidente lesivo o mortal; tal fue el caso de la sentencia citada, en la que se dirime el caso, en la que, además, el acusado se encontraba dentro del vehículo y, pese a considerarse probado que

Otra resolución interesante a estos efectos es la STS de 13 de mayo de 1981, que conoció de un caso en el que el acusado X conducía su coche cuando fue adelantado de modo tan inadecuado por el vehículo de MB, que alcanzó al coche de X en su costado izquierdo; como consecuencia del contacto, el coche de MB se salió de la calzada y cayó por un desnivel, dando varias vueltas de campana, resultando lesionados tanto MB como los otros cuatro ocupantes que le acompañaban. X omitió socorrerles. El TS aplicó el tipo básico de omisión de socorro, y no el agravado, argumentando que «no se ve la posibilidad de penarla en su párr. 3.º [scil. en el tipo agravado de omisión de socorro a la víctima], so pena de una interpretación extensiva y desajustada de los preceptos penales, pues ni el procesado ocasiona, ni es causa del accidente, muy por el contrario se expuso, por causa ajena a ser víctima del mismo, y se limitó a presenciarlo, por lo que se ven razones legales para encajar el supuesto, como se pretende, en el párr. 3.º del precepto invocado por el M.º Fiscal; y la frase del Considerando “participa pasivamente en el accidente” ni tiene la relevancia jurídica que se pretende, ni es determinante de la causalidad del accidente; razones que conducen a su desestimación».

La solución alcanzada es correcta, aunque la motivación que la sostiene debe ser seriamente matizada. Desde la teoría de la equivalencia de las condiciones, es absolutamente imposible negar la aportación causal del acusado al accidente. Si el acusado no hubiese estado conduciendo, el accidente no habría tenido lugar (30): no cabe negar la relación *naturalística* de causalidad en este punto. Y, sin embargo,

le había pedido a su amigo que condujese más despacio, fue sancionado en instancias anteriores por un *delito de homicidio imprudente por omisión*; esta jurisprudencia hiperpunitivista consideraba que, por la conducta precedente de *beber conjuntamente*, la no-evitación de la conducta de riesgo (no impedir que el amigo condujese en el estado de ebriedad en el que se hallaba) equivalía a haberla causado activa y delictivamente. En la sentencia citada, el BGH aceptó plenamente la fundamentación del tribunal de instancia, que consideraba que el amigo del accidentado había entrado en posición de garante por haber bebido con él; pero casó la sentencia condenatoria y retrotrajo las actuaciones por problemas de prueba. Resulta llamativa la tendencia del BGH a admitir en sede de principios un «principio de injerencia» sumamente indefinido, pero a impedir con frecuencia su aplicación con base en objeciones procesales. Nótese que algo similar viene haciendo el TS: las escasas sentencias (SSTS de 23 de marzo de 1988 y de 28 de mayo de 1990) que consideran de algún modo aplicable la *comisión por omisión tras injerencia* a los casos de atropello y posterior huida, lo hacen en *obiter dicta* que no llegan a aplicar al caso.

(30) O, para quienes no gusten de los juicios hipotéticos, en presente de indicativo: la conducción del acusado fue una condición más de las que llevaron al acaecimiento del accidente.

la argumentación del TS en esta sentencia no resulta irrazonable. En lenguaje común es aceptable (es más: quizá es *lo único* aceptable) decir que el acusado *no ocasionó* el accidente (¡incluso: que *no causó* el accidente!; esto plantea la posibilidad de que «causar» sea un término polisémico). Sobre ello volveremos más adelante. Sin embargo, debe ya constatarse algo: que la mención a haber *ocasionado un accidente* no puede entenderse como la mera previa interposición de una condición causal de aquél; y que la jurisprudencia española, con todas las contradicciones terminológicas que se quieran ver, así lo asume en su praxis.

B) Un criterio descriptivo: la proximidad social con el desamparado

La aportación de Nikolaos K. Androulakis ha tenido una gran influencia en la doctrina de la omisión delictiva, «incluso cuando no sea siempre citado expresamente» (31). En su obra *Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte* (1963) (32), el autor caracterizaba las «omisiones impropias» como aquellas que mediante las que el autor puede optar por realizar, del mismo modo que las acciones causales, para infligir un daño. Ello ocurre, en su opinión, cuando el omitente estaba *previamente próximo* («schon vorher Dabein-sein»), ya a la fuente de peligro, ya al titular del bien jurídico en peligro (33). Se trata de una proximidad que no ha de entenderse en sentido espacial, sino en uno «íntimo, social, en tanto prójimo (*mitmenschlich*)» (34). Con respecto a la injerencia, Androulakis entiende

(31) SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, pp. 150-151.

(32) Una interesante exposición crítica de esta obra la hallamos en SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, pp. 148-156; en mayor o menor medida se adhieren a la lectura de Schünemann, SCHÖNE, *Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz*, Köln, 1974, pp. 11 y ss.; SANGENSTEDT, *und Garantenpflicht von Amtsträgern. Zugleich eine Untersuchung zu den Grundlagen der strafrechtliche Garantenhaftung*, Frankfurt a. M. et al., 1989, pp. 123-131; en la española, HUERTA TOCILDO, «Las posiciones de garantía...», pp. 86-89.

(33) ANDROULAKIS, *Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*, München; Berlin, 1963, pp. 159, 162, 205 y ss., 272.

(34) ANDROULAKIS, *Studien*, p. 159. HUERTA TOCILDO («Las posiciones de garantía...», pp. 86 y ss.) califica este concepto de «proximidad social» (similar, PERDOMO TORRES, *La problemática de la posición de garante en lo delitos de omisión por omisión*, Bogotá, 2001, p. 44). Pese a estar de acuerdo con estos autores en que esa *proximidad* no puede sino reconducirse a lo social, no estoy tan seguro de que el calificativo abarque el hondo matiz *existencialista* de la postura de este autor, que no la reduce únicamente a la vertiente *social* en su comprensión habitual. Esa pers-

que el «injerente» en efecto está *previamente* próximo al desamparado (35).

En 1988 Silva Sánchez desarrolla su primera toma de posición sobre el delito de omisión de socorro a la víctima; y, pese a considerar que los casos tradicionales de injerencia no generan una comisión por omisión, se remite expresamente al argumento de Androulakis para interpretar por qué estos casos de injerencia permiten aplicar una «omisión de gravedad intermedia». Silva Sánchez expone que aquí la conducta precedente (fortuita o imprudente) genera «una especie de “proximidad social”, en virtud de la cual se deduce que quien crea el peligro, incluso fortuitamente, es más que un simple tercero, ha “entrado” en la esfera jurídico-social de bienes de la víctima y tiene, por ello, un deber intensificado de evitar la producción de la lesión» (36).

Esta primera posición de Silva Sánchez ha hallado un relevante eco en nuestra doctrina (37). En efecto, la afirmación es intachable: en los supuestos en que es aplicable el artículo 195.3, 1.^{er} inciso, el sujeto está más *vinculado* con el suceso dañoso y con su víctima (está más próximo) que las personas no implicadas. Sin embargo, esta consideración no supera el plano de lo meramente *descriptivo*, por lo que no proporciona claves para resolver el problema que nos ocupa: ¿quién tiene un deber específico por haber *ocasionado fortuitamente* un accidente?

pectiva existencialista contempla el fenómeno convivencial desde una cierta *impotencia expresiva*, pues busca explicarlo desde la (inefable, en cierto modo solipsista) experiencia personal del contacto con *el otro*, que a su vez nos revela un *eco* de nuestra propia identidad. ANDROULAKIS es, permítaseme la expresión, un *solipsista que no se resigna*, que acude, para superar lo que percibe como la barrera de la absoluta *otredad*, a términos sumamente emotivos como, por ejemplo, una visión muy connotada de los pronombres personales (así, dirá que para el garante el desamparado es «un “Tú” frente a todos los demás “otros en tercera persona”»: *ibidem* p. 214), las expresiones preposicionales (el fundamento de la comisión omisiva es un «estar *junto a alguien y para alguien*», «*en tanto prójimo*»: *ibidem*, p. 159), etc. Se busca así que el oyente identifique en las expresiones «connotadas» sus propias y profundas vivencias personalísimas como principal camino para aprehender el núcleo del contacto social, donde se encuentra lo inefable de la *identidad* y la *otredad*, en vez de acudir a cánones socialmente objetivados, que diluyen ese elemento personalista.

(35) Entendiendo ese *previamente* como «antes del fin del desarrollo del peligro», es decir: mientras la evitación es aún posible (y no como «antes del inicio del peligro»): ANDROULAKIS, *Studien*, pp. 214-215.

(36) SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP* 1988, pp. 573-574.

(37) Se adhieren a esta posición GÓMEZ RIVERO, *La Ley* 1995-3, pp. 787 y ss., p. 789; LA MISMA, «La regulación de los delitos de omisión del deber de socorro», en *La Ley*, 5 de junio de 1996, pp. 1 y ss., p. 2 (aunque deduciendo de ello otras conclusiones muy diversas en lo relativo a la comisión por omisión); y GARCÍA ALBERO, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 2.^a ed. (G. Quintero dir.; F. Morales coord.), Pamplona: 1999, p. 316.

No es posible aplicar el criterio «proximidad social» para determinar quién, de entre los implicados en un accidente sin ser culpables, está afectado por un deber de socorro específico. La relación de proximidad es relativa en varios sentidos, y para su concreción se requiere en cada uno de ellos un referente material. Veamos las siguientes afirmaciones:

1. La campaña electoral tendrá lugar en las semanas próximas.
2. Son parientes próximos.
3. Vigo está próximo a Pontevedra.
4. Mi fisioterapeuta insiste en que ponga la mesa más cerca del ordenador.

La 1.^a afirmación usa la relación de proximidad en el *plano* temporal. La 2.^a, en el de las relaciones de parentesco. La 3.^a y la 4.^a se refieren a uno geográfico o espacial; sin embargo, la *escala* («grado de proximidad») empleada en ellas es, obviamente, distinta. Volvamos al ejemplo del parentesco: cuando decimos que sólo hay deber de alimentos entre parientes próximos, y que sólo pueden heredar *ab intestato* parientes próximos, el plano es obviamente el mismo (las relaciones de parentesco), pero la escala no, pues son llamados a heredar *ab intestato* parientes *menos próximos* que los que integran el reducido círculo de los obligados alimentarios. Lo mismo ocurre en las afirmaciones 3.^a y 4.^a: al hablar con mi fisioterapeuta, el contexto le libera de tener que expresar la escala a la que se refiere al prescribirme que aproxime la silla y el ordenador; y sería absurdo entender que mis problemas de espalda mejorarían si pusiese mesa y ordenador en la relación de proximidad que media entre Vigo y Pontevedra.

Por lo expuesto, cabe afirmar que la alusión al plano «social» de modo general no resuelve el problema, ya que en una sociedad pluralista (artículo 1.1 CE), la variedad de criterios («planos») sociales para enjuiciar un suceso es inabarcable; y dentro de cada uno de ellos son adoptables diferentes escalas. Obviamente, los autores que sostienen este concepto de «proximidad social» hacen referencia tan sólo a uno de ellos: *precisamente el que está plasmado en el artículo 195.3.1.º*, por lo que cualquier ulterior concreción requiere de nuevos criterios. Asimismo, al ser la «proximidad» un concepto gradual, sería necesario conocer la *intensidad* requerida para poder aplicar el precepto (38).

(38) En la década siguiente, y como veremos en el siguiente epígrafe, SILVA SÁNCHEZ sigue ahondando en el estudio de este precepto, matizando sensiblemente sus posiciones. Precisamente de esa época proviene una interesante crítica relacio-

Como indicaba en el título de este epígrafe, con esta argumentación no se llega más allá del nivel *descriptivo*, algo que sin duda puede ser útil y necesario, pero que no nos sirve de ayuda en nuestra tarea: la determinación de los supuestos abarcados por la expresión *ocasionar fortuitamente un accidente*.

C) «Solidaridad intensificada»: las consecuencias previsibles de un hecho fortuito

Silva Sánchez es uno de los autores que más ha tratado la cuestión del fundamento del delito de omisión de socorro a la víctima. En un trabajos más recientes, este autor hace dos afirmaciones sumamente interesantes.

En lo relativo al *fundamento* de la agravación en el tipo del artículo 195.3, sostiene Silva Sánchez que el vínculo entre el «injerente» y el accidente tiene un origen *solidarístico* o institucional, y que por ello no se trata de una derivación del principio «*neminem laedere*» (39). Esta afirmación debe explicarse algo más, en concreto en lo relativo a esta acepción del término *solidaridad*, ya que se distancia del habitual uso del término (que lo restringe a la *solidaridad mínima*, es decir: la que fundamenta la omisión de socorro general). Entiendo que esta moderna concepción de Silva Sánchez parece influida en cierta medida por la postura de Baldó Lavilla (quien, a su vez, se adhiere en gran medida a la primera posición de Silva Sánchez, en un juego de mutuas influencias en sucesivas obras). En opinión de este autor, dos son los principios básicos en el establecimiento de deberes penales: la *responsabilidad por organización* (*neminem laedere*) y los *deberes de solidaridad*. La responsabilidad por organización atiende al principio de *separación de esferas organizativas*, con lo que todo tipo de daño a una esfera ajena imputable a la esfera propia incurre en este tipo de responsabilidad. Los deberes de solidaridad pueden ser *de solidaridad mínima* (como la omisión de socorro) o *de solidaridad cualificada*; en este último caso, el ordenamiento establece, para la realización de determinados fines, una serie de concretas *vinculacio-*

nada con lo aquí expuesto: al referirse a las doctrinas que aceptan una posición de garante por «estrecha vinculación familiar», se pregunta irónicamente el autor: «¿hasta qué punto de “estrechez”?» [SILVA SÁNCHEZ, «Artículo 11», en *Comentarios al Código Penal* (M. Cobo dir.), t. I, Madrid, 1999, pp. 441 y ss., p. 471]. Claramente critica el autor una referencia de «proximidad» insuficientemente definida, pues concreta el *plano*, pero no la *escala*.

(39) SILVA SÁNCHEZ, «Entre la omisión de socorro...», pp. 154 y ss.

nes entre esferas personales (en el sentido de la *responsabilidad institucional* de Jakobs) (40), como la que media entre padres e hijos, la que ostentan los funcionarios sobre sus competencias, etc. Así, y en resumen, la competencia «organizativa» o derivada del *neminem laedere* consiste en *mantener las esferas personales separadas*; mientras que la competencia *solidarística*, por el contrario, consiste en una *vinculación entre esferas* en virtud de una especial determinación del legislador.

En resumen: con lo expuesto, sostiene Silva Sánchez que en el artículo 195.3 no se trata de un deber derivado del principio *neminem laedere*, es decir, que no se trata de responder por los daños que otros sufren como consecuencia de nuestro ejercicio de libertad.

Más adelante se tomará posición respecto del fundamento de la específica responsabilidad de quien *ocasiona un accidente fortuito*; mas ya cabe adelantar que parece difícil hallar un fundamento distinto al de la responsabilidad por las consecuencias del propio ejercicio de libertad; por lo que parece difícil excluirlo de entre las consecuencias del *neminem laedere* o «competencia por la propia organización» (41).

(40) BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa. Un estudio sobre las «situaciones de necesidad» de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*, Barcelona, 1994, pp. 47 y ss., 53 y ss., 57 y ss. No obstante, para este autor (*ibidem*, p. 56) los casos de injerencia son casos indubitados de responsabilidad *por organización*. Para el autor, este fundamento abarca dos clases de deberes de acción: deberes especiales de *aseguramiento activo de fuentes de peligro «propias»* (que constituyen comisión por omisión) y lo que llama «*deberes generales de aseguramiento activo de fuentes de peligro «propias»*» (como el subyacente al antiguo artículo 489 ter, que, recuérdese, no hacía distinción entre accidente «imprudente» y «fortuito»), consistentes en un «deber cualificado de auxilio en una situación intermedia entre la omisión pura y la comisión por omisión (...) fundado en que el sujeto en cuestión es “algo más” que un sujeto con “status de tercero al peligro” –ausencia de competencia por el peligro– y “algo menos” que un sujeto con competencia plena por aquél. A este sujeto lo consideraremos “preferentemente competente” por dicho peligro, porque su “propio” comportamiento organizador origina objetivamente el peligro, si bien no de forma subjetivamente imputable a título doloso». BALDÓ LAVILLA (*ibidem*, p. 71, nota 105 y texto correspondiente; pp. 170, 171-172, nota 389 y texto correspondiente, p. 174) sostiene que debe armonizarse la interpretación de la «competencia por el riesgo» que ostenta el sujeto pasivo de la acción en *estado de necesidad defensivo* (quien es *en parte* competente por el riesgo, mas no *plenamente*, como sí lo es quien agrade ilegítimamente) y la de la «competencia por el riesgo» ostentada por el omitente en el antiguo artículo 489 ter. 3.º.

(41) No es infrecuente en la doctrina la afirmación de que en este precepto concurre un fundamento *mixto*, derivado tanto de la solidaridad como de la responsabilidad por las consecuencias de los propios hechos (*vid.* por ejemplo MUÑOZ CONDE,

También en estos últimos trabajos ha realizado Silva Sánchez dos matices importantes: por una parte, a los efectos del artículo 195.3, el accidente fortuito debe reunir los requisitos de *previsibilidad* y *evitabilidad* del daño (42). Obviamente, el autor refiere ambos requisitos al propio momento del *ocasionamiento fortuito del accidente*, y no al de la omisión (ya que en tal caso no se estaría operando restricción alguna, ya que si no hay previsibilidad ni evitabilidad del curso lesivo ya desencadenado, no cabe hablar de omisión).

La solución parece, en principio, problemática, pues en los casos que nos interesan, estos dos requisitos convertirían a la conducta precedente *fortuita*, cuando menos, en un delito *imprudente*, vaciando de contenido el primer tipo del artículo 195.3 e integrando sus supuestos en el ámbito del segundo tipo (accidente *imprudente*). Esto sólo puede soslayarse si se entienden ambos requisitos no en sentido *normativo* (lo que se *debe* prever y evitar), sino en un puro sentido *fáctico* (lo que se puede prever y evitar).

Muy resumidamente: la llamada «previsibilidad *objetiva*» de la que se habla en el delito imprudente no debe entenderse como un mero pronóstico fáctico «posibilidades de que el sujeto X llegue a prever el suceso Y». Previsible es *casi todo suceso lesivo* en la vida: basta una suficiente dosis de mal agüero. Pero cuando en el delito imprudente se habla de la previsibilidad *objetiva* no nos referimos a cualquier representación que pueda llegar a tener un sujeto, sino a la posibilidad de anticipar en una concreta situación ciertas posibilidades de daño: aquellas que el Derecho nos obliga a precaver (43).

Derecho Penal. Parte Especial, 14.^a ed., Valencia, 2002, p. 323). Por supuesto, todo esto depende de qué se entienda por *solidaridad*. Si bien lo entiendo, parece que SILVA SÁNCHEZ reserva el concepto de *competencia organizativa* para los deberes de *mantener separadas* las esferas de autonomía de las personas (es decir: los deberes de *no lesionar*, mediante acción u omiso control de un foco de peligro); mientras que considera que los deberes de salvamento (consistentes en reparar los efectos de no haber mantenido separadas dichas esferas) los juzga deberes de base solidaria.

(42) SILVA SÁNCHEZ, «Entre la omisión de socorro...», p.161.

(43) Si al día siguiente de revisar los frenos, un conductor atropella a alguien por un fallo imprevisto en ellos, diremos que el desgraciado suceso era *imprevisible* (por mucho que alguien con suficiente mal agüero pudiese haberlo previsto). Sin embargo, en el supuesto de un avión cuyo tren de aterrizaje, con base en la normativa del tráfico aéreo, hubiese que verificar antes de cada despegue, pero que debido a una revisión omitida realiza un aterrizaje defectuoso y se estrella contra otra aeronave, hablaríamos de un suceso *previsible* y lamentablemente imprevisto: aquí, permítaseme la expresión, el legislador impone su *mal agüero* como deber de previsión (y por la vía de la *actio libera in causa*, sancionará a quien realiza un acto lesivo, por mucho que el peligro fuese imprevisible *en el momento de la lesión*, siempre que esa

Pues bien: interpretando estas referencias a la previsibilidad y a la evitabilidad en clave meramente *fáctica* se evita, en efecto, la *interpretatio abrogans* del artículo 195.3.1.º, ya que existe un ámbito de supuestos donde la conducta precedente es evitable y el resultado es *fácticamente* previsible sin que quepa hablar de imprudencia. Pero con ello no se logra una definición satisfactoria. Variemos un poco uno de los ejemplos citados *supra*: unos niños pequeños juegan siempre a la pelota entre los coches estacionados; en el barrio ya ha habido problemas, pues los niños rayan los coches y, en alguna ocasión, se han hecho daño tropezando con ellos. Un conductor, *pese a saberlo*, aparca allí su vehículo. Cuando ya está en casa, oye un estruendo, se asoma al balcón y ve a un niño gravemente herido, pues al corretear entre los coches, chocó con el suyo, cayendo de espaldas y golpeándose la cabeza. Sabedor de todo ello, omite llamar a una ambulancia (como también otro vecino suyo, que estaba asomado a la ventana): el pequeño muere desangrado horas después. Teniendo en cuenta que el dueño del coche interpuso una condición que se reveló causal del daño; y que ésta era previsible y evitable, ¿cabe tratar de modo distinto a los dos omitentes? ¿Existe, desde un punto de vista normativo, alguna diferencia? Entiendo que la respuesta es negativa; y que ilustra suficientemente que el añadido de los requisitos de *previsibilidad* y *evitabilidad* no logra concretar de modo suficiente el ámbito de los casos de «injerencia fortuita».

Sin embargo, y como se verá más adelante, el problema es de (excesiva) *extensión* del ámbito definido. En efecto, existe una relación

imprevisibilidad se debiese a la previa infracción de un *deber previo* de investigación). Si todo esto se manejase en un nivel meramente *fáctico*, las consecuencias serían radicalmente opuestas. Imaginemos que un suicida se echa bajo las ruedas de un conductor, muriendo aplastado por el coche. ¿Era *previsible* el suceso? Por supuesto que sí: *conduciendo a 2 km/h*, el conductor hubiese podido mantenerse capaz de prever un suceso que fue imprevisible conduciendo a 50 km/h (habría visto cómo el suicida se aproximaba, se lanzaba, y hubiese podido frenar –evitabilidad–). Sin embargo, el Derecho no obliga a los conductores a mantenerse capaces de prever y evitar sucesos lesivos por la vía de conducir a 2 km/h. En resumen: todo lo *imaginable* es, precisamente en tanto tal, *fácticamente previsible* (FREUND, «Fundamentos de la imprudencia punible. Una contribución desde la regulación alemana» –trad. J. Dopico y L. Pozuelo–, en *Revista de Derecho Penal* –Buenos Aires– 2002-2, pp. 79 y ss., pp. 93-94); pero sólo con respecto a un limitado número de posibilidades de lesión hay *deberes de investigar* [concepto que hallamos en los textos más antiguos: *vid.*, por todos, FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14.ª ed. (ed. y adiciones de MITTERMAIER), Giessen, 1847 (reimpr. Aalen, 1973), 57]. Sobre todo lo aquí expuesto, más en extenso, *vid.* GÓMEZ BENÍTEZ, *El ejercicio legítimo del cargo (discrecionalidad administrativa y error en Derecho penal)*, Madrid, 1980, pp. 205 y ss.

entre la previsibilidad, la evitabilidad y el concepto «ocasionamiento fortuito de un accidente», pero debe definirse en otros términos.

3. LA IMPUTACIÓN DEL DAÑO A UNA CONDUCTA LÍCITA Y LA PROHIBICIÓN DE LESIÓN (*NEMINEM LAEDERE*)

A) **Presupuestos. El término «accidente». La omisión del artículo 195.3 como conducta posterior a un «accidente»**

Como se ha expuesto, la doctrina hizo del término «accidente» el eje del debate acerca de las clases de injerencia que pueden dar lugar a una agravación de la omisión de socorro. Tras el CP 1995, ya no cabe duda acerca de que en el concepto «accidente» tienen cabida tanto los fortuitos como los imprudentes (44). Sin embargo, con esto no se ha agotado el rendimiento conceptual del análisis del término.

Cuando se ha dicho que es pacífica en la doctrina española la consideración de que los omisos *salvamentos* tras accidente fortuito no son casos de comisión por omisión dolosa de un homicidio o un accidente, se ha advertido de que la afirmación requería una matización. Y ello es debido a que el concepto de «salvamento» no suele ser definido por doctrina ni por jurisprudencia más allá del rasgo «omisa evitación».

Domina en la doctrina un manejo del concepto de conducta típica en los delitos de omisión excesivamente extenso, basado en el concepto de causalidad hipotética; así, en el ámbito de la competencia organizativa, la omisión relevante con respecto a un homicidio, unas lesiones, etc., será toda aquella no realización de una conducta posible (ya sea en concreto, ya de modo general) que hubiera podido evitar el resultado, sin más matices.

Sin embargo, no es ese el concepto que maneja el Código penal. En los delitos de omisión de socorro a la víctima del propio accidente (ocasionado fortuitamente o debido a imprudencia) se plantea un caso muy concreto de omisión: el *omiso salvamento de las consecuencias de un accidente*. Así, no están incluidas en estos tipos las omisas evitaciones *del accidente en sí*, que constituyen verdaderos casos de *comisión por omisión*.

(44) Lo único que excluye el Diccionario R.A.E. del término «accidente» son los sucesos dañosos *intencionados* («Suceso eventual o acción de que *involuntariamente* resulta daño para las personas o las cosas»).

La evitación del accidente en sí es, en los casos que nos interesan, una conducta debida en virtud de la propia competencia organizativa; pues se trata de evitar que surja una lesión procedente de un peligro de nuestra esfera de organización: no se trata, pues, de un deber basado en *solidaridad*, al menos no en su comprensión habitual (45). La persona no sólo actúa «*moviendo el cuerpo*», sino también por la gestión, activa u omisiva, de una esfera jurídica que le es asignada en un régimen de exclusividad (46). En este sentido, «actúa» y «lesiona» tanto quien atropella a otro *acelerando*, como quien lo hace *no frenando*; tanto quien azuza su perro para que muerda a otro como quien, pudiendo, no evita que el animal se abalance sobre un tercero con tal intención; y tanto los miembros de un consejo de administración que *dan órdenes* de introducir un producto dañoso del mercado, como los que *permiten* que sea introducido a sabiendas de sus características. Los elementos del ámbito de organización de una persona (herramientas, máquinas, instalaciones, actividades, etc.) configuran lo que cabría llamar un «cuerpo en sentido amplio» (47): a los efectos de la

(45) Para las siguientes líneas, me remito a JAKOBS, «La competencia por organización en el delito omisivo» (trad. E. Peñaranda), en *Estudios...*, pp. 347 y ss., 348 y ss.; EL MISMO, *La imputación penal de la acción y de la omisión* (trad. J. Sánchez-Vera), Bogotá, 1998, pp. 27 y ss. El concepto de *competencia organizativa* es, en mi opinión, el intento más elaborado de aproximación a un concepto de «dominio» técnicamente más depurado que el manejado en la dogmática del delito activo; pero no el único. Diferentes intentos interpretativos giran en torno a la idea de un ámbito gestionado en exclusiva por su titular; así, en la doctrina alemana cabe citar los conceptos de «área de dominio» (SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen*, pp. 235 y ss.), y el de *soberanía* de SANGENSTEDT (*Garantenstellung*, pp. 377 y ss.); en la italiana, la idea de «signoría» (FIANDACA, *Il reato...*, pp. 162 y ss.); en la anglosajona, el concepto de «personal sovereignty» (FEINBERG, *The Moral Limits of Criminal Law*, t. III, *Harm to Self*, New York, 1986, p. 47; t. IV, *Harmless wrongdoing*, New York, 1988, p. 320; si bien menos orientado a la atribución de responsabilidad por las consecuencias, y más a subrayar el elemento de *atribución en exclusiva de la gestión* y con ello negar legitimidad a las normas paternalistas); y, en la española, los conceptos de «dominio» (SILVA SÁNCHEZ, *El delito...*, p. 371), «dominio social» (GRACIA MARTÍN, «La comisión por omisión en el Derecho penal español», en *Actualidad Penal* n.º 38, 1995, pp. 683 y ss., p. 701) o, con una definición funcional, el *conjunto de focos de peligro cuyo control está encargado al sujeto* (GIMBERNAT ORDEIG, «Causalidad, omisión e imprudencia», *ADPCP* 1994, pp. 221 y ss., pp. 227 y ss.); así como el de *autonomía* manejado recientemente por LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, Madrid, 2002, pp. 58 y ss.

(46) Dicha exclusividad puede ser *compartida* con otros, en un régimen de división de trabajo.

(47) Algo similar hallamos en los orígenes del idealismo alemán; *vid.*, HEGEL, *Fundamentos de la filosofía del Derecho* (ed. K. H. Ilting) –trad. C. Díaz–, Madrid, 1993, § 116 (sometiendo a un mismo régimen de competencia del titular el propio

prohibición de dañar, es indiferente que lo hagamos moviendo los músculos o no impidiendo que cualquier otro elemento de ese «cuerpo en sentido amplio» dañe (no frenando una máquina, no conteniendo un animal, etc.).

El CP opta —en mi opinión, correctamente— por tratar de modo diferenciado los supuestos de un *acto de gestión de la propia esfera generador de daños* (casos de *comisión por omisión*, con frecuencia tratados aludiendo a la llamada *posición de garante por dominio de una esfera*) de los casos de responsabilidad por la *omisa revocación de los peligros producidos por una gestión de la propia esfera* (es decir: de los peligros que surgen de un *accidente*). De uno u otro modo la doctrina ha reconocido una diferencia entre ambos grupos de supuestos, con frecuencia aludiendo a la distinción entre *aseguramiento de un foco de peligro y salvamento de la víctima del accidente producido por dicho foco*; ya sea respaldando la opción diferenciadora (48), ya entendiendo que, a los efectos de la imputación, la dife-

cuerpo, la propiedad y otros ámbitos bajo el dominio del sujeto); y FICHTE, *Fundamento del Derecho Natural según los principios de la doctrina de la ciencia* —trad. y notas J. L. Villacañas, M. Ramos y F. Oncina—, Madrid, 1994, §§ 5 y ss. (con un verdadero concepto de *cuerpo en sentido amplio*; si bien no sólo a los efectos del deber de no lesionar, sino también tomándolo como elemento necesario del *reconocimiento* entre personas: *ibidem*, §§ 18 y 20).

(48) Desde diversos planteamientos, *vid.* tan solo GIMBERNAT ORDEIG, *ADPCP* 1994, pp. 227 y ss.; EL MISMO, «El delito de omisión impropia», en *RDPC* 1999, pp. 537 y ss.; LUZÓN PEÑA, «La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS», en *Poder Judicial* n.º 2, 1986, pp. 73 y ss., pp. 81 y ss. [a su solución se adhiere DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión. ¿Un caso de dolo alternativo? (Comentario a la STS, Sala 2.ª, de 8 de octubre de 1991)», en *Poder Judicial* 1991, n.º 24, pp. 203 y ss., p. 209, p. 210]; SILVA SÁNCHEZ, «Entre la omisión de socorro...», pp. 160 y ss.; EL MISMO, *Comentarios...*, pp. 477 y ss. [a su propuesta se adhiere GARCÍA ALBERO, *Comentarios a la Parte Especial...*, pp. 317 y ss., si bien con algún matiz señalable]; GRACIA MARTÍN, *Actualidad Penal* 1995, pp. 687 y ss., 701 y ss. [no obstante, recientemente apunta este autor una dirección, si bien lo entiendo, totalmente distinta; EL MISMO, «Los delitos de comisión por omisión (Una exposición crítica de la doctrina dominante)», en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*, Madrid, 2001, pp. 411 y ss.; aunque no creo que con ello haya alterado su comprensión de los delitos del artículo 195; téngase en cuenta que el artículo citado es una crítica de la posición dominante, y sólo esboza las líneas directrices generales de una doctrina que promete desarrollar próximamente]. Desde perspectivas más radicales, y pese a sostener una argumentación ontologista más que cuestionable, es un antecedente fundamental la citada obra de SCHÜNEMANN *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, Göttingen, 1971.

rencia es irrelevante (49). Debe destacarse que *la opción diferenciadora es la mayoritaria en los ordenamientos de nuestro entorno* (50).

(49) El principal antecedente es aquí la obra de RUDOLPHI *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, Göttingen, 1966, quien pese a establecer las bases de la distinción entre lo que denomina las posiciones de garante por «dominio» y por «injerencia» (aunque sin dar un adecuado fundamento a dicha distinción), sigue reconociendo en los omisos salvamentos tras injerencia un fundamento de imputación idéntico. Por otra parte, en la obra de JAKOBS, quizá el revulsivo más interesante del último siglo en esta materia, cabe hallar la que posiblemente sea la definición más acertada hasta el momento de la distinción entre ambos grupos de supuestos: «*en el caso de los deberes de salvamento -a diferencia de lo que sucede con los deberes de aseguramiento- pueden ser tomados en cuenta varios ámbitos de organización como eventualmente competentes o, con mayor precisión: al menos dos, el del injerente y el de la víctima. Por el contrario, en el caso de los deberes de aseguramiento no existe ninguna alternativa en relación con la competencia global de aquel que domina la organización que ha de ser asegurado*» (JAKOBS, «La competencia por organización...», p. 354; en el mismo sentido, EL MISMO, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.ª ed. -trad. J. Cuello y J. L. Serrano-, Madrid, 1995, 29/38). Sin embargo, el autor niega que la imputación por omiso *salvamento* revistiera caracteres distintos a los de la imputación por *omiso aseguramiento* (o por «conducta activa»); recientemente ha radicalizado esa negación: EL MISMO, «Teoría y praxis de la injerencia» -trad. M. Cancio-, en Jakobs/Cancio, *El sistema funcionalista del Derecho penal*, Lima, 2000, pp. 101-102.

(50) Ya sea siguiendo el mismo modelo del Derecho *español* (tipificando para dichos casos una omisión «de gravedad intermedia», en palabras de SILVA SÁNCHEZ, como el artículo 195.3), como ocurre en *Italia* (art. 189 del Codice della strada, cuya sanción ha sido recientemente elevada por ley de 9 de abril de 2003, elevando su límite superior a 3 años), *Austria* (§ 94 StGB) o *Portugal* (art. 200.2 CP); ya, como en el caso de *Alemania*, estableciendo una cláusula de atenuación facultativa que la doctrina coincide en aplicar a los casos de omiso *salvamento* tras accidente, y no a los de omiso *aseguramiento* de los peligros de la propia esfera (*vid.*, de entre la escasa doctrina alemana que ha estudiado el § 13.II, *vid.* DENCKER, «Ingerenz: Die defizitäre Tathandlung», en *Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels*, Heidelberg, 1993, pp. 167-168, 169, quien no obstante aduce a tal efecto argumentos técnicamente muy problemáticos; Schönke-Schröder-STREE, § 13/64; y la detallada y reciente exposición de ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil II*, München, 2003, §§ 31/236 y ss.). Resulta sorprendente el diferente interés de la doctrina alemana (y, correlativamente, de la española) por los párrafos I y II del § 13. Ello puede deberse a que el § 13.II ha sufrido el triste destino de ser calificado como una cuestión de «determinación de la pena», que viene a ser *de facto* el establecimiento de una licencia doctrinal para interpretarlo sin el rigor que merecen los demás elementos que *determinan* la pena (es decir: sin el rigor con el que debe tratarse todo aquello que la doctrina mayoritaria califique como relevante a los efectos de tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad) y que termina por producir un cierto desinterés por parte de la *alta* ciencia penal; en este sentido, *vid.* por todos, en la doctrina alemana, la durísima crítica de STRATENWERTH a esta discriminación de la llamada «determinación de la pena» (*El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad* -trad. E. Bacigalupo-, Madrid, 1980, pp. 82-83); y en la española, las consideracio-

Por mucho que la distinción entre estos dos grupos de supuestos sea objeto de debate en el plano teórico, su aplicación práctica al grupo de casos que nos ocupa no parece discutida en nuestra doctrina de la parte especial. Supuestos de «accidente fortuito» que dan lugar a la aplicación del artículo 195.3, 1.^{er} inciso, sólo pueden ser aquellos en los que se trata tan solo de salvar a la víctima de un peligro cuyo origen el autor ya no está gestionando (un *accidente*); y no entran en su ámbito típico las omisiones calificables como conductas de *gestión de los peligros de la propia esfera* que terminan lesionando a alguien (cuyo núcleo fundamental son las conductas de omiso *aseguramiento* de la propia esfera), por mucho que aquí dicha esfera pueda haberse descontrolado previamente sin mediación de dolo ni imprudencia del sujeto (51). Por ejemplo: si por un fallo mecánico imprevisible o intervención imprevisible de tercero el coche derrapa y queda atravesado en medio de la autopista, el conductor deberá *asegurar* o *gestionar* el foco de peligro (señalarlo, retirarlo al arcén, etc.), es decir: *evitar el accidente*; de no hacerlo así, si tiene lugar un accidente podremos hablar de la comisión omisiva de delitos de lesiones, homicidio, etc. Pero por fallo imprevisible lo que tiene lugar es un atropello (es decir: *si ya se ha producido el accidente*) dejando a la víctima incapaz de protegerse y en peligro, su omiso salvamento doloso dará lugar a un delito del 1.^{er} inciso del artículo 195.3, y no a un homicidio doloso por omisión si ésta finalmente fallece. El tratamiento indiferenciado de ambos grupos de casos, propiciado por un pensamiento excesivamente causal-naturalístico (pues desde la óptica causal o cuasi-causal en ambos casos se da lo mismo: la no-evitación de un resultado, y no se perciben las hondas diferencias que desde el plano normativo cabe apreciar entre ellos), es posiblemente uno de los lastres que más han pesado en la tortuosa evolución del estudio de la responsabilidad derivada de conducta peligrosa precedente.

Este es, si no yerro, el criterio en mi opinión más sencillo y razonable para distinguir los ámbitos típicos de los artículos 11.b) CP (comisión omisiva por injerencia) y 195.3 (omisión de socorro a la víctima, en sus dos modalidades); y viene a coincidir en no pocos

nes de GÓMEZ BENÍTEZ, «Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española (Proyecto 1980 de Código penal)», en *Estudios penales*, Madrid, 2001, pp. 39 y ss., 55 y ss., 81-82 (publicado inicialmente en *RFDUCM* 1980, p. 129 y ss.).

(51) Ni tampoco, correlativamente, los casos de *gestión de la autoprotección ajena* cuando ésta ha sido *asumida* de quien pueda delegarla (o meramente *usurpada*). Estas son las dos vertientes del *principio de gestión*, que expongo y desarrollo en mi tesis doctoral *Fundamentos de la responsabilidad por injerencia*.

puntos con las soluciones alcanzadas por autores como Gimbernat Ordeig, Luzón Peña, Silva Sánchez, Gracia Martín, Díaz y García Conlledo o García Albero (52) (por mucho que cada una de las propuestas tenga sus propias características, en modo alguno equiparables), así como con la praxis constante de la jurisprudencia española (53).

B) Imputación y libertad de organización

Posiblemente la mejor definición de las implicaciones de la prohibición de lesión (*neminem laedere*) haya cristalizado en la obra de Jakobs, quien, desde un punto de vista material y desvinculándolo del obsoleto concepto naturalístico «acción causal», ofrece una interesante fundamentación de la institución que enlaza con los clásicos del liberalismo político; pero además, en el plano dogmático (y aquí reside, en mi opinión, la fundamental aportación de este autor), permite una explicación coherente de otras instituciones, como la comisión omisiva, sin los forzados giros a los que obligaba la dogmática tradicional.

Muy resumidamente (54): la asignación a la persona de un ámbito de libertad y disposición *en exclusiva* («ámbito de organización», que consta, en primer lugar, del propio cuerpo, pero también de herramientas, animales, instalaciones, actividades, etc.) tiene como correlato necesario para que sea posible el contacto social la necesaria *atribución de responsabilidad* por las consecuencias del ejercicio de ese ámbito de libertad. Esa responsabilidad se plasma, en primera línea, en una serie de deberes de adecuada organización de la propia esfera. Cuando se infringen esos deberes generando un peligro, el

(52) Vid. las obras citadas *supra*.

(53) No es posible ni adecuado desarrollar aquí con detalle el fundamento y límites del *principio de gestión* aquí solamente enunciado, ni las diferencias con las doctrinas de los autores españoles citados. Baste tan solo subrayar que, en los casos que nos interesan, *al ámbito del artículo 195.3 pertenecen los omisos salvamentos tras accidente*, en la medida en que el omitente no esté todavía gestionando el foco de peligro en cuestión. Sin embargo, esto no cuestiona el que *los deberes de salvamento lo son en virtud de competencia organizativa*; tan solo lleva a calificar el omiso salvamento como un momento derivado y *secundario* dentro de la dinámica del acto comisivo.

(54) Para lo que sigue, vid. JAKOBS, PG, 29/29 y ss.; EL MISMO, «El principio de culpabilidad» (trad. M. Cancio), en *Estudios...*, pp. 365 y ss., 392; EL MISMO, «La competencia por organización...», pp. 348 y ss.; EL MISMO, *La imputación penal...*, Bogotá, 1998, pp. 27 y ss.; EL MISMO, «Teoría y praxis...», pp. 100-101.

daño en que se concrete se explicará precisamente como *emanación* de ese ámbito de organización, imputándose a su titular como a su autor. La imputación de una lesión a una persona no es consecuencia de la mera *relación causal* entre ésta y aquélla, sino que deriva de esa red de deberes que obligan a las personas a organizar su esfera de un determinado modo.

¿Cabría deducir de todo esto que no cabe imputar un daño a una persona que mantiene su ámbito de organización dentro de los estándares de seguridad prescritos, aunque exista una relación causal entre persona y daño (o lo que a estos efectos es lo mismo: entre ámbito de organización y daño)? Parecería que sí: Quien deja indebidamente la piel de plátano en la acera, responderá de que nadie resbale con ella; pero si la deja en el contenedor de basura y unos niños juegan con su contenido, volcándolo sobre la acera, la evitación del eventual resbalón de alguien con la piel de plátano ya no le compete.

Sin embargo, se trataría de una deducción *apresurada* (55).

C) **Fundamento material de la agravación del artículo 195.3, 1.º inciso: imputación de un suceso lesivo a una conducta lícita**

Y sería una deducción apresurada porque existen criterios de atribución de una especial responsabilidad por un suceso distinto de la infracción de un estándar de seguridad de la propia esfera (56). Estos criterios han sido más desarrollados en el ámbito del derecho de daños. Haremos a continuación una breve introducción a la *responsabilidad por las consecuencias lícitas de la propia conducta*.

Para la evitación del *surgimiento* de algunos peligros del ejercicio de libertad no se asignan tareas *a nadie*: ni se obliga al actuante a *asegurar* su esfera evitando que surjan tales peligros, ni se asignan específicamente a la víctima ni a un tercero tareas protectoras a tal efecto. Sin embargo, en algunos de esos casos sí pueden asignarse otro tipo de deberes, como los de *indemnización* (o los de *salvamento*). Aquí ha de hacerse una subdivisión:

1. Por una parte, se encuentran riesgos que, desde el punto de vista del Derecho penal, son *riesgo ambiental* (57), no diferente al

(55) JAKOBS, «La competencia por organización...», pp. 355-356.

(56) JAKOBS, *PG* 29/42 y ss.; EL MISMO, «La competencia por organización...», pp. 355 y ss.

(57) Empleo aquí el término «ambiental» en referencia a la distinción luhmanniana entre «sistema» y «ambiente» o «entorno»: los peligros son *ajenos al sistema*

riesgo de que a uno le caiga un rayo encima o que la lluvia le moje un traje caro (58). Pese a tener origen causal en una conducta, no existe posibilidad alguna de fundamentar responsabilidad del sujeto por ellas. Esta *indiferencia* del Derecho ante dichas consecuencias puede tener diversos orígenes; pero en último término se trata de una *definitiva liberación* de un determinado ejercicio de libertad por parte del legislador. Por ejemplo: nadie puede reclamar a una persona física responsabilidad por las lesiones que le cause el respirar humo de tabaco en una zona donde no está prohibido fumar; ni tampoco a los conductores de camiones por el ruido que hacen al pasar por la carretera junto a su casa, que le impiden dormir, por mucho que eso le traiga algún tipo de daños a la salud; o si ese ruido le trajese *daños patrimoniales*, como por ejemplo una reducción de la producción de leche de su ganado, debida a que el ruido también impide su descanso, etc. (59).

2. Por otra, hallamos permisos para trasladar *en primera instancia* ciertos costes del ejercicio de libertad a otra persona, pero que *no establecen un reparto definitivo de riesgos* (60), sino que obligan al ejerciente de libertad, en mayor o menor medida, a asumir diferentes responsabilidades ulteriores por los peligros desencadenados, sobre todo en el ámbito patrimonial. Este grupo de casos es, a su vez, heterogéneo, aunque en su base se encuentra siempre el *pensamiento de la ponderación* que subyace al estado de necesidad; y puede subdividirse como sigue:

a) Casos de *estado de necesidad agresivo*, en el que se trasladan a otra persona *de modo no definitivo* los costes del mantenimiento de

de regulación de conductas. Sobre este concepto en la reciente doctrina penal española, vid. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, Bogotá, 1995, pp. 46 y ss.

(58) De la literatura anglosajona de la *Law of Torts* proviene la expresión «act of God» para designar estos supuestos (vid. por ejemplo YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, 2001, p. 219).

(59) A lo sumo, podría exigir responsabilidad al órgano que ha dictado el permiso para esas conductas que le dañan. Esa exigencia de responsabilidad puede basarse en la calificación del acto de otorgamiento de permiso como *infractor* (por ejemplo: un reglamento que establece que está permitido fumar en el lugar de trabajo, cuando ya hace décadas que se sabe de la peligrosidad del humo de tabaco); o en la consideración de que ese acto (por ejemplo: abrir la carretera al tráfico de camiones) no ha indemnizado suficientemente a aquellos a quienes se les trasladan costes de modo cuasiexpropiatorio (dañando la capacidad productiva de su ganado).

(60) Tomo esta plástica expresión de NK-SEELMANN, §13/49.

ciertos intereses frente a peligros por los que la víctima no es competente (61).

b) Supuestos que la doctrina civil denomina de diversos modos, como *de responsabilidad estricta (strict liability)* o *por el riesgo (Risikohaftung)* (62). La denominación «responsabilidad objetiva» (63), además de poco expresiva (¿responsabilidad sin sujeto?) es tan solo *negativa*, pues alude tan solo a la ausencia del criterio culpabilístico. Por ello, este grupo de supuestos debe ser tratado con extremo cuidado, pues aquí podemos encontrar muy diversos criterios de atribución. Por una parte, y en mi opinión, aquí hay casos en los que *el límite de la invencibilidad del error no coincide con el de la exclusión de la responsabilidad*; así, contando con los debidos permisos, se puede instalar una conducción de agua corriente en una vivienda; y no es obligatorio estar a todas horas controlando si tiene fugas. Sin embargo, si se produce una fuga mientras el sujeto se encuentra de vacaciones (por lo que éste ignorará invenciblemente que está teniendo lugar el suceso), cabe una regulación que le atribuya responsabilidad por los daños que el agua produzca en el piso inferior (64). En estos casos no se trata de una conducta en sí infrac-

(61) Sobre el estado de necesidad agresivo, fundamental en nuestra doctrina es la aportación de BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad*, pp. 73 y ss., 121 y ss., 168 y ss. Sobre el carácter *no-definitivo* del traslado, baste atender a la regla del artículo 118.3.º CP, que atribuye la responsabilidad civil por el daño al sujeto en cuyo favor se haya precavido el daño. En mi opinión, es una regla insatisfactoria para los supuestos de estado de necesidad *defensivo* (donde habrá que acudir, si es posible, a los mecanismos de repetición que permita el Código Civil, ya que lo adecuado será imputar el daño a aquel que fuese *competente* por él —empleando la terminología de BALDÓ—, y no al beneficiario de su evitación); pero razonable para los casos de estado de necesidad *agresivo*.

(62) Entre ambas denominaciones existen diferencias en las que aquí no entraremos; *vid.*, por todos, desde una perspectiva histórica, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Derecho de daños*, Madrid, 1999, pp. 108 y ss.

(63) PANTALEÓN PRIETO («Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en *Centenario del Código Civil*, t. II, Madrid, 1990, pp. 1561 y ss., p. 1562 y nota 3) renuncia a emplear el término «responsabilidad objetiva» para estos casos, pues en ellos siempre hay un criterio de imputación al *sujeto*, aunque no sea la culpa o negligencia. Pese a que se trate en gran parte de una cuestión meramente terminológica, la acotación parece iluminadora.

(64) En esta tan obvia y sencilla atribución de responsabilidad no deja de plantear problemas el modelo exclusivamente culpabilista del artículo 1902 CC, cuyas excepciones son, a todas luces, demasiado limitadas para las necesidades sociales actuales. En estos casos con frecuencia la jurisprudencia española, maniatada por el tenor de este precepto, tiende a buscar *culpas* inexistentes para poder atribuir el daño al patrimonio del demandado (por todas, *vid.* la hilarante «*culpa in eligendo novio*» de la que habla YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema*, p. 298, al comentar la STS, Sala 1.ª,

tora de un deber, sino de un «espacio de libertad que tan sólo puede entenderse concedido en interés de la dinámica social» y no como un «reparto definitivo de los riesgos por el ordenamiento jurídico» (65). Con frecuencia, mas no siempre, el ordenamiento supedita el permiso para realizar esa conducta (en la que el deber de investigación no es

de 23 de febrero de 1976), llegando incluso con frecuencia a aducir lo que, de ser tomado en serio como regla general, sería una verdadera *disolución de las reglas de atribución social*: que «cuando las garantías adoptadas conforme a las disposiciones legales para prever y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, revela ello la insuficiencia de las mismas y que faltaba algo por prevenir y que no se hallaba completa la diligencia» (sorprendentemente ha sido amplia y pacífica jurisprudencia; *vid.* por todas, STS, Sala 1.ª, de 22 de diciembre de 1986). Imaginemos las consecuencias que tendría la generalización de este criterio; por ejemplo: un ciclista que circula por el «carril-bici» adecuadamente a 15 km/h no puede frenar adecuadamente cuando alguien resbala y cae en su trayectoria; pero que podría haber frenado a tiempo de circular tan sólo a 1 km/h: ¿sería *responsable civil de las lesiones*? Posiblemente consciente de ello, la STS (Sala 1.ª) de 13 de julio de 1999 matiza la afirmación hasta convertirla tan solo en una referencia *desformatizadora*: admitiendo el principio culpabilista, el TS juzga ahí que la diligencia no sólo abarca «las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino además *todos los que la prudencia imponga*»; esto supone admitir un *límite objetivo*, con lo que evita las disolventes consecuencias a las que se llegaría con el principio anterior, pero no resuelve el problema que nos ocupa: en el caso propuesto de las cañerías que gotean, es obvio que quien se fue de vacaciones *cumplió con todas las reglas de prudencia*. Un claro resumen de las estrategias legislativas y jurisprudenciales para afrontar estas cuestiones puede hallarse en YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema*, pp. 217 y ss.; sobre las sentencias citadas, p. 222). En cualquier caso, tanto la expresa introducción legal –cada vez más frecuente– de preceptos que recogen casos de responsabilidad civil sin culpa, como la verdadera *elusión* que la jurisprudencia hace del requisito de culpa del artículo 1902 CC, revelan la posibilidad –la *necesidad*– de establecer dicha relación de responsabilidad.

(65) NK–SEELMANN, §13/49, si bien derivando de esta constatación consecuencias jurídicas distintas (posición de garante del omitente). Esto se asemeja bastante al concepto de *riesgo especial* manejado por JAKOBS, «La competencia por organización...», pp. 305 y ss. (mejor dicho: al concepto manejado por el autor en *sus primeras manifestaciones*, pues poco a poco ha ido ampliándose hasta abarcar prácticamente toda la fundamentación de la injerencia, perdiendo, en mi opinión, rendimiento analítico; *vid.*, recientemente, EL MISMO, «Teoría y praxis...», pp. 102-103, 130). Sin embargo, este autor en su primera posición emplea, para definir ese «riesgo especial», el rasgo de que sea «mayor que el de la vida cotidiana». Si los «riesgos de la vida cotidiana» se quieren reducir a la *interacción normal entre personas carentes de herramientas, animales, etc.* (es decir: si se quiere *excluir del concepto «vida cotidiana» el manejo de animales o herramientas*, y se deja en él tan solo la *dirección del propio cuerpo*), se llega a una pérdida de la referencia de la especialidad del riesgo. Que para la gestión de un riesgo rija o no un sistema de *responsabilidad objetiva* es una cuestión de programa político legislativo; y será precisamente la consideración social (política) del riesgo lo que le atribuya el carácter *especial*. Así, la reciente regulación de la *posesión de ciertas mascotas* incluye un régimen de responsabilidad objetiva respaldado por un seguro obligatorio; ¿acaso la posesión de mascotas es ajena a la *vida cotidiana*?

exhaustivo) a una obligación de *tomar un seguro que cubra* esos riesgos: un caso claro es el *seguro obligatorio de automóviles* (66).

Estos casos de *responsabilidad del sujeto por el daño imputable a su esfera jurídica sin que haya mediado infracción de una norma de aseguramiento* son el centro de gran parte del debate de la injerencia, puesto que, si puede imputarse responsabilidad al sujeto obligándole a *indemnizar*, ¿qué se opone a *imponerle al sujeto un deber de salvamento* e imputar el resultado a la *omisión de dicho deber*?

Queda constatado que, en ciertos ámbitos (y no de modo general) existen regímenes de responsabilidad donde cabe imputar responsabilidad por un suceso *sin que medie infracción*. Relacionando esto con el debate que nos ocupa, veremos que, *de modo intuitivo, doctrina y jurisprudencia se han orientado, en el debate sobre la injerencia fortuita, a estos supuestos*. Así, la jurisprudencia casi unánime sobre omisión de socorro a la víctima de un accidente versa sobre casos de tráfico vial (67); y la doctrina siempre ejemplifica sus conclusiones con ejemplos de tráfico automovilístico (68).

En mi opinión, JAKOBS emplea aquí un argumento, muy frecuente en los estudios de responsabilidad civil, que realiza más bien una descripción de los *supuestos más comunes* de responsabilidad por el riesgo; mas no puede predicarse de todos ellos una *especialidad con respecto a la vida cotidiana* (a menos que por «vida cotidiana» no se entienda en el sentido habitual de *cotidianidad*, sino, definida funcionalmente, como «vida sin riesgos especiales»: pero de ese modo, no se superaría un nivel descriptivo muy poco detallado, con lo que el concepto carecería de utilidad interpretativa).

(66) Sin embargo, en el ámbito del seguro obligatorio de automóviles no sólo se incluyen casos de responsabilidad por organización, por lo que esta circunstancia debe ser tomada en cuenta tan sólo de modo indiciario; al respecto, *vid. infra*.

(67) Es algo comúnmente aceptado (por todos, *vid. MOLINA FERNÁNDEZ, en Compendio II*, pp. 160–161, 165). De modo absolutamente excepcional cabe citar la SAP Barcelona –Sección 3.ª– de 27 de febrero de 2002 (en el ámbito del Derecho de menores), donde el *accidente* consiste en la caída y lesión de un anciano debido a los juegos de unos jóvenes en la vía pública, que posteriormente omiten auxiliarle (nótese, no obstante, que pese a que la resolución no haga hincapié en ello, parece razonable entender que lo acaecido fue un «accidente» *imprudentemente* producido).

(68) Por ejemplo: HUERTA TOCILDO («Injerencia...», pp. 257 y 267) toma como punto de partida de su trabajo la necesidad de resolver el caso del *atropello fortuito de un niño que inopinadamente se interpone en la trayectoria de un coche en marcha*. Excepcionalmente, se han señalado otros ámbitos donde rigen regímenes de responsabilidad objetiva: LUZÓN DOMINGO, «Nota a la S. 11 de diciembre de 1969», en *RDCirc* 1970, p. 92, citada por LUZÓN PEÑA, «Omisión de socorro. La “persona desamparada” en los párrafos 1.º y 3.º del art. 489 bis [hoy ter] (Comentario a la Sentencia TS de 26 de septiembre de 1974)», en *Derecho penal de la circulación*, pp. 195 y ss., p. 202, plantea que «la víctima... lo ha de ser en accidente producido en ocasión de una actividad que realice dicho sujeto, que ya no tiene que ser precisamente la de conducir vehículos de motor, sino que puede ser cualquier otra (albañilería, práctica

Así, cabría decir que la doctrina española ha pecado con frecuencia de un cierto *exceso de realismo*. El delito de omisión de socorro a la víctima nace en el ámbito del tráfico vial, y éste ha sido su ámbito de aplicación casi exclusivo durante toda su «existencia jurídica»; y parece (basta comprobar los ejemplos por ella empleados) que la doctrina tiene en mente *en todo momento* dicho ámbito. Pero es que *en el tráfico vial, así como en algunos otros concretos ámbitos sociales, rige un modelo de responsabilidad específico*.

En efecto, en el tráfico vial podemos encontrar un paradigma de responsabilidad «objetiva» (de las llamadas «por el riesgo») en la vida cotidiana; se trata de un modelo de responsabilidad perfectamente válido, y a cuyas bases nos hemos referido anteriormente. La responsabilidad llamada «objetiva», como ya hemos apuntado, no es un ámbito homogéneo, sino que en ella tienen cabida desde verdaderos supuestos de competencia organizativa, hasta meros expedientes de lo que se ha dado en llamar «pulverización» del riesgo (un modo de redistribución de los costes de una actividad). Por ello, en las siguientes líneas atenderemos a los supuestos que nos importan: la llamada «responsabilidad objetiva» *derivada de competencia por organización*.

En los casos en que cabe admitir una responsabilidad llamada «objetiva» por la propia conducta, se trata, como se ha avanzado, de una *asignación no definitiva de costes*: el Estado establece unos deberes de aseguramiento (en especial: unos deberes de investigación) *restringidos o muy poco gravosos* para el ejerciente de libertad, descargándole, en comparación con el resto de las actividades, de todos aquellos que reducirían el peligro típico de su conducta a niveles más cercanos a los habituales, pero que limitarían enormemente las posibilidades de desarrollo de la actividad. Imaginemos, por ejemplo, que hubiese que conducir por carretera a la misma velocidad a la que se camina, para que el conductor pudiese prever muchos más riesgos y reaccionar de modo más seguro. Con ello, se estaría manteniendo un nivel de cautelas en la conducción automovilística idéntico al exigido en el desplazamiento a pie; pero se eliminaría la utilidad del tráfico vial. Por el contrario, para hacerlo útil se permite que el conductor circule mucho más rápido (y, con ello, que prevea menos

de deportes, cuidado de animales peligrosos, manipulación con explosivos o sustancias inflamables, etc.)». En realidad, y por mucho que haya que matizar y concretar sustancialmente lo relativo a los dos primeros ejemplos, el autor llega con aguda intuición a señalar no «*cualquier otra*» actividad, como dice, sino precisamente ámbitos donde rigen sistemas específicos de responsabilidad no supeditadas a culpabilidad.

posibilidades de lesión), y se distribuyen reglas de interacción más gravosas a los demás intervinientes en el tráfico, como a los peatones.

Sin embargo, esa liberación en el ámbito de los deberes de aseguramiento *ya no halla fundamento* a ojos del ordenamiento cuando no se trata ya de controlar el foco de peligro sino, por ejemplo, de *indemnizar*: ahí el legislador ya no considera fundamental «abaratarse» el ejercicio de la libertad (69). Un deber de indemnización (máxime, cuando cabe tomar un seguro que lo cubra) no produce el *chilling effect* o efecto de retraimiento que sí produciría un deber de controlar la conducción con la misma seguridad que controlamos nuestro cuerpo al caminar.

Atendamos al concreto ámbito del tráfico vial. El permiso para conducir vehículos de motor, por las características de la actividad, permite elevar el nivel de peligros desarrollados muy por encima de lo controlable por el sujeto en otros ámbitos de la vida. La relación entre *peligro generado y control garantizado* es mucho menor en la conducción de un coche que, por ejemplo, en la de una carretilla (70). Históricamente, la regulación del tráfico automovilístico, pese a liberar al conductor de esos deberes de cuidado, *nunca le ha liberado del deber de auxiliar* a quien se ve en una situación peligrosa debido a su conducción, sea esta correcta o imprudente (71). De hecho, siempre

(69) Sobre *abaratamientos* que afectan también a la responsabilidad ulterior al control de focos de peligro, *vid.* por ejemplo PANTALEÓN PRIETO, «Cómo repensar...», pp. 175-176, nota 19.

(70) Imagínese que sólo se pudiese conducir *si se mantuviese, a cualquier velocidad, la capacidad de previsión, control y frenado que se tiene con una carretilla*. Esto sería tanto como decir: no estaría permitido conducir.

(71) Esto es similar a lo que ciertos autores como, especialmente, JAKOBS, han tratado bajo la denominación posición de garante por generación de «riesgos especiales» (*Sonderrisiken*). En la argumentación aquí expuesta, no obstante, se atiende más a la perspectiva de la *legitimación* del régimen jurídico especial que rige para la gestión de esos riesgos. Así, JAKOBS emplea el argumento del *permiso condicionado* (está permitido gestionar el riesgo especial *porque existe* un deber ulterior de salvamento: «La competencia por organización...», pp. 355-356), un argumento que se encuentra en los orígenes de las viejas teorías de la injerencia (hasta donde conozco, el antecedente doctrinal expreso más remoto lo hallo en MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen* I, 1867, p. 87 —comparándolo con los *negocios jurídicos condicionados*—; EL MISMO, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1889, p. 93, pp. 111-112). Sin embargo, en el uso que aquí analizamos, no es útil para determinar el fundamento de la regulación que estudiamos, pues se trata de un argumento meramente formal o *descriptivo* (descriptivo de una decisión político-legislativa de eliminar deberes de *cuidado* o aseguramiento, manteniendo deberes de *salvamento* o *indemnización*, en cuyo origen cabe hallar el verdadero fundamento de la regulación). En puridad, si no se acudiese a ese referente material, y dada la existencia de un deber general de

ha establecido deberes de auxilio, y no sólo a los implicados en un accidente, sino también a todos los demás *usuarios de la vía* (72). Por otra parte, en lo relativo a la responsabilidad patrimonial, se observa una tendencia a la introducción de consideraciones diversas a la de la responsabilidad por los riesgos típicos de la conducción, para establecer, con ciertos límites, una cierta *cobertura cuasi-general* para quien sufra daños en el ámbito de la circulación, con tal de que no concurra culpa exclusiva de la víctima ni fuerza mayor (entendida, como se verá, de modo muy restrictivo).

En el ámbito que nos interesa, entiendo que debe interpretarse el artículo 195.3, 1.^{er} inciso CP como relativo únicamente a los *riesgos típicos de una actividad peligrosa permitida* en estos ámbitos de responsabilidad por el riesgo (73).

socorro, cabría incluso decir que *toda* ejercicio de libertad está condicionado al cumplimiento de los deberes penalmente protegidos, entre los que se incluye un deber general de socorro, por lo que *toda conducta* estaría permitida en tanto se emprendiese cumpliendo con los deberes de salvamento. Obviamente, aquello a lo que hace referencia el autor alemán es a algo mucho más concreto, pero en un plano *no definitorio*.

(72) El artículo 129 del Reglamento General de Circulación establece un deber de socorro para los usuarios de la vía. Hasta ahí, el programa coincide con el del artículo 195.1 CP (con una diferencia: el ámbito «usuarios de la vía» no es general, como sí lo es el ámbito de autores idóneos del artículo 195.1 CP). Sin embargo, el mismo precepto obliga además a todo usuario de la vía a restablecer la *seguridad de la vía* cuando ésta se ve perturbada. Y, más en concreto, en los casos en que la seguridad de la vía resulte afectada por un vehículo inmovilizado en la calzada, el artículo 130 dirige un específico deber de retirarlo a su conductor y, «en la medida de lo posible», a «los ocupantes del vehículo». Se establece así un elenco gradual de deberes de cuidado de la seguridad de la vía que abarca a todos sus usuarios y, cuando el obstáculo peligroso es un vehículo, fija un sistema *escalonado* (en un primer nivel, el conductor; en un segundo nivel, sus ocupantes; y, finalmente, los demás usuarios). Nótese que se trata de un régimen de deberes sensiblemente más extenso que un mero deber de socorro, ya que no se supedita a la existencia previa de desamparo ante el peligro.

(73) Con agudeza apunta expresamente MOLINA FERNÁNDEZ (*Compendio II*, pp. 164 y ss.) hacia esta solución. Tras desestimar motivadamente la que aquí denominamos *solución causal* (pp. 164-165), expone que debe hallarse un elemento adicional que permita fundamentar la responsabilidad adicional de quien *ocasiona fortuitamente* el accidente; y lo encuentra allí donde pueda «justificarse como una *contrapartida más a la permisión social de actividades peligrosas* (...) Esta es la idea que se encuentra tras la responsabilidad civil por el riesgo, y en derecho penal es uno de los principales criterios que se utilizan para justificar en algunos casos la extensión de la responsabilidad en comisión por omisión a casos de injerencia por conductas previas no antijurídicas». Sin entrar en la última de las consideraciones, que requeriría un análisis más detenido (¿por qué, entonces, no hablar aquí de *comisión por omisión?*), y hasta donde conozco, se trata de la primera aportación de la doctrina

Esto no sólo ocurrirá en los casos de circulación motorizada, sino también en otros supuestos donde rige un sistema de responsabilidad no culpabilista. Son casos muy frecuentes y no menos cotidianos, como responsabilidad por animales (la correa y el bozal, así como otros medios de mantenimiento del *riesgo permitido*, no eliminan todos los *peligros típicos* de pasear un perro o simplemente tenerlo en casa; pese a ello, su poseedor responde, aun sin culpa, salvo en los casos de fuerza mayor o culpa de la víctima, artículo 1905 CC), por focos de peligro en la propia casa (arts. 1908.3.º y 1910 CC), etc. Ante la víctima de un accidente derivado de uno de estos riesgos, el titular del foco de peligro en cuestión (animal, instalación, etc.) se encontrará en la posición especial que señala el artículo 195.3, 1.º inciso con respecto al deber de auxiliar, y no en la general recogida en el tipo básico de omisión de socorro.

D) «Ocasionar un accidente fortuito» y las consecuencias objetivamente imputables a una conducta lícita

Sorprende que la doctrina haya debatido tan intensamente acerca del *producto* de la conducta precedente (el «accidente», fortuito o no), y tan poco acerca del término «ocasionar». Una vez el CP ha aclarado expresamente que denomina «accidente» tanto al *imprudente* como al *fortuito*, hemos de abordar la determinación típica desde la concreción del verbo nuclear «ocasionar».

española en esta línea para la interpretación del precepto en cuestión (aunque la jurisprudencia, como veremos en el siguiente epígrafe, ya había apuntado en esta dirección en varias ocasiones). La fundamentación, empero, y como hemos visto, no puede hallarse en el *topos* del «permiso condicionado», que el autor, en la línea de JAKOBS, aduce.

Quizá de modo no tan evidente, aunque en mi opinión sin forzar sus argumentos, puede citarse en esta misma línea la interpretación de HAUPTMANN/JERABEK en su comentario al § 94 del Código penal austríaco. El primer punto de ese precepto dice: «Quien omite prestar el socorro necesario a otro, a quien le ha causado lesiones corporales *incluso de modo no contrario a Derecho...*». En la interpretación de esa última frase, los autores emplean el término «Hilfeleistung ohne vorherige Prüfung seines Verschuldens» (WK-HAUPTMANN/JERABEK, § 94/13), que es prácticamente un calco de la expresión inglesa con la que se define tradicionalmente, desde una perspectiva más procesal, la llamada *strict liability* («*strict liability is liability without proof of negligence*»). Asimismo, los autores hablan de riesgos más altos que los *riesgos vitales generales*, que suele ser uno de los rasgos con los que se identifica este fundamento de responsabilidad, aunque a mi entender, no es un elemento definitorio.

Y, en mi opinión, lo expuesto permite interpretar de modo más que razonable la referencia del CP a *ocasionar fortuitamente un accidente*. Como ya hemos dicho, el empleo de este término no puede ser entendido en términos puramente mecánicos. De hecho, difícilmente cabría decir sin vulnerar las reglas del lenguaje que, en los siete ejemplos citados *supra* [epígrafe 2.a)], X «causó» u «ocasionó» los accidentes: la afirmación es tan forzada y ajena al lenguaje común como decir que la bisabuela del asesino «causó» el asesinato, o que el conductor que circulaba correctamente «causó» los daños patrimoniales en el coche del que le embistió (¡por mucho que pueda hallarse una relación de causalidad mecánica entre los sujetos y el daño!). En un texto legal, hablar de «causar» u «ocasionar un accidente» implica afirmar algún tipo de vinculación entre sujeto y suceso, que *no puede ser meramente mecánica*. Del mismo modo, si se habla de un accidente *fortuito*, se trata de una responsabilidad que no proviene de una generación ilícita del riesgo, pero consistente en *algo más* que la mera relación de causalidad.

Si podemos identificar a *alguien* que ha «ocasionado el accidente», de entre la cifra potencialmente inabarcable de las personas que pueden haberlo condicionado «causalmente», es porque podemos atribuirle de algún modo el suceso. Tal como se ha expuesto, en los casos de *responsabilidad por el riesgo se imputa al sujeto el suceso como consecuencia de su conducta lícita*.

Por ello, cabe decir que el sujeto que atropella a un niño que se cruza inopinadamente en la trayectoria de su coche *ha ocasionado* el atropello (74). Y, como acertadamente señala la STS de 13 de mayo de 1981, quien recibe el impacto de otro coche que le aborda por culpa de su conductor *no ha ocasionado el accidente*. No cabe atribuirle el suceso como consecuencia de su conducta lícita de conducción automovilística (pues se atribuye a la conducción *del automovilista infractor*) (75).

(74) Y no es posible decir, por ejemplo, que *los padres del conductor* lo han ocasionado (por mucho que la aportación «mecánicamente causal» de éstos al accidente sea indudable: trajeron al mundo a alguien que, a su vez, interpuso una condición causal; sin embargo, a la conducta de los padres no cabe imputarle, como consecuencia, el accidente).

(75) Anteriormente he dicho que en muchos supuestos tampoco es razonable decir en lenguaje común que el sujeto «causó» el accidente, *por mucho que haya interpuesto una condición causal*. Con reserva de un tratamiento más extenso en la publicación de mi tesis doctoral, baste decir aquí: 1. que el término «causa» es polisémico, como expone el Diccionario R.A.E. y como la doctrina penal tácitamente admite desde hace más de un siglo, al aceptar que quepa decir que la madre que no alimenta a su bebé puede con ello, por mucho que no los desencadene en un sentido

Obviamente, con esto no se propone excepcionar los requisitos del principio de culpabilidad: la responsabilidad penal no puede ser objetiva. Se trata tan solo de determinar los criterios de selección del *autor idóneo* (o *intrañeus*) del delito de omisión de socorro a la víctima de un accidente imprudente. La conducta típica es siempre una *infracción de un deber de salvar* (responsabilidad subjetiva); pero autor del delito del artículo 195.3, 1.º inciso, sólo puede ser aquel que haya realizado una conducta lícita a la que quepa imputar el accidente, en un régimen de *responsabilidad por el riesgo* u «objetiva».

Procede citar dos interesantes resoluciones, en la línea de lo aquí expuesto. La SAP Barcelona 3 de noviembre de 1995 se enfrenta a uno de los *casos claros* de «accidente fortuito», el atropello de un niño de ocho años que cruza una calle, saliendo de entre unos vehículos estacionados, algo que «no es un evento previsible desde el punto de vista penal». La sentencia dice a continuación: «La circulación de vehículos comporta un riesgo, y la imputación objetiva del resultado ya está contemplada en el S.O.A.» [scil. Seguro Obligatorio de Automóviles]. En efecto, la ponente restringe el concepto *ocasionar fortuitamente* un accidente a aquellas conductas fortuitas a las que quepa imputar objetivamente el suceso como consecuencia de una conducta lícita.

Más explícita es la STS 5 de abril de 1983. En ella el acusado «conducía sin habilitación legal por el casco urbano (...) una motocicleta (...) y tuvo un accidente, atropellando a una niña que salió inesperadamente corriendo tratando de cruzar la calle de izquierda a

físico-mecánico, que «causar» es, conforme a la primera acepción del diccionario R.A.E., es ser la «razón o motivo» de que suceda algo (sin que quepa proponer un concepto «mecánico» o «naturalístico» de *razón* o de *motivo*). Así, cuando el legislador habla de «causar» lesiones, daños, etc. (como «irrogar» o «infligir» daños) no se limita a la sexta acepción del término «causa» (concepto mecánico). El límite de los significados posibles permite denominar «causar lesiones», por ejemplo, a un ámbito de conductas que, por una parte, no necesariamente están en relación *mecánico-causal* con el daño (como revela el que bajo la vigencia del CP derogado se pensasen, sin problema alguno, multitud de comisiones omisivas); ni tampoco abarca todas las posibles «causaciones en sentido mecánico». En este sentido, *vid.* tan sólo LUZÓN PEÑA, Poder Judicial n.º 2, 1986, pp. 79-80, 85; GIMBERNAT, *RDPC* 1999, pp. 523-524; SILVA SÁNCHEZ, *El delito...*, pp. 366 y ss.; VIVES ANTÓN, «Artículo 11», en *Comentarios al Código Penal*, t. I, (M. Cobo dir.), Madrid, 1999, p. 496; GRACIA MARTÍN, *Actualidad Penal* 1995, p. 695 (aunque con una posición parcialmente distinta dos años antes, si bien la entiendo –EL MISMO, en DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, Valencia, 1993, p. 77, donde hace referencia a un *procedimiento analógico* para la sanción de la comisión por omisión, y no a una «subsumibilidad directa» de la omisión en el tipo).

derecha “yéndose a dar contra la motocicleta sufriendo lesiones”. El recurrente (...) no fue inculpado por ninguna clase de imprudencia». Dice esta sentencia que, junto a la causalidad, «empíricamente constatable», se requiere «una categoría puramente normativa: la imputación objetiva, es decir que mediante criterios extraídos de la interpretación de la esencia y función del tipo de injusto, se pueda afirmar desde el punto de vista jurídico penal, que un resultado es objetivamente atribuible, imputable, a una acción. Como criterios de imputación objetiva del resultado pueden señalarse (como más frecuente) el de la adecuación, pero también pueden existir otros, como el de la relevancia, el de la realización del peligro inherente a la acción base, o los del incremento o disminución del riesgo, o el del fin de protección de la norma (...) Aplicando la doctrina que antecede, es clara la causalidad, física, material u ontológica en el caso enjuiciado, pues tratándose de dos móviles –la niña y el motorista– que se desplazan en direcciones convergentes, ambos tendrán que colisionar en un punto determinado, poniendo cada uno una condición necesaria al resultado. Pero es que además existe la causalidad adecuada para que se produzca el mismo, en el caso concreto examinado, ya que en los accidentes de tráfico en los que la víctima es un peatón, la situación de éste frente a la máquina que le atropella, es siempre de manifiesta vulnerabilidad y de manifiesto aumento del riesgo para su persona, lo que justifica la imputación objetiva al conductor de aquélla, y sólo por esa imputación, sometido al tipo agravado del párr. 3.º del art. 489 bis».

El texto llama la atención por referirse a *la imputación objetiva del resultado (activos del riesgo) a una conducta no infractora, como presupuesto de aplicación de la omisión de socorro agravada*. Los *topoi* citados por la sentencia (adecuación, relevancia, inherencia del peligro a la acción, etc.) son, sin duda, heterogéneos; y algunos de ellos, ni siquiera estrictamente pertenecientes a la doctrina de la imputación objetiva [como el de la *adecuación*, que es más bien un *antecedente* de dicha doctrina (76)]. Sin embargo, en todos ellos se revela la necesidad de vincular una conducta y cierto ámbito de peligros. Interesa destacar que, pese al empleo de la expresión «peligro inherente a

(76) Sobre el concepto de «causalidad adecuada» *vid.*, por todos, en la doctrina española, GÓMEZ BENÍTEZ, *Causalidad, imputación...*, pp. 20 y ss.; EL MISMO, *PG*, p. 173; LUZÓN PEÑA, *PG I*, pp. 367 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1990 (reimpr.), pp. 25 y ss.; BACIGALUPO ZAPATER, *Principios*, pp. 186-187; QUINTERO OLIVARES, *PG*, p. 322; COBO-VIVES, *PG* 5.ª ed., 1999, pp. 412-413; MIR PUIG, *PG* 10/41 y ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *PG* pp. 266 y ss.

la acción», queda claro en el texto citado que entre conducta y riesgos no se da una relación *inmanente* (es decir: que quepa vincularlos mediante *leyes de la naturaleza*), sino, como la propia resolución subraya, una relación *normativa* o de *adscripción*, es decir, derivada de una regla que *atribuye* a quien realiza una conducta el deber de salvar los bienes afectados por ciertos riesgos, y no por otros.

E) Aproximación casuística a los riesgos típicos de una actividad permitida. En especial: los casos de «culpa de la víctima» o de un tercero

A estos efectos, debe señalarse *cuáles son esos peligros*. No basta con constatar que en un ámbito rige un sistema de responsabilidad por el riesgo para proceder a la imputación de especial responsabilidad por cualquier consecuencia causalmente conectable con un partícipe en el tráfico.

Recordemos la línea doctrinal que buscaba delimitarlos atendiendo a los requisitos de *previsibilidad* y *evitabilidad*. En mi opinión, esto debe entenderse en el sentido de que estos riesgos son previsibles *precisamente en tanto «riesgos típicos» de la concreta actividad*. Por su parte, el requisito de *evitabilidad* debe verse limitado únicamente a la *propia actividad* sometida al régimen de *Risiko-haftung*: así, por ejemplo, el accidente de tráfico debe haber sido evitable por el expediente de *no haber conducido* (lo que, en puridad, es un corolario de la imputación del accidente a la conducción).

Así, pues, el concepto nuclear a los efectos de la imputación es el de *riesgos típicos* de una actividad (77), que ha sido objeto de una interesante tópica en el derecho de daños (78). A ese ámbito, por ejemplo, en el tráfico vial, deben imputarse en primer lugar y de modo evidente aquéllos derivados de *fallos del propio vehículo*, aunque el conductor no haya infringido ningún deber de revisión y reparación; pero también aquéllos que se derivan de las condiciones de la calzada,

(77) Eso es precisamente a lo que hace referencia la citada STS de 5 de abril de 1983.

(78) *Vid.*, por ejemplo, las siguientes resoluciones de la reciente jurisdicción civil: en el ámbito de los *riesgos típicos* de las intervenciones quirúrgicas, la STS de 31 de enero de 2003 y la STSJ, Navarra, 6 de septiembre de 2002; en el ámbito de los *riesgos típicos* de la conducción automovilística, las SSAP, Pontevedra, 13 de septiembre de 2002, Girona, 10 de febrero de 2003 y Cáceres, 23 de mayo de 2003 (sobre la misma materia, en la jurisdicción penal, *vid.*, la muy reciente SAP, Córdoba, 5 de noviembre de 2003).

de maniobras imprevistas debidas a obstáculos súbitos, etc. No nos adentraremos aquí en una definición exhaustiva de este concepto. Por el contrario, nos limitaremos a una primera aproximación al grupo de supuestos que posiblemente plantee mayores problemas: aquéllos en los que media responsabilidad de otra persona.

Para contestar a los supuestos de «culpa exclusiva de la víctima», es preciso plantearse: ¿es un *riesgo inherente* a la actividad en cuestión el peligro para quienes no tienen el cuidado debido en ese sector del tráfico?

Centrémonos en primer lugar en la conducción automovilística. La jurisprudencia, como hemos visto, parece *incluir* como riesgo «típico» de la conducción correcta (o «inherente» a ella) los posibles *atropellos a niños*. Ello no es difícil de explicar; en primer lugar, por lo poco relevante de la supuesta «culpa» de un niño que cruza una calzada de modo imprevisto. En segundo lugar, porque la alternativa consiste en una restricción excesiva del ámbito de desarrollo vital de los niños a favor de un tráfico vial que ya resulta excesivo en nuestras ciudades y no es interesante fomentar más.

En el extremo contrario, se encuentran los casos de omiso salvamento tras un *accidente mediados por culpa de otro conductor* (79). En ellos, procede atribuir el accidente sin problemas al conductor infractor, independientemente de si éste termina siendo víctima de *su propio accidente* o no, por lo que quien *ocasiona* el accidente (aquél a quien se le atribuye) es quien infringió las reglas del tráfico (80) y no

(79) Un ejemplo claro es el de los «segundos accidentes». Es sabido que los accidentes de tráfico con frecuencia *no vienen solos*; así, es lamentablemente habitual ver cómo a pocos metros de un choque automovilístico se produce otro, porque algún conductor que pasa cerca del primero presta más atención al impacto o sus consecuencias que a su propia conducción; o cómo kilómetros más allá de la retención producida por un accidente tiene lugar otro, debido a la impaciencia que aquélla ha producido en alguno de los conductores, que por ello, en cuanto sale de la retención, deja de respetar el límite de velocidad o la distancia de seguridad. Innegablemente, sin el primer accidente, el segundo no habría tenido lugar; sin embargo, con respecto a ese segundo accidente, el responsable por el primero ha de ser tratado como cualquier otro omitente de socorro (tipo básico, artículo 195.1), pues no ha sido *ocasionado* por él (no le es imputable), sino por otro conductor.

(80) Como ya hemos visto, en sede de principios la jurisprudencia ha manejado fórmulas generales que impiden apreciar adecuadamente los extremos relevantes aquí expuestos; *vid.*, por ejemplo, las SSTS 6-10-1989 («no importa el que la víctima fuera o no culpable en el accidente, ni siquiera que ella tuviera incluso voluntad de autolesionarse o de quitarse la vida») y 14-2-1992 («incluso aunque se tratara de suceso fortuito o de culpa del propio perjudicado o de otra persona diferente»). Sin embargo, al resolver concretos supuestos de esta clase, la solución es precisamente la que proponemos (como en el caso de la STS 13-5-1981, ya comentada *supra*).

el conductor que se comportó conforme a ellas; a éste último sólo cabe aplicarle, caso de que omita el socorro debido, la pena del tipo básico del artículo 195.1.

Los casos intermedios son más difíciles. De mediar «culpa exclusiva de la víctima», cuando ésta es un peatón, surgen no pocos problemas interpretativos (81).

En primer lugar, el tenor literal del 1.º inciso del artículo 195.3 parece excluir los supuestos en los que el peatón ha resultado atropellado por haberse expuesto infringiendo *gravemente* las reglas de interacción en el tráfico («culpa grave de la víctima»), sin que medie culpa alguna del conductor. En tales casos, resulta forzado entender que el conductor *ha ocasionado* el accidente; por el contrario, se dirá que ha sido la víctima quien ha dado lugar a su propio atropello. Ello es coherente con el fundamento aquí sostenido: no cabe entender que es un riesgo inherente a la conducción automovilística el atropello de personas que no guardan la cautela que, según decía Silvela, *cabe exigir al hombre menos cuidadoso y diligente*. Por el mismo motivo, *a fortiori*, se excluyen los supuestos de *autolesión intencionada de la propia víctima* (como, por ejemplo, el hipotético caso de un suicida que se arrojase bajo las ruedas de un coche). En términos también frecuentes en la doctrina penal: la evitación de esta clase de sucesos no integra el *fin de protección* de la responsabilidad por el riesgo.

Sin embargo, entiendo razonable considerar que es un riesgo inherente a la conducción el atropello de peatones que se hayan expuesto por infracción *leve* de las reglas del tráfico. De no ser así, *se operaría un desmesurado traslado de costes*, difícilmente justificable: para que ciertas personas puedan conducir automóviles (una actividad muy

(81) En la doctrina alemana este tipo de casos se tratan desde la óptica de la comisión por omisión, atendiendo a la subsunción en el § 13.I, con frecuencia sin atender al juego del § 13.II (atenuación facultativa). Optan por no atribuir responsabilidad especial al «injerente fortuito» en estos casos autores como OTTO («Vorangegangenes Tun als Grundlage strafrechtlicher Haftung», en *NJW*, 1974, p. 528 y ss., p. 535; más resumidamente, en OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6.^a ed., Berlin; New York, 2000, § 9/76, caso 3 –planteamiento–; § 9/82, caso 3 –resolución–; OTTO/BRAMMSEN, *Jura*, 1985, p. 649-650; y JAKOBS, «La competencia por organización...», p. 356. Nótese, no obstante, que OTTO y BRAMMSEN hacen una distinción según la víctima sea otro conductor o un peatón, si bien, con base en consideraciones sumamente vagas (el «tamaño» de su esfera de organización) y sólo la consideran si ambos, peatón y conductor, han actuado conforme a Derecho o si ambos lo han hecho de modo imprudente. En los que aquí planteamos (conducción correcta y conducta imprudente del peatón) niegan la especial responsabilidad del conductor por el salvamento del peatón.

peligrosa cuya masiva proliferación ya no resulta socialmente interesante), otras han de exponerse a enormes riesgos que, de no manejar con el *máximo* cuidado, se podrán concretar en daños por los que nadie responderá sino ellos mismos (82).

Es necesario detenerse aquí con el mayor de los cuidados. Usualmente los penalistas manejan el tópicó de la «culpa exclusiva de la víctima» en el ámbito de la *infracción*. La evitación de los daños tiene lugar mediante la *distribución* de reglas de conducta (algunas a quien maneja el foco de peligro, otras a los potenciales afectados), en tanto integrantes de la *competencia por su autoprotección*. Si el daño puede explicarse plenamente como consecuencia de la vulneración de las reglas de autoprotección (83), es que no cabe reconducirlo a la infracción de los deberes de cuidado del titular del foco de peli-

(82) Probablemente este tipo de argumentación, que busca determinar, dentro del ámbito de los significados posibles de la norma, la opción político-criminalmente más razonable, debería llegar a otras conclusiones en otro momento histórico (artículo 3 CC) en el que existiese una demanda social más acuciante de proliferación de la conducción automovilística. Sin embargo, en la actualidad la tendencia es la inversa, y en el debate político tienen hoy más relevancia las externalidades o costes sociales (marginales) que los beneficios (marginales) que pueda proporcionar el incremento del tráfico vial.

(83) Verdaderas normas *jurídicas*, ya que de su cumplimiento depende que subsistan o decaigan ciertas pretensiones del potencial afectado (es decir: su incumplimiento tiene consecuencias jurídicas). En la doctrina española, autores como MIR PUIG [«Sobre el consentimiento en el homicidio imprudente (Comentario a la STS de 17-7-1990)», en *ADPCP*, 1991, pp. 259 y ss., pp. 261-262] y CANCIO MELIÁ (*Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Barcelona, 1998, pp. 301-302) ha negado que quepa hablar de *deberes* de autoprotección, pues no existe legitimación para la imposición de normas de conducta que obliguen a la autotutela. En mi opinión, y desde una perspectiva más genérica, se trata aquí de qué se entienda por *deber jurídico*. En sede de principios, no cabe rebatir el punto de partida antipaternalista de estos autores; sin embargo, quizá la conclusión a la que llegan dependa de la adopción de un presupuesto previo, a saber, si ciertas normas de carácter más (*sit venia verbo*) *intrasistemático o procesal* pueden ser calificadas de normas jurídicas (y, en verdad, normas de conducta *dirigidas a una concreta persona* y relativas a consecuencias jurídicas imponibles a esa persona por su conducta). Por ejemplo: la llamada «prohibición» procesal de ir contra actos propios es, sin duda, una *norma jurídica*, cuya consecuencia es que, sin una de las partes la contradice, perderá la posibilidad de ejercitar una determinada acción. En efecto, y, si no yerro, coincidiendo con los dos autores citados, no creo que quepa decir que aquí nos hallamos ante una *conducta antijurídica*. Ahora bien: si aquí estamos o no ante un *deber jurídico* depende en gran medida de los elementos que se entiendan incluidos en su definición (y, entre ellos, de modo fundamental una eventual correlación entre los conceptos «infracción de deber» y «antijuridicidad»). En mi opinión, lo mismo es aplicable al concepto «incumbencia por la autoprotección».

gro (84). Sin embargo, de lo que se trata aquí es de la imputación de un curso lesivo a una conducta *no infractora*.

En principio, y por lo expuesto, entiendo que no es imposible considerar que *ocasiona el accidente* quien conduciendo correctamente atropella a alguien que se expuso por un incumplimiento leve de las reglas que vinculan al peatón. Sin embargo, en contra de esta afirmación puede oponerse que la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor excluye de la cobertura los casos de *culpa exclusiva de la víctima*, sin distinguir entre *peatones y conductores*. Esto revelaría que el programa de política de seguro obligatorio, plasmado en la regulación española, es, efectivamente, el de operar el traslado de cargas criticado; y que dicho programa ha de servir de guía interpretativa del artículo 195.3.1.º, ya que no sería razonable entender que el legislador sigue un programa político-criminal distinto del plasmado en su política de seguro obligatorio.

La objeción plantea dudas. Sin embargo, no entiendo que se trate de un argumento concluyente. Como ya ha dicho la doctrina, la existencia de un deber de tomar seguro obligatorio (cabe añadir: y el que ese seguro cubra o no un determinado suceso) ha de entenderse tan sólo como un *indicio* de que exista o no fundamento para un régimen de responsabilidad objetiva al respecto (85); y, de existir, sus respectivos ámbitos no han de coincidir. Esta afirmación puede desarrollarse constatando que el seguro obligatorio de automóviles abarca con frecuencia *más* y con frecuencia *menos daños que los estrictamente imputables al sujeto agente* en virtud de su competencia organizativa. En efecto, estos seguros no sólo atienden a la llamada «responsabilidad por riesgo» (entendida como una responsabilidad por los riesgos objetivamente imputables a la conducta conforme al tráfico), sino en ocasiones a una especie de «responsabilidad objetivada, con causas tasadas de exoneración» (86) que –por ejemplo, en el ámbito del tráfico vial– en la práctica tiende a ser algo parecido a una *cobertura general por riesgos de la circulación* (la llamada «pulverización del riesgo»), con exclusión de la culpa de la víctima y la fuerza mayor extraña al vehículo (87). Nótese que los riesgos cubiertos no se ago-

(84) *Id.*, tan sólo JAKOBS, *La imputación objetiva en derecho penal* (trad. M. Cancio), Bogotá, 1998, pp. 38 y ss.; CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, pp. 275 y ss.

(85) JAKOBS, «La competencia por organización...», p. 356; similar EL MISMO, «Teoría y praxis...», p. 127.

(86) Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Derecho de daños*, p. 128.

(87) Artículos 1.1. y 6.1. de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor (*vid.*, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Derecho de daños*, pp. 128-129; YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema*, p. 210).

tan en los *típicos de la conducción de los intervinientes*, a menos que se haga una interpretación tan forzada del término que desvirtúe el propio concepto.

a) *Casos de cobertura mayor que el ámbito de riesgos imputables a la conducta del autor: casos de dolo o culpa exclusiva de tercero*. Por ejemplo: si tuviese lugar un accidente porque un tercero *dolosamente hubiese cortado los frenos de uno de los coches*, nadie podría considerar que ahí nos hallemos ante un *riesgo típico de (inherente a) la conducción*. Sin embargo, el daño se imputará al seguro obligatorio del conductor, pues no hay culpa exclusiva de la víctima ni *fuerza mayor* en el sentido en que la define el Real Decreto 7/2001, pues «no se consideran casos de fuerza mayor los defectos del vehículo ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos». La regulación del seguro obligatorio no excluye la responsabilidad por dolo o culpa exclusiva de tercero. Así, el artículo 7 de la Ley 24-12-1962 establece: «El asegurador, una vez efectuado el pago de la indemnización, podrá repetir: (...) b) *Contra el tercero responsable de los daños*» [es decir: la existencia de un tercero responsable no excluye la imputación al seguro obligatorio (88)].

b) *Casos de cobertura menor que el ámbito de riesgos imputables a la conducta del autor: límites cuantitativos*. La responsabilidad establecida en esta regulación *no es ilimitada*, a diferencia de la responsabilidad aquiliana: artículo 1911 CC. Por ejemplo, en el ámbito del tráfico automovilístico, la responsabilidad «objetiva» abarca tan sólo daños a la vida o a la integridad física (89) *hasta una determinada cantidad* (90). Pero *lo que deba pagar el seguro* en estos casos no se extiende a todos los daños imputables a la conducta lícita del conductor. Así, por ejemplo, *el deber de salvamento del artículo 195.3.1.º no tiene limitaciones «cuantitativas»* como las citadas. ¿Cabe imaginar que un conductor con conocimientos de medicina, tras un accidente *fortuito*, dijese: «sólo atenderé a las víctimas proporcionándoles una asistencia cuyo valor en el mercado no supere la cobertura del seguro obligatorio»?

(88) Ciertamente, si ese tercero generó el riesgo conduciendo, la víctima tendrá acción directa *también* contra su seguro (del mismo modo que, si no fuese un conductor, la víctima tendría acción civil –109 y ss. CP– contra él); pero ello no debe hacernos olvidar que subsiste una acción directa contra el seguro del conductor que se comportó correctamente.

(89) Con exclusión de otros, como los patrimoniales: DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Derecho de daños*, p. 128–129.

(90) *Vid.*, artículo 12 del Reglamento sobre la responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (Real Decreto 7/2001, de 12 de enero).

Ello debería demostrar que el ámbito de la atribución de daños a un seguro obligatorio no coincide con el de los «riesgos típicos» de la conducción; y que, por ello, la mención a la «culpa de la víctima» como requisito negativo de la imputación a un seguro obligatorio no impide considerar que *ocasiona* un accidente quien atropella a alguien que se expone imprudentemente a ello. *En efecto, es posible considerar que la política de seguro obligatorio plasmada en nuestro ordenamiento tiene un ámbito distinto del de la política criminal en materia de deberes de socorro tras accidente fortuito.*

Por los argumentos expuestos en un inicio, y removido el obstáculo citado, entiendo que es posible considerar que es un riesgo inherente al tráfico la posibilidad de atropello de un peatón que se haya expuesto infringiendo *levemente* los deberes que le afectan (91). Tan sólo resta comprobar la cuestión de tipicidad formal: ¿es posible decir que en estos casos el conductor ha ocasionado el accidente? En mi opinión, no hay un obstáculo relevante para decir que en estos casos el gestor del peligro (92) es quien *ha ocasionado* el accidente, pues la aportación del peatón no tiene la relevancia suficiente para atribuírselo a él.

(91) Esta distinción entre culpa leve y grave a la hora de efectuar el citado traslado de cargas la hallamos en otros ámbitos del ordenamiento; *vid.*, por ejemplo, el artículo 1904, 2.º párrafo, CC, conforme al cual, en los casos de daños ocasionados a un niño por culpa o dolo de un profesor, los titulares de los centros docentes pueden repetir la cantidad indemnizada a dicho profesor tan sólo si éstos hubiesen incurrido en *dolo o culpa grave* en el ejercicio de sus funciones (con exclusión de la culpa leve). Es sabido que esta restricción procede de la presión ejercida por el grupo social afectado, sabedor de que, al participar en la gestión de bienes *muy delicados* (vida, integridad física de niños), la más leve imprudencia podría acarrearles una enorme pérdida patrimonial; cuando, en puridad, la *responsabilidad por el riesgo* (o *por el beneficio*) procede imputársela al titular del centro docente. La interpretación que aquí se propone, dentro de los límites de los significados posibles del artículo 195.3.1.º CP, parte de un planteamiento paralelo.

(92) Es decir: quien maneja un móvil de unas dos toneladas, a una velocidad permitida en ciudad equivalente al 1000% o 1200% de la velocidad del paso de una persona. La habitualidad del tráfico vial lleva a veces a olvidar que peatón y conductor *no están aquí en un plano de igualdad*. Es el conductor el que desarrolla un riesgo sumamente relevante (tanto, que se ha convertido en una de las primeras causas de muerte prematura en nuestro país); y a nadie se le ocurriría establecer un *seguro obligatorio de peatones* que cubriese los posibles daños que se les infligiesen, paralelo al S.O.A. Recuérdese que la regulación legal de este sector ha partido siempre de la insuficiencia de los limitados deberes de cuidado en la conducción automovilística, y nunca ha dejado de establecer deberes de salvamento que no tienen que ver con la *solidaridad mínima*, sino con la evitación de unos daños que son posibles precisamente porque se permite al conductor desarrollar una actividad tan excepcionalmente peligrosa.

4. BIBLIOGRAFÍA

- ANDROULAKIS, *Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte*, München; Berlin, 1963.
- BACIGALUPO ZAPATER, «Conducta precedente y posición de garante en el Derecho penal», en *ADPCP*, 1970, pp. 35 y ss.
- *Principios de Derecho penal*, 5.^a ed., Madrid, 1998.
- BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa. Un estudio sobre las «situaciones de necesidad» de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*, Barcelona, 1994.
- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, en *Compendio de Derecho Penal Español (Parte especial)* (M. Cobo del Rosal, dir.), Madrid, 2000.
- CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Barcelona, 1998.
- COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte Especial*, 2.^a ed., Valencia, 1988; 5.^a ed., 1999.
- COROMINAS, Joan; PASCUAL, José A., *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*, t. II, G-MA, Madrid, 1980.
- CUERVO/INSTITUTO CARO Y CUERVO, *Diccionario de construcción y régimen de la lengua castellana* (reimpr.), Santafé de Bogotá, 1994.
- DENCKER, «Ingerenz: Die defizitäre Tathandlung», en *Beiträge zur Rechtswissenschaft. Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels*, Heidelberg, 1993.
- DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, «Omisión de impedir delitos no constitutiva de participación por omisión. ¿Un caso de dolo alternativo? (Comentario a la STS, Sala 2.^a, de 8 de octubre de 1991)», en *Poder Judicial*, 1991, n.º 24, pp. 203 y ss.
- DÍEZ RIPOLLÉS/GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, Valencia, 1993.
- DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, *Derecho de daños*, Madrid, 1999.
- FEINBERG, *The Moral Limits of Criminal Law*: t. III, *Harm to Self*, New York, 1986; t. IV, *Harmless Wrongdoing*, New York, 1988.
- FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14.^a ed. (ed. y adiciones de Mittermaier), Giessen, 1847 (reimpr. Aalen, 1973).
- FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979.
- FICHTE, *Fundamento del Derecho Natural según los principios de la doctrina de la ciencia* –trad. y notas J. L. Villacañas, M. Ramos y F. Oncina–, Madrid, 1994.
- FREUND, *Erfolgssdelikt und Unterlassen. Zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, Köln et al., 1992.
- «Fundamentos de la imprudencia punible. Una contribución desde la regulación alemana» (trad. J. Dopico y L. Pozuelo), en *Revista de Derecho Penal* (Buenos Aires), 2002 (2), pp. 79 y ss.

- Comentario al § 13, en *Münchener Kommentar zum StGB* (en prensa).
FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, 1988.
- GARCÍA ALBERO, en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho penal*, 2.^a ed. (G. Quintero, dir.; F. Morales, coord.), Pamplona, 1999.
- GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad* (reimpr.), Madrid, 1990.
- «Causalidad, omisión e imprudencia», en *ADPCP*, 1994, pp. 221 y ss.
- Enrique, «El delito de omisión impropia», en *RDPC*, n.º 4, 1999, pp. 525 y ss. (también publicado como «Das unechte Unterlassungsdelikt», en *ZStW* n.º 111, 1999, pp. 307 y ss.).
- GLASER (*Abhandlungen aus dem Österreichischen Strafrecht. Erster Band*, Wien, 1858 –reimpr. Aalen, 1978).
- GÓMEZ BENÍTEZ, *El ejercicio legítimo del cargo (discrecionalidad administrativa y error en Derecho penal)*, Madrid, 1980.
- «Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española», en *Estudios penales*, Madrid, 2001, pp. 37 y ss. (inicialmente publicado en *RFDUC*, 1980, pp. 129 y ss.).
- *Teoría Jurídica del Delito. Parte General*, Madrid, 1984.
- *Causalidad, imputación y cualificación por el resultado*, Madrid, 1988.
- GÓMEZ RIVERO, «La producción del resultado muerte o lesiones en relación al supuesto agravado del artículo 489 ter», en *La Ley*, 1995-3, pp. 787 y ss.
- «La regulación de los delitos de omisión del deber de socorro», en *La Ley*, 5-6-1996, pp. 1 y ss.
- GRACIA MARTÍN, «La comisión por omisión en el Derecho penal español», en *Actualidad Penal*, n.º 38, 1995, pp. 683 y ss.
- «Los delitos de comisión por omisión (Una exposición crítica de la doctrina dominante)», en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*, Madrid, 2001, pp. 411 y ss.
- GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983.
- HAUPTMANN/JERABEK, Comentario a los §§ 94 y 95, en *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (eds. F. Höpfel y E. Ratz), 2.^a ed., Wien, 2001.
- HEGEL, *Fundamentos de la filosofía del Derecho* (ed. K. H. Ilting) –trad. C. Díaz–, Madrid, 1993.
- HEINITZ, comentario a la sentencia del BGH de 25-3-1954, en *JR*, 1954, pp. 269 y ss.
- HUERTA TOCILDO, «Injerencia y artículo 489 bis, 3.º, CP», en *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid, 1987, pp. 253 y ss., 265 y ss., 277 (publicado inicialmente en *ADPCP*, 1985, pp. 37 y ss.).
- «Las posiciones de garantía en el tipo de comisión por omisión», en *Problemas fundamentales...*, pp. 17 y ss.
- *Principales novedades de los delitos de omisión en el Código penal de 1995*, Valencia, 1997.

- JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.^a ed. —trad. J. Cuello y J. L. Serrano—, Madrid, 1995.
- *La imputación penal de la acción y la omisión* (trad. J. Sánchez-Vera), Bogotá, 1996 (publicado inicialmente como *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, Opladen, 1996).
- «El concepto jurídico-penal de acción», (trad. M. Cancio), en *Estudios de Derecho penal* (trad. y estudio prelim. E. Peñaranda Ramos; C. J. Suárez González; M. Cancio Meliá), Madrid, 1997, pp. 101 y ss. (publicado inicialmente como *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, München, 1992).
- «El principio de culpabilidad» (trad. M. Cancio), en *Estudios...*, pp. 365 y ss. (publicado inicialmente como *Das Schuldprinzip*, en *Rheinisch-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G 319*, Opladen, 1993).
- «La competencia por organización en el delito omisivo. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión» (trad. E., Peñaranda Ramos), en *Estudios...*, pp. 347 y ss.
- *La imputación objetiva en derecho penal* (trad. M. Cancio), Bogotá, 1998.
- «Teoría y praxis de la injerencia» —trad. M. Cancio—, en JAKOBS/CANCIO, *El sistema funcionalista del Derecho penal*, Lima, 2000, pp. 97 y ss. (también publicado como *Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal*, Bogotá, 2001).
- JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.^a ed., Berlin, 1996.
- KAUFMANN, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 2.^a ed. inalterada, Göttingen, 1988.
- KELSEN, *Teoría pura del derecho*, 2.^a ed., trad. R. J. Vernengo, México, 1981.
- KIENAPFEL, *Grundriß des österreichischen Strafrechts. Besonderer Teil. I. Delikte gegen Personenwerte*, 2.^a ed., Wien, 1984.
- LAMARCA PÉREZ (COORD.), *Manual de Derecho penal. Parte Especial*, Madrid, 2001.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, Madrid, 2002.
- LUZÓN PEÑA, «Injerencia, comisión por omisión y omisión de socorro (Comentario a la Sentencia TS 24-4-1974)», en *Derecho penal de la circulación*, 2.^a ed., Barcelona, 1990, pp. 166 y ss. (es versión ampliada de «Comentario a la Sentencia TS (Sala 2.^a) 24-4-1974», en *Revista de Derecho de la Circulación*, 1974, pp. 269 y ss.).
- «Omisión de socorro. La 'persona desamparada' en los párrafos 1.^o y 3.^o del artículo 489 bis [hoy ter] (Comentario a la Sentencia TS 26-9-1974)», en *Derecho penal de la circulación*, 2.^a ed., Barcelona: PPU, 1990, pp. 195 y ss.
- «La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del TS», en *Poder Judicial*, n.^o 2, 1986, pp. 73 y ss.
- *Curso de Derecho Penal. Parte General. I*, Madrid, 1996.

- MERKEL, Adolf, *Kriminalistische Abhandlungen I. Zur Lehre von den Grundleihheilungen des Unrechts und seiner Rechtsfolgen*, Leipzig, 1867.
- *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1889.
- MIR PUIG, «Sobre el consentimiento en el homicidio imprudente (Comentario a la STS de 17-7-1990)», en *ADPCP*, 1991, pp. 259 y ss.
- *Derecho Penal. Parte General*, 6.^a ed., Barcelona, 2003.
- MOLINA BLÁZQUEZ, «El artículo 195.3 del Código Penal de 1995: problemas de aplicación», en *RDPC* (2.^a época) n.º 4, 1999, pp. 555 y ss.
- MOLINA FERNÁNDEZ, en *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, vol. II (M. Bajo, dir.), Madrid, 1998.
- MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 14.^a ed., Valencia, 2002.
- MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 5.^a ed., Valencia, 2002.
- OTTO, «Vorangegangenes Tun als Grundlage strafrechtlicher Haftung», en *NJW*, 1974, pp. 528 y ss.
- *Grundkurs Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6.^a ed., Berlin; New York, 2000.
- OTTO/BRAMMSEN, «Die Grundlagen der strafrechtlichen Haftung des Garanten wegen Unterlassens», en *Jura*, 1985 (publicado en tres entregas: pp. 530 y ss., 592 y ss., pp. 646 y ss.).
- PANTALEÓN PRIETO, «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación», en *Centenario del Código Civil*, t. II, Madrid, 1990, pp. 1561 y ss.
- «Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También la de las Administraciones públicas)», en *AFDUAM*, n.º 4, 2000 (monográfico, *La responsabilidad en el Derecho*, F. Pantaleón, ed.), pp. 167 y ss.
- PEÑARANDA RAMOS, *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Madrid, 1991.
- PERDOMO TORRES, *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, Bogotá, 2001.
- PÉREZ DEL VALLE/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, t. II, Madrid, 1997, pp. 2285 y ss.
- PFLIEDERER, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*, Göttingen, 1966.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan, *Derecho penal español. Parte especial*, 4.^a ed., Barcelona, 2002.
- QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, *Manual de Derecho penal. Parte General*, 2.^a ed., Pamplona, 1999.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, «El delito de omisión de auxilio a la víctima y el pensamiento de la ingerencia», en *ADPCP*, 1973, pp. 501 y ss.
- *Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1977.
- ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, 3.^a ed., München, 1997; t. II, 1.^a ed., München, 2003.
- RUDOLPHI, *Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz*. Göttingen, 1966.
- Comentario previo al § 13, en *Systematischer Kommentar*, 6.^a ed., Frankfurt a.M., 1992,

- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, Bogotá, 1995.
- *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid; Barcelona, 2002.
- SANGENSTEDT, *und Garantenpflicht von Amtsträgern. Zugleich eine Untersuchung zu den Grundlagen der strafrechtliche Garantenhaftung*, Frankfurt a. M. et al., 1989.
- SCHÖNE, *Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz*, Köln, 1974.
- SCHÜNEMANN, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte. Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre*, Göttingen, 1971
- SEELMANN, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch* (Gesamtred. U. Neumann u. W. Schild), Baden-Baden, 1995.
- SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Barcelona, 1986.
- «Problemas del tipo de omisión del deber de socorro (Comentario a la STS de 27 de abril de 1987, ponente Sr. Díaz Palos)», en *ADPCP*, 1988, pp. 561 y ss.
- «Artículo 11», en *Comentarios al Código Penal* (M. Cobo, dir.), t. I, Madrid, 1999, pp. 441 y ss.
- «Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los artículos 195.3 y 196 del Código penal», en *Problemas específicos de la aplicación del Código penal*, Madrid, 1999, pp. 153 y ss.
- STRATENWERTH, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad* (trad. E. Bacigalupo), Madrid, 1980.
- STREE, comentario al § 13, en Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch: Kommentar*, 26.^a ed., München, 2001.
- VIVES ANTÓN (dir.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Valencia, 1996.
- VIVES ANTÓN, et al., *Derecho penal. Parte especial*, 3.^a ed., Valencia, 1999.
- «Artículo 11», en *Comentarios al Código Penal*, t. I, (M. Cobo dir.), Madrid, 1999, pp. 489 y ss.
- WELZEL, «Zur Problematik der Unterlassungsdelikte», en *JZ*, 1958, pp. 494 y ss.
- YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extra-contractual*, Madrid, 2001.
- ZUGALDÍA ESPINAR, «Omisión e injerencia con relación al supuesto agravado del párrafo 3 del artículo 489 bis del Código Penal», en *CPC*, 1984, pp. 571 y ss.

¿Es conveniente un endurecimiento del Derecho penal juvenil? Una toma de posición crítica

MIGUEL ÁNGEL CANO PAÑOS

Doctor en Derecho (Universität Potsdam), LL.M. (Universität Münster), actualmente habilitando en la Karls-Ruprecht-Universität Heidelberg (Alemania)

SUMARIO: 1. Introducción.-2. Reivindicaciones relativas a un endurecimiento del Derecho penal juvenil en Alemania y España.-3. Datos estadísticos de la PKS en Alemania: 3.1 Evolución de la delincuencia juvenil en Alemania. 3.2 Incidencia. 3.3 Características. 3.4 Estructura.-4. Datos estadísticos de las estadísticas policiales en España: 4.1 Evolución de la delincuencia juvenil en España. 4.2 Incidencia. 4.3 Características. 4.4 Estructura.-5. Excurso: los llamados delincuentes de gran intensidad como grupo problemático específico.-6. Naturaleza de la *Jugendgerichtsgesetz* alemana (JGG de 4 de agosto de 1953).-7. Naturaleza jurídica de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.-8. Resultado de análisis. Una toma de posición.-Anexo. Tablas.-Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Actualmente se observa cómo los medios de comunicación informan de un aumento incesante de la criminalidad en general y de la delincuencia juvenil en particular, resaltando sobre todo los casos de violencia juvenil. Se habla de un aumento constante de la cifra de homicidios, robos o agresiones sexuales por parte de menores de edad. Motivo especial de preocupación es la aparente violencia de algunos jóvenes, la cual es resaltada a partir de determinados hechos aislados, pero que son puestos un primer plano por los medios de comunicación. Todo ello conduce a que la población perciba un aumento amenazante de la delincuencia juvenil en general, y de la

violencia juvenil en particular, lo cual hace pensar que a mayor delincuencia juvenil hay que esperar un incremento de la delincuencia adulta en un futuro.

La consecuencia inmediata de esta percepción de la delincuencia ha sido que el tratamiento de los delincuentes juveniles ha pasado a ocupar el centro de interés tanto desde un punto de vista científico como político-social. En este sentido, es objeto de una continua discusión en el debate social la forma de afrontar de un modo efectivo ese supuesto aumento de la delincuencia juvenil.

No obstante, analizando los datos ofrecidos por las estadísticas policiales, hay que decir que esa percepción subjetiva de la delincuencia juvenil está en manifiesta contradicción con la situación objetiva. Si se analizan esos datos estadísticos se observa cómo la mayoría de los actos delictivos cometidos por menores de edad son de mediana o baja intensidad. Esta afirmación es predicable para todos los países de la Unión Europea. La delincuencia juvenil está cuantitativamente marcada por los delitos contra la propiedad y el patrimonio. Respecto a la delincuencia juvenil violenta, se ha demostrado que estadísticamente supone un porcentaje pequeño respecto a todo el abanico delictivo.

La entrada en vigor en España de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, ha supuesto para el Derecho penal español no sólo una reforma de profunda trascendencia jurídica, sino también de amplio eco social. El Derecho penal juvenil ha dejado de ser una disciplina menor, adquiriendo de forma súbita un marcado protagonismo en los más variados foros de debate. Ante la supuesta agravación de los casos de violencia juvenil, aumentan las voces que piden un endurecimiento general de las medidas previstas en la Ley Orgánica 5/2000. Con ello se pretende dejar en un segundo plano el espíritu preventivo-especial que inspira toda la legislación penal en tema de menores, dando preferencia al mero castigo retributivo por el hecho cometido y por ende a la protección de la sociedad frente al menor infractor.

En el presente artículo se va a proceder a analizar la conveniencia o no de un endurecimiento del Derecho penal juvenil en España. Para evitar un cierto aislamiento respecto al resto de Europa de la realidad criminal española y de las formas de hacer frente a ella, se va a proceder a realizar un estudio en el campo del Derecho y la criminología comparados, analizando paralelamente la evolución de la delincuencia juvenil y su tratamiento en Alemania. Dicho estudio comparado adquiere sentido si se tiene en cuenta el hecho de que la vigente Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, encuentra parte de su inspiración en

la Ley de los Tribunales Juveniles alemana («*Jugendgerichtsgesetz*», JGG de 4 de agosto de 1953).

Todo análisis de la delincuencia en general o –como en este estudio– de la delincuencia juvenil en particular, en el marco del Derecho comparado, debe partir de la consideración de tres aspectos fundamentales: primero, la investigación de los datos empíricos relativos al desarrollo de la delincuencia; segundo, el estudio de las normas jurídicas de los ordenamientos objeto de análisis, y, tercero, las tendencias de política criminal en los países respectivos.

Dicho esquema va a ser seguido fundamentalmente en el presente artículo. Si bien, a modo de punto de partida de la problemática en cuestión, se va a analizar en primer lugar las tendencias de política criminal existentes tanto en Alemania como en España en respuesta a la evolución de la delincuencia juvenil.

Es indudable que para cualquier planificación que se quiera realizar en el ámbito de la política criminal es necesario conocer las dimensiones –reales– del fenómeno sobre el que hay que intervenir. Dicho conocimiento es, si cabe, más importante en un ámbito tan sensible como es el de los menores.

2. REIVINDICACIONES RELATIVAS A UN ENDURECIMIENTO DEL DERECHO PENAL JUVENIL EN ALEMANIA Y ESPAÑA

Bajo la sensación de un aumento de la delincuencia juvenil reflejado en las estadísticas policiales así como una aparente mayor disposición por parte de los menores de edad a cometer actos violentos, se observa cómo, partiendo de un estado de alarma social existente en la población, en determinados círculos políticos alemanes y españoles aumentan las voces que exigen un endurecimiento del Derecho penal juvenil como reacción a esa amenaza.

Mientras que en el pasado las reformas en materia de justicia juvenil apostaban, en la mayoría de los casos, por reforzar la naturaleza preventivo-especial del Derecho penal juvenil, han aparecido en la actualidad corrientes de opinión que promueven un Derecho penal juvenil estrictamente retributivo e intimidatorio. Esta estrategia de mano dura o de la llamada «tolerancia cero» se encuentra actualmente extendida en determinados círculos de poder con el apoyo de gran parte de la opinión pública.

No obstante, estos argumentos son objeto de una repetida crítica por la mayoría de la doctrina y práctica alemana y española.

Por lo que hace referencia a la situación en Alemania, ya en la década de los noventa, las tendencias legislativas tendientes a reforzar el espíritu educativo de la JGG fueron obstaculizadas como consecuencia de los datos que anualmente ofrecían las estadísticas oficiales, donde se observaba –hasta el año 1998 (1)– un aumento constante de las cifras de delincuencia juvenil, destacando también los casos de violencia xenófoba y antisemita por parte de grupos de jóvenes de extrema derecha –sobre todo en el territorio correspondiente a la antigua DDR– así como casos espectaculares de menores y jóvenes delincentes de gran intensidad (2). Estas circunstancias han dado lugar a que desde determinados partidos políticos –en concreto por parte de la CDU, partido democristiano actualmente en la oposición– se exija un endurecimiento del Derecho penal juvenil regulado en la *Jugendgerichtsgesetz*.

Las propuestas que se realizan pueden concretarse en los siguientes puntos: 1. Disminución de la edad mínima para exigir responsabilidad penal conforme a la JGG de los vigentes catorce a los doce años (3). 2. Exclusión de la aplicación de la jurisdicción de menores para los «jóvenes semi-adultos» entre dieciocho y veinte años («*Heranwachsende*»). 3. Aumento de la duración máxima de la pena juvenil (4). 4. Ampliación de los centros cerrados.

Como puede deducirse fácilmente, la discusión actual encaminada a endurecer el Derecho penal juvenil en Alemania se encuentra muy lejos de estar en consonancia con uno de los postulados establecidos por *Franz von Liszt* a principios del siglo xx: «La política social se presenta como la mejor y más eficaz política criminal».

Si se echa un vistazo al debate político-criminal que se está produciendo en España respecto al Derecho penal juvenil, se observa cómo muchas de las propuestas de modificación de la Ley Orgánica 5/2000 se mueven por los mismos derroteros que en Alemania. Amparados por una gran parte de la opinión pública, se presentan por parte de determi-

(1) Ver Tabla 1 en el Anexo.

(2) A destacar aquí de nuevo un hecho que a finales de los años noventa causó un gran debate en la sociedad alemana. Se trata del caso de «*Mehmet*», un joven de entonces quince años, nacido en Alemania pero de padres turcos, el cual fue expulsado del territorio alemán y llevado con su familia a Turquía, después de haberle sido registrados en Alemania más de delitos, la mayoría robos con violencia o intimidación.

(3) En virtud del § 1 JGG el Derecho penal juvenil alemán se aplica a los menores de entre catorce y diecisiete años y, bajo determinadas condiciones, a los jóvenes semi-adultos entre dieciocho y veinte años.

(4) Actualmente el § 18, párrafo 1, de la JGG prevé para la «*Jugendstrafe*» una duración máxima de diez años.

nados círculos de poder exigencias tendentes a un endurecimiento del Derecho penal juvenil contenido en la Ley Orgánica 5/2000.

Un claro ejemplo lo constituyen las modificaciones de la Ley Orgánica 5/2000 realizadas por la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, las cuales se llevaron a cabo incluso antes de la entrada en vigor de la Ley penal juvenil el 13 de enero de 2001. Como bien se sabe, esta reforma parcial trajo consigo un endurecimiento de las medidas de internamiento previstas en el artículo 7 de la Ley, pudiendo alcanzar aquéllas una duración máxima de diez años para los mayores de dieciséis años y de cinco años para los menores de esa edad —completada en ambos casos con una medida de libertad vigilada de hasta cinco años— cuando fueren responsables de más de un delito, alguno de los cuales esté calificado como grave y sancionado con pena de prisión igual o superior a quince años como delito de terrorismo (5).

En la actualidad la Ley Orgánica 5/2000 sigue siendo en España objeto de un debate social planteado a partir de una serie de homicidios de gran repercusión mediática cometidos por menores, estimándose insuficiente por algunos de los grupos de poder con relevante influencia el máximo de internamiento prevenido en la Ley. Estos planteamientos son rebatidos por la mayoría de la doctrina, así como por la práctica totalidad de los profesionales en el ámbito de la justicia juvenil por entender que en el Derecho penal juvenil español no es necesario un endurecimiento de las sanciones.

3. DATOS ESTADÍSTICOS DE LA PKS EN ALEMANIA

3.1 Evolución de la delincuencia juvenil en Alemania

En primer lugar se hace necesario evaluar la evolución de la delincuencia juvenil en Alemania. Para ello se va a realizar un análisis de los datos facilitados por la llamada «*Polizeiliche Kriminalstatistik*» (PKS, en lo sucesivo). Dicha estadística se considera en Alemania como el medio más importante para analizar la evolución de la «*Kriminalität*» en aquel país. En la PKS se documenta año tras año la actividad investigadora de la policía alemana, recogándose la totalidad de delitos y faltas regulados en la legislación penal alemana, con

(5) Antes de las modificaciones acaecidas preveía la Ley Orgánica 5/2000 una medida de internamiento por un máximo de cinco años, completado con la medida de libertad vigilada por otros cinco años.

excepción de los delitos de protección del Estado («*Staatsschutzdelikte*») y los delitos de tráfico («*Verkehrsdelikte*»), así como aquellos delitos cometidos fuera de Alemania (6).

Analizando las estadísticas policiales en Alemania respecto a la evolución de la delincuencia juvenil se observa como, por vez primera desde 1999, se produce una bajada del número total de detenidos menores de veintiún años (7). Así, mientras que en el año 2001 fueron detenidas por la policía un total de 688.741 personas menores de veintiún años, dicha cifra baja en el año 2002 en un 1,53 por 100 alcanzando la cifra de 678.187 (8).

(6) No obstante la importancia que la PKS tiene a nivel estadístico, no faltan opiniones en la doctrina criminológica alemana que relativizan la capacidad de la PKS de reproducir la realidad criminal en Alemania. Para ello argumentan una serie de factores los cuales deforman en cierta medida los datos contenidos en la PKS. Entre estos factores cabría destacar los siguientes: 1. La PKS depende, respecto a determinadas figuras delictivas, de la voluntad de la población de presentar denuncia. En este sentido distintos estudios criminológicos han demostrado que la conducta de la población ante el hecho de denunciar una determinada conducta delictiva está condicionada no sólo por el desarrollo de la criminalidad en sí, sino en gran parte por las informaciones vertidas por los medios de comunicación. 2. En la PKS se recogen el número de sospechosos de un determinado delito, no los «auténticos» autores, con lo cual el sospechoso de un delito puede posteriormente ser puesto en libertad por resultar ser inocente, por falta de pruebas, etc. En relación con esto, los hechos delictivos pueden ser valorados por la policía de un modo distinto a la Fiscalía o el Juez. Estos cambios cualitativos no son reflejados posteriormente en las estadísticas policiales. 3. La actividad investigadora de la policía puede variar respecto a determinadas figuras delictivas, lo cual puede conducir en determinados casos a un aumento enorme de la cifra correspondiente a un determinado hecho delictivo. A estos aspectos suele incluso referirse la PKS a la hora de presentar los datos estadísticos, añadiendo a ello la llamada «cifra negra» («*Dunkelfeld*») de la criminalidad, es decir, aquella criminalidad (real) que no llega a conocimiento de la policía y que por consiguiente no puede reflejarse en las estadísticas oficiales. A pesar de estos factores «debilitadores» de la PKS, hay que destacar por encima de todo que aquella es la única fuente de datos de la que se dispone para realizar un juicio amplio del desarrollo de la criminalidad. Una de las ventajas indudables de la PKS es su actualidad: la actividad de los órganos policiales alemanes es registrada de un modo continuo y es publicada puntualmente cada año en el mes de mayo. Un análisis exhaustivo de los factores que debilitan los datos de la PKS lo ofrecen JEHLE, *Neue Kriminalpolitik* 2 (1994), p. 22; PFEIFFER/WETZELS, *Neue Kriminalpolitik* 2 (1994), p. 32. Las estadísticas de la policía alemana pueden consultarse en Internet en la p. siguiente: www.bka.de.

(7) Ver Tabla I en el Anexo. Al contrario que en el análisis de la delincuencia juvenil en España se incluyen aquí los datos correspondientes a los jóvenes de entre dieciocho y veinte años («*Heranwachsende*»), en la terminología jurídico-penal alemana, ya que a éstos en virtud del § 105 de la Ley penal juvenil alemana [*Jugendgerichtsgesetz* (JGG) del año 1953] se les aplica en la mayoría de las ocasiones las disposiciones del Derecho penal juvenil.

(8) Analizando las cifras totales de delincuencia en Alemania en el año 2002, se registraron en ese año un total de 6.507.394 infracciones penales. Dicha cifra

Concretando la evolución de la delincuencia juvenil en Alemania por tramos de edad, hay que hacer referencia en primer lugar a los niños menores de catorce años («*Kinder*», en la terminología jurídico-penal alemana), los cuales según se dispone en el § 1 JGG no pueden ser sometidos a responsabilidad penal alguna. En el informe estadístico del año 2002 fueron investigados por la policía un total de 134.545 niños menores de catorce años como sospechosos de la comisión de un determinado delito. Dicha cifra supone respecto al año 2001 (143.045) una disminución del 5,9 por 100. De la evolución de la delincuencia infantil en Alemania se observa como el número de sospechosos registrados por la policía disminuye desde el año 1999 de modo constante.

Por lo que hace referencia a los jóvenes de entre catorce y diecisiete años («*Jugendliche*»), se produce también en el año 2002 un ligero retroceso respecto al número total registrado por la policía. Si en el año 2001 fueron un total de 298.983 los jóvenes sospechosos investigados por la policía, dicha cifra disminuye en el año 2002 en un 0,4 por 100, alcanzando un total de 297.881. Observando la evolución de la delincuencia juvenil en Alemania de los últimos años puede comprobarse como, tras un aumento significativo en el año 2001 del número total de jóvenes registrados en la PKS con respecto al año anterior, dicha cifra vuelve a bajar en el año 2002.

Por último, en referencia a los llamados adolescentes o jóvenes semi-adultos de entre dieciocho y veinte años («*Heranwachsende*») se produce también en el año 2002 un ligero retroceso en el número total de personas de ese grupo de edad investigadas por la policía. Si en el año 2001 la cifra total fue de 246.713, dicha cifra disminuye en el año 2002 en un 0,4 por 100, alcanzando un total de 245.761 (9). De la evolución de la criminalidad de este grupo de edad se observa, a partir de los datos de la PKS, como la disminución en el número total de «*Heranwachsende*» registrados por la policía se produce ya desde el año 2001.

supone un aumento en un 2,3 por 100 respecto al año anterior (2001: 6.363.865). Por lo que hace referencia al número de detenidos, en el año 2002 fueron un total de 2.326.149 las personas detenidas por la policía alemana sospechosas de haber cometido un delito. Respecto al año anterior (2001: 2.280.611) se produce así un aumento del 2,0 por 100.

(9) Al contrario que las cifras presentadas respecto a la delincuencia de los menores y jóvenes semi-adultos, en el año 2002 la llamada delincuencia adulta –a partir de veintiún años– aumentó en un 3,5 por 100 llegando a un total de 1.647.962 sospechosos registrados por la policía (la cifra total en el año 2001 había sido de 1.591.870).

Partiendo de las cifras contenidas en la PKS puede deducirse que la mayoría de las acciones delictivas, limitadas a la llamada delincuencia juvenil («*Jugendkriminalität*»), son realizadas por menores de entre catorce y diecisiete años. Eso significa que en el año 2002 casi la mitad de todos los delitos cometidos por menores de veintiún años –en concreto un 44 por 100– son circunscribibles a la franja de edad de entre catorce y diecisiete años. También de las mismas cifras de la PKS puede deducirse que en el año 2002 el porcentaje de menores de veintiún años detenidos respecto a la cifra total de detenidos es del 29,2 por 100.

3.2 Incidencia

Según los datos contenidos en la PKS, la llamada «carga delictiva» («*Kriminalitätsbelastung*») de los menores y jóvenes semi-adultos es mayor que la de los adultos (10). Si en el año 2002 el promedio de «carga delictiva» de la totalidad de sospechosos investigados era de 2.525 con respecto a 100.000 habitantes del grupo de población respectivo (11), dicha cifra (*TVBZ*, según la terminología alemana) subía a 7.332 en el caso de menores entre catorce y diecisiete años, alcanzando una cifra de 7.506 en el caso de jóvenes semi-adultos entre dieciocho y veinte años. En cambio, por lo que hace referencia a los adultos a partir de 21 años, el número de sospechosos inculcados (*TVBZ*) en ese mismo año era de 2.060.

(10) Dicho concepto de «carga delictiva» o en el argot de la PKS «*Kriminalitätsbelastung*» se determina mediante un número proporcional, el cual pone en relación los delincuentes investigados con el grupo de población de su misma edad. Una de las razones que justifican la creación de este número proporcional se debe al hecho de que al comparar las personas investigadas con las cifras de población absolutas muchas veces no se dan unos datos totalmente fiables sobre el desarrollo de la delincuencia, ya que aquéllos pueden deberse en algunos casos a una transformación demográfica de la cifra de población de un determinado grupo poblacional. Este factor puede evitarse relacionando la cifra de personas denunciadas o investigadas con un determinado número de sujetos de la población del mismo territorio en el correspondiente espacio de tiempo. Mediante este sistema se consigue una medida fiable para determinar la llamada «carga delictiva», la cual no está sujeta a los posibles cambios en las cifras de población. De este modo la PKS calcula el llamado «número de sospechosos inculcados» («*Tatverdächtigenbelastungszahl*», *TVBZ*), poniendo en relación el número de sospechosos investigados con 100.000 personas del grupo de población su misma edad.

(11) En este caso se trata de la población total de Alemania, la cual a 30 de junio de 2002 ascendía a 82.440.300 habitantes.

De estos datos puede concluirse lo siguiente: la proporción de jóvenes y semi-adultos en relación a la totalidad de los sospechosos registrados en la PKS es casi el doble que su proporción en la población total. No obstante, hay que tener aquí en cuenta el hecho que la proporción de adultos (a partir de veintiún años) en las cifras de población total es sustancialmente más alta que en el caso de los menores de veintiún años. Por ese motivo no debe de conducir a malinterpretaciones esa mayor carga delictiva de los menores de veintiún años, especialmente de los jóvenes entre catorce y diecisiete años.

Desde el punto de vista cuantitativo y partiendo de los datos ofrecidos por la PKS referentes al año 2002, la criminalidad se reparte en los distintos grupos de edad de la manera siguiente: niños («*Kinder*») menores de catorce años: 5,8 por 100; jóvenes («*Jugendliche*») entre catorce y diecisiete años: 12,8 por 100; jóvenes semi-adultos («*Heranwachsende*») entre dieciocho y veinte años: 10,6 por 100; adultos («*Erwachsene*») a partir de veintiún años: 70,8 por 100 (12).

3.3 Características

La mayor «carga delictiva» de los grupos de edad más bajos podría en un principio hacer pensar que la delincuencia juvenil en Alemania es un fenómeno especialmente preocupante. Esta presunción es relativizada a partir de los conocimientos criminológicos que indican que la actividad delictiva de los menores de edad es en general poco relevante, desapareciendo en la mayoría de casos cuando se alcanza la edad adulta.

Partiendo de los conocimientos de la Criminología en el ámbito de la delincuencia infantil y juvenil, se observa como ésta en la mayoría de los casos se presenta como un fenómeno *ubicuo, normal, episódico* y de carácter de *bagatela* (13).

La tesis de la *ubicuidad* defiende el hecho de que la delincuencia juvenil se presenta en las sociedades actuales como un fenómeno omnipresente dentro de la juventud, independientemente del hecho de que un joven en cuestión pertenezca a un estrato social determinado o presente una formación educativa característica. La tesis de la *normalidad* alude al hecho de que la delincuencia juvenil supone un fenómeno usual en el período de desarrollo de los jóvenes hacia una edad

(12) Cifras relativas al número total de sospechosos investigados por la policía y registrados en la PKS.

(13) Ver dentro de la doctrina alemana: CLAGES, *Kriminalistik* 49 (1995), p. 607; WOLTERS, *Unsere Jugend* 42 (1990), p. 173.

adulta. En relación a esto se atribuye a la mayoría de la delincuencia juvenil un carácter *episódico*. Una conducta infractora de las normas penales supone para la gran mayoría de los jóvenes un episodio en cierta medida puntual en su desarrollo vital y social. La adquisición de madurez, unida a la integración social del menor y a la asunción de una responsabilidad social, contribuyen a un abandono paulatino de las conductas delictivas. Por último la estructura de la delincuencia juvenil muestra, en la mayoría de los casos, un carácter de *bagatela*. Así, dicha delincuencia está marcada sobre todo por los delitos contra la propiedad y el patrimonio, así como los delitos en el ámbito de la seguridad en el tráfico. Si se toman por base los datos de las estadísticas oficiales, se observa cómo los delincuentes en edad juvenil participan en la mayoría de los casos en delitos de pequeña y mediana gravedad, mientras que los delitos graves aparecen raramente en edad juvenil.

La llamada «*Jugendkriminalität*» abarca por regla general figuras delictivas de carácter leve, las cuales son cometidas de modo espontáneo. Esto hace que esos hechos en la mayoría de los casos llamen la atención más fácilmente y sean así más rápidamente descubiertos por la policía. Por el contrario, la criminalidad adulta abarca un abanico más amplio, siendo menos visible y por tanto más difícil de controlar por la policía.

Por otra parte, la delincuencia juvenil se caracteriza –al contrario que la criminalidad adulta– por ser en muchos casos una delincuencia de carácter grupal. La influencia del grupo generacional en la delincuencia y en comportamientos violentos de los menores y jóvenes es un factor que ha sido ya verificado ampliamente por la Criminología. En los años de desarrollo de los menores de edad el grupo de amigos juega un papel muy importante como instancia de socialización. En el grupo se produce una disminución de las inhibiciones y un desplazamiento de la responsabilidad hacia otros factores externos. Además, el grupo facilita la asunción de riesgos por parte del menor.

3.4 Estructura

Por lo que hace referencia a la estructura de la delincuencia en Alemania, hay que decir en primer lugar que en todas las franjas de edad predominan los delitos contra la propiedad («*Eigentumsdelikte*»), el patrimonio («*Vermögensdelikte*») así como los delitos de tráfico («*Verkehrsdelikte*»). Expresado en porcentajes, los delitos de hurto en todas sus variantes («*Diebstahlskriminalität*»), en la terminolo-

gía jurídico-penal alemana) supusieron en el año 2002 el 47,4 por 100 del total de infracciones cometidas en Alemania (14).

Dichas afirmaciones se confirman respecto a la estructura de la delincuencia juvenil. A partir de los datos de la PKS se desprende que en el año 2002 el 65,59 por 100 de total de delitos imputados a menores de dieciocho años fueron delitos de hurto en todas sus variantes. Analizando la estructura de la delincuencia juvenil («*Jugendkriminalität*») en sus distintas franjas de edad, a partir de los datos estadísticos de la PKS, se desprenden los datos siguientes:

Por lo que hace referencia a los menores de catorce años («*Kinder*»), la estructura delictiva está dominada sobre todo por el llamado «hurto en establecimientos comerciales» («*Ladendiebstahl*»). En concreto, en el año 2002 fueron del total de menores de catorce años registrados por la policía, un 48,07 por 100 investigados por dicho tipo delictivo. En cambio el llamado «hurto agravado» tuvo en el año 2002 un porcentaje de sólo el 7,26 por 100.

En la franja de edad correspondiente a los menores de entre catorce y diecisiete años («*Jugendliche*») constituyen tanto el «hurto en establecimientos comerciales» como el «hurto simple» el mayor porcentaje de delitos cometidos con un 38,26 por 100. Respecto al «hurto agravado» desciende el porcentaje de menores de esta franja de edad considerablemente con sólo un 11,08 por 100.

Por último, analizando los jóvenes semi-adultos de entre dieciocho y veinte años («*Heranwachsende*»), destacan en su estructura delictiva sobre todo los delitos de daños, estafa en todas sus formas y el llamado «hurto en establecimientos comerciales». En el año 2002, del total de jóvenes semi-adultos registrados por la policía, fueron un 41,67 por 100 investigados por alguna de esas tres categorías. A destacar en esta franja de edad es el alto porcentaje de jóvenes semi-adultos investigados por la policía por la comisión de un delito de tráfico o consumo de drogas: en el año 2002 representaron el 20,25 por 100 del total de jóvenes semi-adultos investigados.

Por lo que hace referencia a la llamada criminalidad violenta («*Gewaltkriminalität*»), los datos recogidos en la PKS del año 2002 señalan que en ese año se cometieron en Alemania un total de 197.492 infracciones delictivas circunscribibles a esa tipología (15). En rela-

(14) Ver PKS correspondiente al año 2002, p. 27. Dentro de la llamada «*Diebstahlskriminalität*» distingue la PKS dos categorías distintas a la hora de recopilar los datos. Por un lado se distingue la categoría del «hurto simple» («*einfacher Diebstahl*»), por otro la categoría del «hurto agravado» («*schwerer Diebstahl*»).

(15) Dentro de la llamada «*Gewaltkriminalität*» se engloban los tipos delictivos siguientes: Homicidio («*Totschlag*») y asesinato («*Mord*»), violación («*Verge-*

ción al año 2001 se produjo un aumento del 4,8 por 100 en la criminalidad violenta. No obstante el aumento señalado, el porcentaje de la «*Gewaltkriminalität*» en el año 2002 fue de un 3 por 100 con respecto al total de las infracciones registradas en la PKS. Los delitos de lesiones graves y peligrosas dominan dentro del conjunto de la criminalidad violenta con un porcentaje del 64,27 por 100 de la misma. Los delitos de homicidio y asesinato suponen por su parte un 1,34 por 100 de la totalidad de los delitos violentos.

Respecto a la delincuencia juvenil, los delitos violentos constituyen proporcionalmente una parte pequeña del conjunto de la estructura delictiva de los menores de edad (16). De los datos ofrecidos por la PKS correspondientes al año 2002 se desprende que el porcentaje de menores de catorce años detenidos sospechosos de la comisión de un delito de lesiones fue del 12,84 por 100 respecto del total de menores de catorce años registrados. Respecto a los delitos de robo en general, el porcentaje se situó en el año 2002 en un 2,05 por 100 del total de menores de catorce años registrados.

Por lo que hace referencia a los casos de violencia juvenil en la franja de edad de entre catorce y diecisiete años, los datos de la PKS 2002 ofrecen los siguientes porcentajes: en el año 2002 el porcentaje de jóvenes de entre catorce y diecisiete años detenidos por la comisión de un delito de lesiones fue del 18,91 por 100, respecto del total de menores de esa franja de edad registrados. Por lo que hace referencia a la categoría delictiva de los robos, dicho porcentaje se sitúa en un 3,79 por 100.

Por último, analizando la incidencia de los delitos violentos en la franja de edad de los jóvenes semi-adultos de entre dieciocho y veinte años, se desprenden de la PKS 2002 los siguientes porcentajes: por lo que hace referencia a los delitos de lesiones, el porcentaje de jóvenes semi-adultos detenidos sospechosos de su comisión respecto al total de jóvenes de esa franja de edad registrados en la PKS se situó en el año 2002 en el 18,52 por 100. Respecto a la categoría de los delitos de robo, el porcentaje se situó en un 2,92 por 100 (17).

waltungung) y coacciones sexuales («*sexuelle Nötigung*»), delitos de robo («*Raubdelikte*») y lesiones peligrosas y graves («*gefährliche und schwere Körperverletzung*»).

(16) Desde el punto de vista criminológico se engloban dentro de la llamada violencia juvenil («*Jugendgewalt*») los delitos de lesiones («*Körperverletzungsdelikte*»), robos («*Raubdelikte*»), delitos sexuales violentos («*gewaltsame Sexualdelikte*») y los delitos de homicidio y asesinato («*Tötungsdelikte*»). Boers, *Neue Kriminalpolitik* 3 (2000), p. 7.

(17) La PKS no ofrece datos concretos sobre el número de niños, menores entre catorce y diecisiete años y jóvenes semi-adultos detenidos por la comisión de

Los datos referidos en relación a los delitos de lesiones no deben ser sobrevalorados. En primer lugar hay que tener en cuenta que la categoría delictiva de «lesiones peligrosas y graves» («*gefährliche und schwere Körperverletzung*») ostenta un abanico relativamente grande dentro de los delitos violentos. Por otra parte hay que decir que la delincuencia juvenil violenta en Alemania, haciendo referencia a la constelación autor-víctima, se dirige en la mayoría de los casos contra sujetos de la misma edad (18).

Una proporción considerable de menores de entre catorce y diecisiete años, así como de jóvenes semi-adultos de entre dieciocho y veinte años son registrados cada año en la PKS por la comisión de delitos tales como la defraudación de servicios, en especial el viajar sin billete («*Beförderungser schleichung*») o en la terminología coloquial «*Schwarzfahren*»), conducta que se encuentra tipificada en el Código Penal alemán («*Strafgesetzbuch*») en el § 265 StGB, delitos de daños, acciones vandálicas y robos con extorsión. En la franja de edad de los jóvenes semi-adultos se observa en los últimos años un aumento preocupante de los delitos de tráfico y consumo de drogas. En la PKS correspondiente al año 2002, un 20,25 por 100 de los jóvenes semi-adultos investigados por la policía lo fueron por infracciones contra la ley de estupefacientes («*Betäubungsmittelgesetz*»).

De los datos ofrecidos puede concluirse que la delincuencia juvenil en Alemania está caracterizada en general por el predominio de la categoría genérica de los hurtos en todas las formas, destacando también los daños, el vandalismo y los delitos de tráfico. Dentro de la llamada criminalidad violenta («*Gewaltkriminalität*») destacan como típicos delitos juveniles sobre todo los delitos de lesiones leves, las

delitos de homicidio, asesinato, o delitos sexuales. Tan sólo en el apartado dedicado a la criminalidad violenta («*Gewaltkriminalität*») se ofrecen, dentro del número total de detenidos sospechosos de la comisión de alguno de los mencionados delitos, el porcentaje de detenidos por tramos de edad. En concreto, en el año 2002 y sobre un total de 1.032 detenidos sospechosos por la comisión de un delito de asesinato («*Mord*»), un 0,9 por 100 eran niños menores de catorce años, un 6,3 por 100 jóvenes entre catorce y diecisiete años y un 11,5 por 100 jóvenes semi-adultos entre dieciocho y veinte años. Respecto a las otras dos categorías delictivas, los datos son los siguientes: homicidio («*Totschlag*») y ayuda al suicidio («*Tötung auf Verlangen*»): número total de detenidos: 2.019. Niños menores de catorce años: 0,4 por 100; jóvenes entre catorce y diecisiete años: 6,1 por 100; jóvenes semi-adultos entre dieciocho y veinte años: 10,5 por 100. Violación («*Vergewaltigung*») y coacciones sexuales («*sexuelle Nötigung*»): número total de detenidos: 6.951. Niños menores de catorce años: 1,5 por 100; jóvenes entre catorce y diecisiete años: 10,1 por 100; jóvenes semi-adultos entre dieciocho y veinte años: 9,7 por 100. Ver: PKS 2002, p. 230.

(18) Heinz, DVJJ-Journal 3 (2002), p. 282.

riñas, peleas y la extorsión de otros menores. Por el contrario la estructura de la delincuencia adulta (a partir de los veintiún años) es mucho más variada que en el caso de menores de edad. A medida que aumenta la edad se observa estadísticamente como los delitos de hurto pierden protagonismo. Como dato indicativo cabe decir que en la PKS de 2002 el llamado «hurto en establecimientos comerciales» supuso sólo un 17,15 por 100 del total de infracciones penales cometidas por adultos. En cambio, los delitos en el ámbito empresarial y societario tienen un protagonismo mayor (19).

4. DATOS DE LAS ESTADÍSTICAS POLICIALES EN ESPAÑA

4.1 Evolución de la delincuencia juvenil en España

Analizando las estadísticas policiales españolas (20) respecto a la evolución de la delincuencia juvenil se observa, a partir de los datos facilitados, que, por primera vez desde 1997, se produce una bajada del número total de detenidos menores de dieciocho años (21). Si en el año 2000 fueron detenidos en España un total de 27.117 menores de dieciocho años, dicha cifra baja en el año 2001 en 2,26 por 100 a 26.504 (22).

Considerando la evolución de la delincuencia juvenil por tramos de edad, hay que analizar en primer lugar los menores de catorce años, los

(19) DÖLLING, en: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), 1992, p. 45.

(20) Se analizan aquí las estadísticas policiales recogidas en el Anuario Estadístico del Ministerio del Interior, las cuales pueden ser consultadas vía Internet: www.mir.es/catalogo/catalogo1.htm#peri. En ellas se recogen los datos facilitados por el Cuerpo Nacional de Policía, Guardia Civil y Policía Autónoma Vasca (Ertzaintza), no así los delitos conocidos por la Policía Autónoma Catalana (Mossos d'Esquadra). Para tener un conocimiento más aproximado de la realidad delictiva en España se hace necesario que los datos de los Mossos d'Esquadra se integren dentro del Programa Estadístico del Ministerio del Interior.

(21) Ver Tabla 2 en el Anexo.

(22) Analizando las cifras totales de la delincuencia en España, se observa, a partir de las estadísticas del Ministerio de Interior, un aumento significativo del número de delitos conocidos por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado durante el año 2001. Si en el año 2000 se recogieron por las estadísticas un total de 936.257 delitos y faltas, dicha cifra subió en el año 2001 a un total de 1.029.349, lo cual supone un aumento de casi un 10 por 100. Por lo que hace referencia al número de detenidos, en el año 2000 el número total de detenciones fue de 224.004. Dicha cifra aumenta en el año 2001 un 3,75 por 100, alcanzando una cifra total de detenciones de 232.417.

cuales en virtud del artículo 3 de la Ley Orgánica 5/2000 (23) en relación con el artículo 1 de la Ley Orgánica 5/2000 son penalmente irresponsables. A partir de los datos facilitados por el Ministerio del Interior se observa que la cifra total de menores de catorce años detenidos en el año 2001 es significativamente más baja que en el año anterior. Si el año 2000 fueron detenidos por la policía un total de 2.785 menores de 14 años, dicha cifra disminuye en el año 2001 en un 57 por 100 a un total de 1.199.

Respecto a la franja de edad correspondiente a los menores de entre catorce y diecisiete años, fueron detenidos en el año 2000 un total de 24.332 menores. Sin embargo, en el año 2001 aumenta dicha cifra un 4 por 100 alcanzando un número de 25.305 menores. No obstante hay que hacer en esta franja de edad una distinción según dos tramos de edad concretos. Así, mientras que para el tramo de menores entre catorce y quince años el número de detenidos en el año 2001 sube en un 1,8 por 100 respecto al año anterior (7.722 en el año 2000 y 9.390 en el año 2001), en cambio el número de detenidos correspondientes a la franja de edad entre dieciséis y diecisiete años baja en un 4,2 por 100 (16.610 en el año 2000 frente a 15.915 en el año 2001).

De las cifras presentadas puede deducirse que la mayoría de las acciones delictivas, limitadas a la llamada delincuencia juvenil, son realizadas por menores de entre dieciséis y diecisiete años. Eso significa que en el año 2001 el 60 por 100 de todos los delitos cometidos por menores de dieciocho años eran circunscribibles a la franja de edad de entre dieciséis y diecisiete años.

Dichas cifras suponen que en el año 2001 el porcentaje de menores de dieciocho años detenidos respecto a la cifra total de detenidos es del 11,4 por 100 (24).

4.2 Incidencia

Para determinar la incidencia de la delincuencia juvenil se hace necesario una comparación de ésta con respecto a la «carga delictiva» de los delincuentes adultos (25).

(23) Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en vigor desde el 13 de enero de 2001. Dicha Ley es objeto de análisis en el punto 7 del presente artículo.

(24) Los datos de la PKS alemana correspondientes al año 2002 revelan que el porcentaje de menores de dieciocho años registrados por la policía fue del 18,6 por 100, respecto al número total de sospechosos registrados en ese mismo año.

(25) Para ver el concepto de «carga delictiva», acuñado bajo el nombre de «*Kriminalitätsbelastung*» por la policía alemana, ver nota núm. 10.

Como punto de partida hay que decir que a partir de los datos estadísticos ofrecidos por el Ministerio del Interior se observa cómo la «carga delictiva» de los jóvenes entre catorce y diecisiete años es más alta que la correspondiente de los adultos. En este sentido se muestra un paralelismo con respecto a Alemania por lo que hace referencia a la franja de edad de entre catorce y diecisiete años.

Una vez presentados estos datos de carácter general, no se puede seguir profundizando –como ocurre en el caso de Alemania– en la investigación de la incidencia de la «carga delictiva» de los jóvenes menores de dieciocho años en España con respecto a los delincuentes adultos. La razón es que no se puede utilizar la fórmula que emplea la PKS alemana consistente en calcular el «número de sospechosos incriminados» (el llamado «*Tatverdächtigenbelastungszahl*» TVBZ), poniendo en relación el número de sospechosos investigados con 100.000 personas del grupo de población respectivo (26).

El motivo es evidente: las cifras de la delincuencia en España que recoge anualmente el Ministerio del Interior se basan en los datos facilitados por el Cuerpo Nacional de Policía, la Guardia Civil y la Policía Autonómica Vasca (Ertzaintza), no así los delitos conocidos por la Policía Autonómica Catalana (Mossos d'Esquadra) (27). Por este motivo, las cifras de la delincuencia en España son un tanto sesgadas ya que no recogen datos de una Comunidad Autónoma con una población superior a los 6.000.000 de habitantes. Así, a la hora de poner en relación el número de detenidos por la policía por franjas de edad con 100.000 personas del grupo de población de la misma edad –con la finalidad de determinar, como en el caso de Alemania, el «número de sospechosos incriminados»– no se puede partir del total de la población española (28), ya que, al no incluirse los datos de la Policía Autonómica Catalana, no se pueden incluir los datos sobre población de Catalunya.

Por ello se hace necesario que los datos de los Mossos d'Esquadra se integren lo más pronto posible en las estadísticas sobre delincuencia del Ministerio del Interior para tener, no sólo un conocimiento más aproximado de la realidad delictiva en España, sino también para

(26) Ver el punto 3.2 del presente artículo.

(27) Ver nota núm. 20.

(28) Según los datos del Instituto Nacional de Estadística (INE), la población total en España ascendía a 41.116.882 a 1 de enero de 2001. Sobre la evolución de la población en España ver: Instituto Nacional de Estadística, accesible en Internet en la siguiente dirección: www.ine.es/inebase/cgi/um.

profundizar sobre la incidencia de la delincuencia juvenil con respecto a la población española.

A pesar de las dificultades comentadas arriba, cabe decir que a partir de las estadísticas policiales existentes se observa cómo la «carga delictiva» va disminuyendo a medida que aumenta la edad de las personas registradas por la policía (29).

Desde el punto de vista cuantitativo y partiendo de los datos ofrecidos por el Ministerio del Interior referentes al año 2001, la delincuencia en España se reparte en los distintos grupos de edad de la manera siguiente: niños menores de catorce años: 0,51 por 100; jóvenes entre catorce y diecisiete años: 10,88 por 100; adultos a partir de dieciocho años: 88,59 por 100 (30).

4.3 Características

Si se acude a analizar las características de la delincuencia juvenil en España, se puede hacer prácticamente una remisión al análisis hecho más arriba con respecto a la delincuencia juvenil en Alemania. Los conocimientos criminológicos sobre la *ubicuidad* y la *normalidad* de la criminalidad juvenil así como su carácter *episódico* y de *bagatela* pueden predicarse prácticamente en toda su extensión para la delincuencia juvenil en España (31).

Tras la confrontación de los datos estadísticos oficiales sobre delincuencia juvenil con las investigaciones criminológicas en el ámbito de la «cifra negra» (32) de la criminalidad, puede concluirse que la comisión de hechos delictivos por parte de menores de dieciocho años supone una conducta generalizada en la sociedad española. Con ello se corrobora la tesis sobre la *ubicuidad* y la *normalidad* de la delincuencia juvenil. Para ilustrar esta afirmación existe en España una investigación criminológica en el ámbito de la delincuencia juvenil, la cual tiene por objetivo determinar la «cifra negra» de la delincuencia de menores.

(29) No obstante, al igual que se indicó respecto a la incidencia de la *Jugendkriminalität* en Alemania, no se puede olvidar el hecho que la proporción de adultos (en el caso español a partir de dieciocho años) en el total de la población española es mayor que en el caso de jóvenes menores de dieciocho años. Por ello, no debe llevar a un alarmismo esa mayor carga delictiva de los menores de dieciocho años, especialmente del grupo de entre catorce y diecisiete años.

(30) Cifras relativas al número total de sospechosos investigados por la policía y registrados en las estadísticas del Ministerio del Interior.

(31) GARCÍA PÉREZ, Revista de Derecho Penal y Criminología 3 (1999), pp. 35 y ss.

(32) Sobre el concepto de «cifra negra» ver nota núm. 6.

Mediante la utilización del método de investigación del autoinforme y a partir de la confección previa de un cuestionario se llevaron a cabo en el año 1992 un total de 2.100 encuestas a menores entre catorce y diecisiete años en varias ciudades españolas. Tras valorar los datos obtenidos pudo comprobarse que un 81,1 por 100 de los menores entrevistados admitieron haber cometido alguna vez algún hecho delictivo (33).

Con los datos presentados se confirma que la adolescencia supone una etapa difícil en el desarrollo humano que produce un gran número de conductas conflictivas. No obstante, en la mayoría de los casos estas conductas conflictivas presentan una lesividad escasa ya que las infracciones contra la propiedad y el patrimonio suelen ser las más numerosas y las más cometidas por los jóvenes.

Por último hay que señalar que la delincuencia juvenil en España, al igual que en Alemania, se caracteriza por la comisión de hechos delictivos en grupos. Como ya se señaló en el caso de Alemania, el llamado *peer-group* desempeña un papel fundamental como instancia de socialización durante la etapa de la adolescencia. Es durante esta etapa cuando la influencia y aceptación de los amigos y compañeros de la misma edad suele ser más importante para los menores y adolescentes que la que pueden ejercer los padres en casa u otras instancias socializadoras como la escuela.

En este sentido se observa cómo últimamente una parte importante de la delincuencia juvenil en España recae de un modo «estructural» en bandas juveniles. Así se resalta por algunas Fiscalías el hecho de que en los últimos años se ha producido un aumento de hechos delictivos con un componente «violento» importante (por ejemplo, robos o extorsiones con empleo de violencia, riñas o peleas entre bandas rivales, ataques a indigentes, etc.), cometidos sobre todo por pequeños grupos de adolescentes compuestos por tres o cuatro miembros. En los casos de robo o extorsión las víctimas suelen ser mayoritariamente menores de la misma edad (34).

4.4 Estructura

Al igual que se vio anteriormente en los datos correspondientes a la PKS alemana, la delincuencia juvenil en España se caracteriza por

(33) Ver: RECHEA, y otros: *La delincuencia juvenil en España. Autoinforme de los jóvenes*, Universidad de Castilla-La Mancha/Ministerio del Interior, Madrid, 1995, p. 37.

(34) Ver: *Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 1999*, p. 350; de URBANO CASTRILLO, 2001, p. 11.

el predominio de delitos contra el patrimonio. De los datos correspondientes a las estadísticas policiales se observa una considerable participación de los menores en esta tipología delictiva (35).

Analizando los datos estadísticos sobre delincuencia juvenil correspondientes al año 2001 se observa como el mayor número de menores detenidos se produce por el delito de «sustracción de vehículos» con una cifra total de 5.522 menores, seguido por los «robos con fuerza en las cosas» con un total de 4.923 detenidos menores de dieciocho años (36). Si a estas cifras les añadimos el número de detenidos por otras infracciones contra el patrimonio, entre ellos los «tirones», los «hurtos» y los «robos en interior de vehículos», nos encontramos con un total de 16.615 detenidos menores de dieciocho años, lo cual representa el 62,68 por 100 del total (26.504).

Por lo que hace referencia a la llamada criminalidad violenta de los menores de edad, la cual es utilizada tanto por la mayoría de la opinión pública como por sectores políticos para pedir un endurecimiento del Derecho penal juvenil, hay que decir que a partir del análisis de los datos estadísticos, aquélla supone sólo un pequeño porcentaje del total de las infracciones penales cometidas por menores de dieciocho años (37). Para demostrar esta afirmación se van a analizar a continuación los datos estadísticos sobre delincuencia juvenil en el año 2001 respecto a infracciones cometidas por menores de dieciocho años en las que aparece la violencia en su comisión. En concreto, los tipos delictivos que se van a analizar son aquellos en los que habitualmente se encuadran dentro de la arriba mencionada criminalidad violenta: «homicidio y asesinato», «lesiones», «delitos contra la libertad sexual» y «robos con violencia o intimidación» (38).

(35) Según los datos ofrecidos por el Ministerio del Interior, un 87,1 por 100 del total de los delitos conocidos por la policía en el año 2001 eran delitos contra el patrimonio. Ver: *Anuario Estadístico del Ministerio del Interior*, 2001, Tabla 17. Según la Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente a ese mismo año los delitos contra el patrimonio y los delitos socioeconómicos supusieron alrededor del 65 por 100 del total de las causas abiertas.

(36) Ver: *Anuario Estadístico del Ministerio de Interior*, 2001, Tabla 42.

(37) Como dato de partida hay que decir que, según los datos estadísticos del Ministerio del Interior, en el año 2001 un 5,9 por 100 del total de detenidos en ese año lo fue por un delito contra las personas, mientras que un 1,83 por 100 lo fue por delitos contra la libertad sexual. Ver: *Anuario Estadístico del Ministerio del Interior*, 2001, Tabla 17.

(38) Una evolución de la criminalidad juvenil violenta a partir de los datos estadísticos del Ministerio del Interior la ofrece un estudio realizado por el Centro Reina Sofía para el Estudio de la Violencia, el cual puede consultarse en Internet: www.gva.es/violencia.

En el año 2001, el número de menores de dieciocho años detenidos por la comisión de un delito de homicidio o asesinato fue de 60. Dicha cifra supone una disminución respecto al número de detenciones producidas en el año 2000, que fue de 79.

Por lo que hace referencia al delito de lesiones se observa también una disminución del número de menores detenidos en el año 2001. Si en el año 2000 se produjeron un total de 1.064 detenciones por un delito de lesiones, dicha cifra baja a un total de 899 en el año 2001.

Analizando el número de menores detenidos por delitos contra la libertad sexual, la disminución del número de detenciones entre los años 2000 y 2001 es también manifiesta: si fueron detenidos en el año 2000 un total de 347 menores, dicha cifra baja hasta los 284 en el año 2001.

Por último, haciendo referencia al tipo delictivo de robo con violencia e intimidación, también se desprende de los datos estadísticos del Ministerio del Interior una disminución del número de detenidos menores de dieciocho años. Frente a un total de 4.312 menores detenidos en el año 2000, dicha cifra baja a los 4.219 en el año 2001.

Como se desprende de los datos estadísticos presentados, la figura delictiva dominante dentro de la llamada criminalidad violenta es el «robo con violencia o intimidación», lo cual supone que en el año 2001 en torno al 77 por 100 del total de menores de dieciocho años detenidos por delitos violentos lo fue por ese tipo delictivo.

Si se suma el número total de menores de dieciocho años detenidos en el año 2001 por actos en los que incurren violencia contra las personas, la cifra total es de 5.462. Éstos representan tan sólo el 20,6 por 100 del total de menores detenidos por la policía en ese mismo año. Este porcentaje se reduce considerablemente si se excluye la tipología de «robos con violencia o intimidación», en los que, aunque se utilice la violencia, el bien jurídico protegido es, en la mayoría de los casos, el patrimonio. El resultado excluyendo este tipo delictivo es de solamente el 4,68 por 100 del total (39).

Respecto a los delitos contra la salud pública (estupefacientes), el porcentaje de menores detenidos por la policía respecto de la cifra total de detenciones es relativamente baja: en el año 2001 fueron detenidos un total de 696 menores de dieciocho años, lo cual supone un porcentaje del 3 por 100 del total de menores detenidos (40).

(39) Respecto a los delitos pertenecientes a la llamada criminalidad violenta, el porcentaje de detenidos en relación a la delincuencia total en el año 2001 fue el siguiente: homicidio/asesinato: 0,22 por 100; lesiones: 3,39 por 100; delitos contra la libertad sexual: 1,07 por 100; robo con violencia o intimidación: 15,91 por 100.

(40) De las estadísticas policiales se desprende un aumento cuantitativo del número de detenciones por esta tipología delictiva según va aumentando la edad de

De los datos arriba presentados puede concluirse que los delitos contra la propiedad y el patrimonio ocupan un lugar preponderante dentro de la delincuencia de los menores de edad en España. A diferencia de la estructura de la criminalidad adulta, los menores de dieciocho años están sobrerrepresentados en las estadísticas oficiales en relación con esta tipología delictiva (41). En cambio, la criminalidad de adultos es, por lo que hace referencia a sus formas de aparición, mucho más variada, menos visible y consiguientemente más difícil de controlar. Junto a los delitos violentos en todas sus formas pertenecen a los delitos cometidos por adultos todo el espectro de la delincuencia de carácter económico, medioambiental y el crimen organizado.

En definitiva puede decirse que la delincuencia juvenil se caracteriza, en la mayoría de los casos, por la comisión de delitos de mediana o baja intensidad y sólo en un número proporcionalmente pequeño por la comisión de delitos graves. Aunque actualmente se habla de una progresiva conducta violenta de los menores de edad a partir de hechos espectaculares de carácter aislado, hay que decir que la delincuencia juvenil en España tiene en la mayoría de los casos un carácter de bagatela. Esta afirmación es refrendada cada año tanto por los datos estadísticos del Ministerio del Interior como por las investigaciones criminológicas en torno a la «cifra negra» de la delincuencia.

5. EXCURSO: LOS LLAMADOS DELINCUENTES DE GRAN INTENSIDAD COMO GRUPO PROBLEMÁTICO ESPECÍFICO

Como tendencia general tanto en Alemania como en España se percibe en la actualidad como el Derecho penal dirige progresivamente su atención a determinados grupos delictivos problemáticos, entre los que destacan los llamados «delincuentes de gran intensidad» («*Intensivtäter*», en la terminología criminológica alemana) (42). Para ellos puede decirse que en ambos países sopla el viento en contra.

los menores. Así, en el año 2001 fueron un total de 2.269 los jóvenes de entre dieciocho y veinte años detenidos por un delito contra la salud pública, cifra que supone un 6 por 100 del total de detenciones de esa franja de edad. Ver: Anuario Estadístico del Ministerio del Interior, 2001, Tabla 42.

(41) SERRANO MAÍLLO, Revista de Derecho Penal y Criminología, 1995, p. 786 y ss.

(42) En este sentido suelen ser definidos por la policía alemana como «delincuentes de gran intensidad» («*Intensivtäter*») aquellas personas las cuales han cometido más de cinco delitos en el transcurso de un año.

Por lo que hace referencia a la delincuencia juvenil en Alemania, puede afirmarse a partir de los datos policiales de la PKS que existe una minoría de jóvenes los cuales de forma continuada realizan acciones delictivas. Este pequeño grupo de «delincuentes crónicos» son responsables de una gran parte de los hechos delictivos registrados a delincuentes juveniles. En Alemania se cifra en un 5 por 100 el porcentaje de esos «delincuentes de gran intensidad» con respecto a la totalidad de sospechosos registrados en las estadísticas policiales.

En investigaciones realizadas en el extranjero se ha demostrado que un porcentaje de entre el 6 y el 8 por 100 de menores delincuentes cometen entre el 40 y el 60 por 100 de la totalidad de delitos de ese grupo de edad que son oficialmente conocidos (43).

De los datos estadísticos policiales en España no puede determinarse el volumen de la delincuencia que recae en dicha tipología de «delincuentes crónicos». No obstante, estudios criminológicos han demostrado a través de distintos estudios la existencia de un pequeño «núcleo duro» de delincuentes responsables de un gran número de delitos.

En general puede decirse que en la mayoría de los casos la situación de esos menores multirreincidentes está caracterizada por déficits sociales e individuales evidentes, manifestándose un alto grado de discriminación social y problemática familiar, estando por ello expuestos a altos factores psicológicos de riesgo. Todos estos aspectos pueden agravarse como consecuencia de reacciones formales por parte del sistema de justicia penal

Como característica común tanto en Alemania como en España respecto a estos «delincuentes de gran intensidad» puede afirmarse que este grupo demuestra mediante sus actividades una palpable «inmunidad» respecto al catálogo de sanciones previstas en la legislación penal juvenil. Como consecuencia de ello, este grupo de jóvenes supone el mayor reto para la administración de justicia penal juvenil, ya que las sanciones previstas en la Ley no «estimulan» la finalización de sus conductas delictivas. Con respecto a este grupo de «delincuentes de gran intensidad» no puede hablarse de una conducta delictiva de tipo ubicuo o episódico. Más bien se realiza por esta minoría de jóvenes un gran volumen delictivo que lleva a una clara necesidad de protección de la sociedad.

(43) *Heinz*, DVJJ-Journal 3 (2002), p. 284.

6. NATURALEZA DE LA *JUGENDGERICHTSGESETZ* ALEMANA (JGG DE 4 DE AGOSTO DE 1953)

El Derecho penal juvenil regulado en la *Jugendgerichtsgesetz* (JGG) alemana se concibe –al contrario que el Derecho penal general– como un Derecho penal de autor de carácter eminentemente educativo. Ya de por sí el concepto de «Derecho penal educativo» («*Erziehungsstrafrecht*») muestra un cierto carácter ambiguo desde el punto de vista sintáctico, ya que en el mismo aparecen unidos dos conceptos en sí antagónicos: «educación» y «pena».

Ya desde las primeras décadas del siglo xx el Derecho penal juvenil alemán ha estado marcado por el convencimiento de que los delincuentes juveniles no podían compararse con los delincuentes adultos. Aquéllos debían de ser sobre todo educados, no penados. De esta concepción base se derivó el concepto de Derecho penal de autor y de carácter educativo. Ambos conceptos marcan de un modo decisivo la actual Ley penal juvenil alemana.

La regulación en la JGG de, por un lado, «medidas educativas» («*Erziehungsmaßregeln*») (§ 9 JGG) y de la pena juvenil («*Jugendstrafe*») (§ 17 JGG) por otro, como posibles reacciones a la comisión de un hecho delictivo por parte de un menor, lleva en principio a una «tensa relación» entre los conceptos de «pena» y «educación», en referencia a la cuestión de cuál de los dos principios marca la naturaleza de la Ley. Esa relación entre educación y pena se ha resuelto mediante un compromiso, el cual tiene como contenido esencial el hecho de que no es el pensamiento expiativo («*Sühnegedanke*») sino el pensamiento educativo («*Erziehungsgedanke*») el que debe dominar en el Derecho penal juvenil. Así este «*Erziehungsgedanke*» desplaza el Derecho penal puramente retributivo.

En el momento en que se determina la comisión de un hecho delictivo por parte de un menor de edad, la sanción *penal* correspondiente –el Derecho penal juvenil es en todo caso Derecho penal, ya que la imposición de una sanción (educativa) concreta presupone en todo caso la comisión de un hecho delictivo– se determina, no sólo en base al hecho cometido, sino en primer lugar en base a la personalidad del menor. Cabe así hablar de un Derecho penal de autor («*Täterstrafrecht*»). Frente a esta concepción, en el Derecho penal de adultos prima a la hora de imponer una sanción sobre todo la gravedad del hecho cometido así como el mantenimiento del ordenamiento jurídico (Derecho penal por el hecho, *Tatstrafrecht*).

Como puede deducirse de un gran número de disposiciones de la JGG, el Derecho penal juvenil en Alemania se concibe ante todo como un Derecho penal educativo («*Erziehungsstrafrecht*»). El pensamiento educativo se refleja en el § 5 JGG de un modo significativo y en cierto modo definidor de las posteriores disposiciones de la JGG: respecto a las consecuencias jurídicas aplicables al hecho delictivo cometido por un menor se diferencia entre «medidas educativas» («*Erziehungsmassregeln*») y «medios coercitivos» («*Zuchtmittel*») por un lado, y la «pena juvenil» («*Jugendstrafe*»), por otro. Las dos primeras sanciones no se conciben como estrictas penas, mientras que la *Jugendstrafe* se presenta como una verdadera pena (44). Según el § 5 JGG, en el cual se pone de manifiesto el principio de subsidiariedad, las «medidas educativas» deben sustituir en lo posible a los «medios coercitivos» y a la «pena juvenil» (45).

La educación se concibe así como el pensamiento dominante en el Derecho penal juvenil alemán (46).

El pensamiento educativo no sólo está plasmado en Derecho penal juvenil material, sino también en las normas sobre la organización de los tribunales juveniles, en todo el Derecho procesal penal de menores, así como en las disposiciones relativas a la ejecución de las sanciones.

La finalidad de ese Derecho penal de carácter educativo es la llamada en Alemania «confirmación legal» («*Legalbewährung*») del menor delincuente, es decir, el preservar al mismo de la comisión de ulteriores hechos delictivos. Además el Derecho penal educativo debe de estar dirigido a la resocialización del menor.

Este espíritu educativo que definía al Derecho penal juvenil alemán regulado en la JGG ha sido en los últimos años objeto de crítica a partir de los datos estadísticos que apuntan a un incremento de la

(44) No obstante esta consideración, establece el párrafo segundo del § 17 JGG que la pena juvenil debe de ser determinada de modo que pueda producirse el «efecto educativo requerido».

(45) En concreto el § 5 JGG viene redactado de la siguiente manera: párrafo 1: «Con motivo de un hecho delictivo por parte de un joven pueden ser ordenadas medidas educativas». Párrafo 2: «El hecho delictivo de un joven se castigará con medios coercitivos o con pena juvenil, cuando las medidas educativas no sean suficientes».

(46) El Proyecto del Gobierno alemán («*Regierungsentwurf*») del año 1989 para modificar la JGG se pronuncia respecto al pensamiento educativo en la JGG en los siguientes términos: «El Derecho penal juvenil atribuye a la educación una significación especial, ya que los hechos delictivos cometidos por personas jóvenes están mayoritariamente condicionados por su desarrollo, siendo el resultado de situaciones de conflicto correspondientes a su edad. Por este motivo, la Ley penal juvenil vigente prescribe ante todo reacciones educativas».

delincuencia juvenil. Junto a este aspecto de carácter estrictamente cuantitativo se alude también a hechos aislados de violencia juvenil, los cuales han sido destacados por los medios de comunicación (47). Como consecuencia de estas apreciaciones han aumentado las voces que reclaman la supresión del pensamiento educativo de la JGG, al que consideran como inefectivo para hacer frente a la delincuencia juvenil, reclamando poner en un primer plano finalidades estrictamente represivas así como la protección de la sociedad frente a esta «malvada juventud» (48). A esta situación ya se ha hecho referencia en el apartado 2 del presente artículo.

7. NATURALEZA JURÍDICA DE LA LEY ORGÁNICA 5/2000, DE 12 DE ENERO, REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES

La arriba mencionada «tensa relación» entre los conceptos de «educación» y «pena» («*Erziehung*» y «*Strafe*») relativa a la cuestión de cual de los dos principios marca la naturaleza de la *Jugendgerichtsgesetz* alemana, no puede ser objeto de un mismo análisis por lo que hace referencia al Derecho penal juvenil español. La razón hay que buscarla por un lado en la disparidad manifiesta entre los dos sistemas –el alemán y el español– de justicia penal juvenil. Por otro lado, y ligado con el aspecto anterior, hay que considerar también el distinto desarrollo legislativo del Derecho penal juvenil acaecido en ambos países.

No obstante este aspecto previo, hay que decir en principio que el Derecho penal juvenil en España instaurado con la Ley Orgánica 5/2000 hay que concebirlo como un Derecho penal de autor y un Derecho penal de carácter educativo.

Aunque el hecho delictivo es la condición fundamental para que se produzca una intervención en base a la Ley Orgánica 5/2000, no debe dejarse de lado que tanto el Derecho penal juvenil material como

(47) Baste señalar como ejemplo los hechos ocurridos en la ciudad alemana de Erfurt el 26 de abril de 2002, donde un antiguo alumno de diecinueve años de un centro de enseñanza secundaria asesinó disparando a 16 personas (la mayoría de ellos profesores) para posteriormente quitarse la vida.

(48) En este sentido es definitorio de esta postura un artículo publicado en el diario «*Die Welt*», en la edición del día 7 de julio de 1998 bajo el título «*Wo der Erziehungsgedanke an seine Grenzen stößt*» [«Donde el pensamiento educativo topa con sus (propios) límites»].

formal está dominado por la personalidad del joven delincuente. En el caso de que un menor de dieciocho años haya cometido un delito, la correspondiente reacción punitiva del Estado dirigida al menor infractor es determinada, no tanto por el hecho en sí, sino más bien por la personalidad del menor (49). En este sentido hay que hablar –al contrario de lo que sucede en el Derecho penal de adultos, donde el hecho cometido es la base fundamental y exclusiva para una intervención de carácter penal– de un Derecho penal de autor en justicia juvenil.

Por otro lado, las medidas previstas en la Ley Orgánica 5/2000 tienen como objetivo posibilitar una «intervención educativa» (50) con la que sobre todo se intenta tener en cuenta los intereses educativos del menor infractor. Por esta razón, debe de tenerse en cuenta para la determinación de una medida concreta, no sólo la gravedad del hecho sino sobre todo la situación personal, familiar, escolar, en definitiva, social, del menor infractor. De este modo, dichas medidas no tienen un carácter represivo, sino preventivo especial, adquiriendo así una especial intensidad el aspecto sancionador-educativo. Estas medidas están orientadas a la resocialización del joven delincuente y a la prevención de la comisión de nuevos delitos (51).

El concepto de «educación» no aparece en la Ley Orgánica 5/2000 con la misma intensidad que en la *Jugendgerichtsgesetz* alemana. Tan sólo se alude en la Exposición de Motivos de la Ley al llamado «superior interés del menor», principio que marca no sólo las medidas a imponer al menor infractor sino también el proceso a seguir ante los Tribunales de menores al igual que las disposiciones relativas a la ejecución de las medidas. Este aspecto del «superior interés del menor» aparece de modo inequívoco en algunas disposiciones de la Ley Orgánica 5/2000, como el artículo 6, el cual regula la actividad del Ministerio Fiscal o el artículo 7, párrafo tercero, el cual determina los criterios que el Juez de Menores debe de tener en cuenta a la hora de elegir la medida más conveniente para el menor.

No obstante lo explicado, en los últimos tiempos se observa también en España como se pone en duda ese pensamiento educativo acu-

(49) Este aspecto es expresado con claridad meridiana en el párrafo 3 del artículo 7 de la Ley Orgánica 5/2000: «Para la elección de la medida o medidas adecuadas (...), se deberá atender de un modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor (...).»

(50) Aspecto señalado expresamente en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2000.

(51) El aspecto de la resocialización está previsto también por el legislador constitucional en el artículo 25, párrafo segundo, de la Constitución.

ñado por el legislador de la Ley Orgánica 5/2000. Tal y como se explicó en el punto 2 del presente artículo, el aumento en España en los últimos años de la delincuencia de menores en general y de los casos de violencia juvenil en particular ha dado pie a que determinados círculos políticos así como gran parte de la opinión pública aboguen por una protección mayor de la sociedad y por ende por un tratamiento más severo con respecto a esos jóvenes criminales. Con ello se pretende colocar en un segundo plano esa pretendida «intervención educativa», propugnada por la Ley Orgánica 5/2000, dando por el contrario protagonismo a finalidades exclusivamente represivas. Un claro ejemplo de esta postura son las modificaciones producidas de la Ley Orgánica 5/2000 mediante la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, en el marco de los delitos de terrorismo. Con estas modificaciones no puede hablarse ya de un Derecho penal juvenil con un carácter eminentemente preventivo-especial en base a aquel «superior interés del menor», sino más bien de un Derecho penal juvenil en el que domina la represión por el hecho cometido, la intimidación, la defensa social y, en definitiva, aspectos de prevención general.

8. RESULTADO DE ANÁLISIS. UNA TOMA DE POSICIÓN

Tal y como se apuntó al principio de este artículo, se está produciendo en la actualidad un vivo debate social sobre la delincuencia en general y sobre la violencia juvenil en particular. Sobre ese trasfondo, parece inevitable que se vislumbre una progresiva politización de la política criminal, de la cual no es ajena todo el Derecho penal juvenil, alemán y español. La política criminal se reduce a ámbitos de estricta política penal. Ante esas tendencias se hace necesario una toma de posición tanto de la doctrina jurídico-penal como de los profesionales en la materia, llevando al discurso público sus conocimientos con el fin de contribuir en cierta medida a contener las voces que claman un endurecimiento de las respuestas del Estado a la delincuencia.

En este sentido y tras el análisis criminológico-jurídico realizado, es ahora el momento de tomar posición con respecto a si parece necesario o no un endurecimiento del Derecho penal juvenil.

Según la opinión defendida en el presente artículo, hay que rechazar las voces que exigen un endurecimiento del Derecho penal juvenil. La valoración subjetiva que se tiene del estado de la delincuencia juvenil está en una clara contradicción con su realidad objetiva. Exceptuando casos aislados espectaculares, los cuales sirven de caldo

de cultivo para exigir un endurecimiento en el trato de jóvenes delincuentes, hay que decir que, partiendo de los estudios criminológicos en la materia, la mayor parte de la delincuencia juvenil tanto en Alemania como en España se caracteriza por ser un fenómeno normal, ubicuo, episódico y mayoritariamente con un carácter de bagatela. Si se tiene en cuenta su carácter de bagatela –como se ha visto anteriormente, la mayoría de los hechos delictivos cometidos por menores se encuadran dentro de los delitos contra la propiedad y/o el patrimonio– y su aparición puntual en la fase de desarrollo vital y social de los jóvenes, hay que concluir afirmando que no existe ningún motivo para dramatizar la delincuencia juvenil. Como han demostrado numerosos estudios empíricos –sobre todo en Alemania– la delincuencia juvenil no supone en la mayoría de los casos el primer paso conducente a la consolidación futura de una carrera criminal.

La delincuencia juvenil debe de ser considerada como un problema social, el cuál debe abordarse preferentemente desde un punto de vista social y no ser combatido exclusivamente con medios penales. El reaccionar a la delincuencia juvenil mediante un mayor castigo puede dar lugar a consolidar el problema de fondo, contribuyendo a afianzar la espiral de criminalidad. En este sentido, el Derecho penal, considerado como *ultima ratio*, no debe de degenerar en «taller de reparación» de una mala política económica, social, cultural o medioambiental. Los déficits sociales o las situaciones de privación a la que están sometidos una parte importante de los menores no pueden ser eliminadas sólo con los medios del Derecho penal. El Derecho penal no soluciona problemas sociales.

Para abordar socialmente la delincuencia juvenil deben de crearse en primer lugar las condiciones necesarias para poder así reaccionar adecuadamente a los síntomas y causas de ésta. Entre estas condiciones cabe señalar, por ejemplo, la creación de empleo juvenil, la ampliación de ofertas educativas para jóvenes y el fomento de posibilidades –idóneas– de ocupación del tiempo libre por parte de los jóvenes. Todos estos aspectos pueden conducir a reducir las condiciones de riesgo que se presentan para gran parte de los menores y jóvenes (52).

(52) En parecidos términos se ha pronunciado el gobierno socialdemócrata alemán (SPD) en el Primer Informe Periódico de Seguridad («*Erster Periodischer Sicherheitsbericht*») publicado en el año 2001. En el mismo se defiende un cambio de rumbo en la política criminal en torno a la delincuencia, poniendo énfasis en la prevención primaria y secundaria, en los siguientes términos: «En la Criminología se ha impuesto desde hace tiempo la creencia que la criminalidad no puede ser combatida y reducida sólo con medios represivos. Para la protección de la población de la crimi-

Sin negar la gravedad de algunos hechos cometidos en los últimos tiempos por menores de edad, deben no obstante éstos ser vistos como menores y consiguientemente tratados por el sistema de justicia penal teniendo en cuenta la edad en que se encuentran. Esta apreciación parece difícil que se pueda llevar a la práctica cuando un menor es condenado a una pena de internamiento de diez años e incluso –como algunos reclaman– superior, independientemente de cómo se organice «educativamente» ese internamiento.

En relación con lo anterior, es conveniente mantener el pensamiento educativo como principio rector del Derecho penal juvenil. Las medidas educativas deben así tener preferencia a la hora de responder a un hecho delictivo por parte de un menor. No obstante hay que decir que no puede predicarse una consideración exclusiva de la «educación» como medio y fin del Derecho penal. En este sentido, la experiencia ha demostrado y sigue demostrando que en determinadas formas de aparición de la delincuencia juvenil la educación no puede ser separada del aspecto punitivo.

En relación a esto se hace necesario hacer de nuevo referencia a ese grupo de «delincuentes de gran intensidad», analizados en el punto 5 de este artículo. Para este pequeño grupo de delincuentes multireincidentes, los cuales en determinados casos pueden incluso llegar a presentar una amenaza para la sociedad, al no ser posible abordar sus conductas con simples medidas de carácter socioeducativo, se hace necesario acudir a medidas de carácter más drástico. Sin embargo, con ello no debe tratarse sencillamente de encerrar o desechar a estos menores (53), sino ante todo de educar y recuperar. La reacción al hecho delictivo cometido por el menor debe de estructurarse de tal modo que su integración en la sociedad sea impulsada lo mejor posible (54).

nalidad, la prevención juega un papel fundamental (...) Por este motivo el gobierno federal atribuye gran valor al fortalecimiento de la prevención criminal en todos los ámbitos delictivos (...). El gobierno federal defiende el punto de vista de que una mejora a largo plazo de las condiciones de seguridad sólo puede producirse cuando se creen las condiciones sociales que abran perspectivas al individuo y que fortalezcan la conciencia jurídica y moral de la generalidad». Ver: *Erster Periodischer Sicherheitsbericht* 2001, pp. 601 y ss., accesible en Internet en la siguiente dirección: www.uni-konstanz.de/rtf/ki/psb-2001.htm.

(53) Según afirma HEINZ, DVJJ-Journal, 1(1999), p. 18, de un modo lapidario, el régimen penitenciario no debe de ningún modo considerarse como «un cubo de desperdicios destinados al desecho de basura humana».

(54) DÖLLING, en: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), 1992, p. 56.

En particular, tanto para las formas más graves de delincuencia juvenil, así como para los casos de continua reincidencia, debe considerarse necesarias reacciones de carácter penal, no sólo en interés de la víctima y de la seguridad general, sino también como medio para impedir la consolidación de carreras criminales entre los jóvenes.

Las voces, no obstante, que piden una supresión del pensamiento educativo en el Derecho penal juvenil, deben considerarse como desacertadas.

Como conclusión puede decirse que sin duda parece conveniente —e incluso necesario— un desarrollo progresivo del Derecho penal juvenil español. Un endurecimiento está por el contrario fuera de lugar. Las posibilidades sancionadoras existentes en la Ley Orgánica 5/2000 en la actualidad, que en algunos casos pueden —como se ha visto— consistir en un internamiento en régimen cerrado con una duración de hasta diez años, son suficientes para reaccionar adecuadamente a un hecho delictivo cometido por un menor. No hay que olvidar en este sentido que, a pesar de que el sistema de justicia juvenil recogido en la Ley Orgánica 5/2000 actúe en beneficio e interés del menor y que la principal preocupación sea la de reeducar y reintegrar al menor y al joven en la sociedad mediante medidas de tipo educativo, asistencial y terapéutico, en realidad, dichas medidas tienen un carácter coactivo, en el sentido de que son una respuesta a la conducta delictiva de un menor. En este sentido no se diferencian en nada de las penas, sobre todo si se tiene en cuenta el hecho que las medidas contenidas en el artículo 7 Ley Orgánica 5/2000 pueden llegar a consistir en un internamiento prolongado en régimen cerrado.

La delincuencia juvenil es esencialmente «un fenómeno normal en el camino hacia el mundo adulto» (55).

(55) RÖSSNER, DIETER: «Erziehungsgedanke und Systematik des Jugendgerichtsgesetzes», en: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), *Grundfragen des Jugendkriminalrechts und seiner Neuregelung*, 2. Kölner-Symposium, Bonn, 1992, p. 352.

Anexo

Tabla 1

EVOLUCIÓN DE LA DELINCUENCIA JUVENIL POR GRUPOS DE EDAD EN ALEMANIA (1995-2002)

AÑOS	Niños menores de 14 años	Jóvenes entre 14 y 17 años	Semi-adultos entre 18 y 20 años	Cifra total
1995	116.619	254.329	207.136	578.084
1996	131.010	277.479	219.928	628.417
1997	144.260	292.518	226.279	663.057
1998	152.774	302.413	237.073	692.260
1999	150.626	296.781	240.109	687.516
2000	145.834	294.467	247.586	687.887
2001	143.045	298.983	246.713	688.741
2002	134.545	297.881	245.761	678.187

[Fuente: Bundeskriminalamt (Hrsg.): Polizeiliche Kriminalstatistik]

Tabla 2

EVOLUCIÓN DE LA DELINCUENCIA JUVENIL POR GRUPOS DE EDAD EN ESPAÑA (1995-2001)

AÑOS	Niños menores de 14 años	Jóvenes entre 14 y 17 años	Semi-adultos entre 18 y 20 años	Cifra total
1995	3.303	5.095	12.831	21.229
1996	3.663	5.163	13.123	21.949
1997	3.052	4.587	11.398	19.037
1998	3.685	6.027	13.489	23.201
1999	3.885	7.040	14.931	25.856
2000	2.785	7.722	16.610	27.117
2001	1.199	9.390	15.915	26.504

(Fuente: Ministerio del Interior. Centro Reina Sofía para el Estudio de la Violencia. Publicado en Internet: www.gva.es/violencia.)

BIBLIOGRAFÍA

- BOERS, Klaus, «Jugend und Gewalt. Entwicklungen und Erklärungen seit der Wende», *Neue Kriminalpolitik* 3 (2000), pp. 7 y ss.
- BUNDESKRIMINALAMT (Hrsg.), *Polizeiliche Kriminalstatistik für das Jahr 2002*, Wiesbaden 2003. Publicada en Internet en la dirección: www.bka.de.
- BUNDESMINISTERIUM DES INNERN; BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ (Hrsg.), *Erster Periodischer Sicherheitsbericht*, Berlin 2001. Publicado en Internet en la dirección: www.uni-konstanz.de/rtf/ki/psb-2001.htm.
- CLAGES, Horst, «Diversion im Jugendstrafrecht», *Kriminalistik* 49 (1995), pp. 607 y ss.
- DÖLLING, Dieter, «Die Bedeutung der Jugendkriminalität im Verhältnis zur Erwachsenenkriminalität», en: Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), *Grundfragen des Jugendkriminalrechts und seiner Neuregelung*, Bonn 1992, pp. 38 y ss.
- HEINZ, Wolfgang, «Diversion im Jugendstrafrecht und im allgemeinen Strafrecht», *DVJJ-Journal* 1 (1999), pp. 11 y ss.
- *Entwicklung der Kriminalität junger Menschen – Anlass für eine Verschärfung des Jugendstrafrechts?*, *DVJJ-Journal* 3 (2002), pp. 277 y ss.
- JEHLE, Jörg-Martin, «Plädoyer für bessere Kriminalstatistiken», *Neue Kriminalpolitik* 2 (1994), pp. 22 y ss.
- PFEIFFER, Christian; WETZELS, Peter, «Die Explosion des Verbrechens? Zu Mißbrauch und Fehlinterpretation der polizeilichen Kriminalstatistik», *Neue Kriminalpolitik* 2 (1994), pp. 32 y ss.
- RÖSSNER, Dieter, «Erziehungsgedanke und Systematik des Jugendgerichtsgesetzes», en: *Bundesministerium der Justiz (Hrsg.), Grundfragen des Jugendkriminalrechts und seiner Neuregelung*, 2. Kölner Symposium, Bonn 1992, pp. 344 y ss.
- CENTRO REINA SOFÍA PARA EL ESTUDIO DE LA VIOLENCIA, *Delincuencia juvenil en España* (Estadísticas). Publicada en Internet en la dirección: www.gva.es/violencia
- DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, *Estudio preliminar*, en: *Legislación sobre la Responsabilidad Penal de los Menores*, Aranzadi Legislación, Elcano (Navarra) 2001.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (Ed.), *Memoria del año 1999*, Madrid 2000, — (Ed.), *Memoria del año 2001*, Madrid 2002.
- GARCÍA PÉREZ, Octavio, «Los actuales principios rectores del Derecho penal juvenil. Un análisis crítico», *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 3 (1999), pp. 33 y ss.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Revisión del Padrón Municipal de Habitantes a 1 de enero de 2001*. Publicado en Internet en la dirección: www.ine.es/inebase/cgi.um.

MINISTERIO DEL INTERIOR (Ed.), *Anuario Estadístico del Ministerio del Interior 1999*, Madrid 2000. Publicado en Internet en la dirección: www.mir.es/catalogo/catalogo1.htm#peri.

RECHEA, Cristina; BARBERET, Rosemary; MONTAÑÉS, Juan; ARROYO, Luis, *La delincuencia juvenil en España. Autoinforme de los jóvenes*, Universidad de Castilla-La Mancha/Ministerio del Interior, Madrid 1995.

SERRANO MAÍLLO, Alfonso, «Mayoría de edad penal en el Código de 1995 y delincuencia juvenil», *Revista de Derecho Penal y Criminología* 1995, pp. 775 y ss.

El artículo 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos, el *Common Law* y los disparos del muro*

KAI AMBOS

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Göttingen

*La europeización del Derecho (Penal) presenta la hasta ahora muy poco discutida pregunta respecto de los estándares relevantes en materia de DDHH y de ese modo respecto de las fronteras del proceso de armonización jurídica a nivel europeo. Al principio de legalidad (nullum crimen, nulla poena sine lege) le corresponde en tal sentido una significación preponderante, ya que, al menos según su concepción teórica, debiera actuar como límite estatal y especialmente jurídico-penal. Su conceptualización jurídica a nivel europeo mediante el artículo 7 CEDDHH(**) descansa, sin embargo, en una conceptualización acorde al common law (I, II) y no alcanza el desarrollo del artículo 103 II GG. La confirmación de la jurisprudencia alemana respecto de los disparos del muro por el TEDDHH era, por ende, esperable, pero no convence en su fundamentación (III).*

(*) Traducción por Rodrigo Aldoney Ramírez, Becario de Investigación Instituto de Criminología y Derecho Penal Económico, Universidad de Friburgo de Brisgovia, Alemania Federal. El autor agradece a la Prof. Lorena Bachmaier (Universidad Complutense de Madrid) la revisión del texto.

(**) N.d.Tr.: En lo sucesivo se abreviará la Convención Europea de Derechos Humanos con la sigla CEDDHH, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con la sigla TEDDHH y la Carta Fundamental de Alemania Federal con la sigla alemana GG.

I. COMMON LAW Y «PRINCIPLE OF LEGALITY»

El *common law* (1) es Derecho Consuetudinario Jurisprudencial, que se impuso desde mediados del siglo XIII frente al *county custom* local y, de ese modo, se convirtió en el Derecho vigente para todos los súbditos de la corona inglesa –«*common to the free people of England*» (2). *Common law* es entonces «*judge made law*» en base a costumbres y usos tradicionales. Los Tribunales sientan o articulan *common law*, resultando difícil trazar una frontera entre creación jurídica constitutiva e interpretación declaratoria. Lo que no merece duda es que la *ratio decidendi* de las más altas decisiones jurisprudenciales despliega fuerza vinculante siguiendo la regla del *precedent* (3), quedando, sin embargo, a menudo poca claridad respecto de cual es el Derecho vigente.

En nuestro contexto, con miras al artículo 7 CEDDDH, se tratará el Derecho británico (4), ya que Gran Bretaña (Inglaterra/Gales, Escocia e Irlanda del Norte) no sólo constituye la cuna del *common law*, sino que forma parte de la CEDDDH; ésta forma parte del Derecho interno desde la *Human Rights Act* de 1998. Junto a ello, Gran Bretaña no cuenta hasta el día de hoy con una codificación completa del Derecho Penal (5), sino que el Derecho Penal codificado (*statute law*) se limita a sectores parciales de la Parte General (6) y preponde-

(1) Cfr. *Black's Law Dictionary*, 7th edition, St. Pauls/Minn. 1999, p. 270; Osborn's Concise Law Dictionary (*Rutherford & Bone* eds.) 8.ª ed. 1993, p. 77; VON BERNSTORFF, *Einführung in das englische Recht*, 1996, p. 2; también BOOR, *Nullum crimen sine lege and the subject matter jurisdiction of the International Criminal Court*, 2002, p. 112, núm. 130.

(2) A diferenciarse del «Derecho Común» en el sentido del Derecho Romano (de validez general), cfr. FULLER, *Anatomy of the law*, 1968, p. 85.

(3) Asimismo, a nivel supranacional en la relación entre Appeals Chamber (segunda instancia) y los Trial Chambers (primera instancia) del Tribunal Ad Hoc de la ONU, cfr. *Prosecutor v. Alekovski*, Judgement 24 March 2000 (IT-95-14/1-A), par. 113. En cambio más flexible artículo 21 párr. 2 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (BGBl. 2000 II 1393), cfr. AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2002, p. 49 con ulteriores referencias.

(4) En ese ámbito el *common law* es una de las tres fuentes del Derecho tradicional, junto a la *equity* y a la legislación (*Blach's*, [núm. 1], p. 270; respecto de la *equity* VON BERNSTORFF, [núm. 1], pp. 4 y ss.)

(5) Cfr., sin embargo, la propuesta de la *Law-Commission* Nr. 177, *Criminal Law: Criminal Code for England and Wales* (2 Tomos) 1989; al respecto también ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, 3.ª ed. 1998, p. 7.

(6) Por ejemplo la tentativa (*Criminal Attempts Act* 1981) o la participación (*Accessories and Abettors Act* 1861).

rantemente de la Parte Especial (7). A diferencia, el common law en las antiguas colonias, especialmente Estados Unidos de América, ha sido desplazado progresiva y prácticamente de manera completa por el Statute Law (8).

Si en el *common law* al menos no se trata de un Derecho legislado o codificado (*statute law*), sino que a lo sumo de fijación jurisprudencial de reglas reconocidas consuetudinariamente –por ende de Derecho jurisprudencial *escriturado* (9)– parece «necessarily retrospective in character» (10) y entra *a limine* en conflicto al menos con la comprensión continental de la componente *lex scripta* del principio nullum crimen.

Al respecto sea hecha solamente la referencia, en lo que respecta el Derecho Internacional, a los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU respecto del Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind (11), así como el informe del Secretario General de la ONU para el establecimiento del Tribunal de Yugoslavia, según los cuales las «rules» (penales), que son «beyond any doubt part of customary law» (12), no contrarían al principio del nullum-crimen. En lo que respecta al Derecho europeo, es jurisprudencia permanente del TEDDHH, que el concepto Derecho («law») en el artículo 7 CEDDHH también abarcaría normas no escritas (13).

(7) Según ASHWORTH, *Principles* (núm. 5), p. 6 se produjo la «major consolidation» en 1861; hoy estaría la Parte Especial en su mayoría codificada (salvo por ej. manslaughter, murder, assault), no obstante reglas generales de imputación, como la intention, recklessness y defences (duress, intoxication, insanity) descansan aún en el common law.

(8) Para los EE.UU., cfr. LA FAVE/SCOTT, *Criminal Law*, 2.^a ed. 1986, pp. 64 y ss.

(9) Si es que no se quiere entender, de todas maneras, el case law meramente como una comprobación de una expresión de common law, cfr. respecto de esta problemática LA FAVE/SCOTT (núm. 8), p. 64, núm. 3.

(10) A.T.H. SMITH, «Judicial Law Making in the Criminal Law», LQR 100 (1984), 46 (75), el que por ello aboga por una codificación.

(11) Cfr. *Fourth Report on the Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind*, by MR. DODOU THIAM, Special Rapporteur, Dok. A(CN.4/398 (11.3.1986), en: Yearbook of the International Law Commission (YbILC) 1986, Tomo II, Parte 1.^a, 1988, pp. 53, 70 ss. (par. 163); cfr. respecto de la discusión al interior de la ILC: YbILC 1986 Tomo I, pp. 122, 140, 148, 150, 154, 156, 161, 164, 177; Tomo II 2, p. 50; 1988 II 2, p. 70.

(12) Así la famosa formulación del informe del Secretario General de la ONU para el establecimiento del Tribunal de Yugoslavia (*Report of the Secretary General*, UN-Doc. S/25704, par. 35).

(13) *S.W. v. UK*, series A 335-b, sentencia del 27 de octubre 1995, par. 35; *C.R. v. UK*, series A 335-c, sentencia del 27 de octubre de 1995, par. 33; *Stretetz, Kessler, Krenz v. Germany*, n.p., sentencia del 22 de marzo del 2001 (en alemán en NJ 2001, 261 = EuGRZ 2001, 210), par. 57.

En el *common law* el principio del *nullum crimen* es, como regla, entendido (solamente) en un triple sentido como principio de irretroactividad, principio de certeza y prohibición de la analogía («non-retroactivity, maximum certainty and restrictive construction») (14). Desde una perspectiva europeo-continental se trata de una *nullum crimen sine lege minus lex scripta*, si bien otros autores definen el «principle of legality» de modo menos sistemático (15).

De todos modos, el principio del *nullum crimen* se ubica en el «common law» —aquí entendido como antónimo al «civil law» continental-europeo— menos bajo el concepto latín que bajo el ya mencionado concepto del «principle of legality» o —más aun— del *Rule of Law*. En Inglaterra este principio recién recibió una fundamentación legislativa con la recepción interna del artículo 7 de la CEDDHH, mediante el ya mencionado Human Rights Act de 1998, mientras que por ej. el artículo 1 (9) cl. 3 (10) cl. 1 de la Constitución de los EEUU prohíbe explícitamente la creación retroactiva de tipos legales (la llamada legislación *ex post facto*) (16). En el Derecho inglés no es posible desde ya tal regulación, porque allí no existe Constitución escrita.

Sin perjuicio de estas cuestiones conceptuales se presenta el problema de fondo de qué medida la tradicional competencia de la jurisprudencia, especialmente de la *House of Lords*, en cuanto a poder establecer Derecho —en el sentido del llamado *Judicial Law Making*— es posible compatibilizarla con una comprensión moderna del principio del *nullum crimen* en el sentido del artículo 7 de la CEDDHH. La pregunta se tornó relevante en el año 1961 con el caso *Shaw* (17), el que fue acusado por haber publicado y divulgado un llamado «Ladies Directory» que contenía nombres, números telefónicos e imágenes de damas para la prestación de servicios sexuales, bajo el cargo, entre otros, de una «conspiracy to corrupt public morals» (18). La discusión se suscitó respecto de la posibilidad de que tal tipificación penal siquiera existiese en el *common law* o si más bien su aplicación com-

(14) ASHWORTH, *Law Quarterly Review* (LQR) 107 (1991), 419 (442); *el mismo*, *Principles* (núm. 5), p. 71.

(15) Aquí sólo nos referimos a la obra fundamental de RAZ, quien ha definido la *Rule of Law* más bien en forma minimalística en el sentido de un sistema de Derecho que sería dominado por «rules which are fixed, knowable, and certain» (*The authority of law*, 1997, pp. 212 y ss.).

(16) Cfr. BOOT (núm. 1), pp. 118 y s.

(17) Antes ya «*Rex v. Manley*», 1933 1 K.B. 529 (1932), cfr. LA FAVE/SCOTT (núm. 8), p. 65.

(18) SHAW v., *Director of Public Prosecutions* (DPP), House of Lords, sentencia del 4 de mayo de 1961, Appeal Cases (AC) 1962, 220.

portaba una fundamentación retroactiva del castigo. En cuanto al resultado los Lores siguieron la primera opinión mencionada, con lo cual se hacía patente en la argumentación, que querían perseverar en el rol tradicional de la justicia como custodio de las costumbres morales («Custos morum of the people»).

Así Lord Viscount Simonds negó ser un representante del *Judicial Law Making*, pero igualmente le atribuyó a los Tribunales una «residual power to enforce the supreme and fundamental purpose of the law, to conserve...the moral welfare of the state» y les asignó un deber «to guard it against attacks which maybe the more insidious because they are novel and unprepared for» (19). De este modo les asignó a los Tribunales una competencia residual o bien de recepción para evitar vacíos de punibilidad por razones de interés público preponderante. Así, por ejemplo, no sería aceptable que con la legalización de prácticas sexuales entre hombres adultos quedara despenalizada la incitación pública a tales prácticas. En este caso no sería posible hacer referencia a un *common law* impotente; más bien tendrían los jueces la tarea de llenar los vacíos de punibilidad existentes (20). Los demás jueces se unieron a este voto, en parte bajo la invocación de criterios públicos y reconocidos (21). Únicamente Lord Reid advirtió respecto de la utilización de argumentos de «public policy» y abogó por dejar al parlamento –en cuanto «proper place»– la decisión sobre esos juicios de valor (22).

Diez años más tarde el House of Lords, en el similar caso *Knüller*, tuvo que decidir si una revista con anuncios de hombres para la prestación de contactos homosexuales debiera ser considerada igualmente como «conspiracy to corrupt public morals» y como lesión de la «public decency» (23). Los Lores se encontraron ahora ante el dilema de reconocer el efecto vinculante de la decisión en *Shaw* y en el fondo darle una legitimación ulterior o de anularla y arrogarse *nuevamente* una competencia para sentar Derecho, en vez de dejar posibles cambios legales al parlamento. Precisamente por esta razón Lord Reid, que en la decisión *Shaw* había sostenido una opinión minoritaria, se sintió vinculado a esta decisión (24). Solamente Lord Diplock criticó

(19) *Ibid.*, pp. 267 y s.

(20) *Ibid.*, p. 268.

(21) Cfr. *ibid.*, pp. 282 y ss., 291 y s., 292 y s.

(22) *Ibid.*, pp. 272 y ss. (276).

(23) *KNULLER, v., DPP*, sentencia del House of Lords, de 14 de junio de 1971, AC 1973, 435.

(24) *Ibid.*, pp. 455 y ss. (y por tal razón debiera rechazarse solamente el segundo punto de la acusación en relación a la Offence de la public decency).

la decisión Shaw como una «judicial usurpation of... an exclusively legislative power» (25) y quería revocarla como un «Judicial Law Making» ilícito. Esta postura no fue seguida por la mayoría, pero, así y todo, ésta decidió por medio de un *obiter*, que la decisión Shaw no podía ser interpretada como una competencia judicial residual para la creación o ampliación de tipos penales (26) y que un «Judicial Law Making» en tal sentido no sería admisible hoy en día. Sin embargo, se intentó a su vez ampliar el ámbito de interpretación de los tribunales – en cuanto al «unravished remnants» del common law– (27) mediante una relativización del *principio de certeza* (28). Certeza en el sentido de una previsión exacta de posibles consecuencias del actuar humano no sería posible en ningún sistema de Derecho. No existiría ningún procedimiento mediante el cual se pudiese predecir con absoluta precisión cuándo una persona es penalmente responsable: «those who skate on thin ice can hardly expect to find a sign which will denote the precise spot where they may fall in» (29). Esta doctrina del hielo delgado fundada por Lord *Morris* fue complementada luego por Lord *Simon of Glaisdale* con su doctrina de la navegación riesgosa junto al viento: «those who choose...to sail as close as possible to the wind inevitably run some risk» (30). El que, por ende, se mueve en una zona gris entre legalidad e ilegalidad y, de tal modo, se expone al riesgo de una punibilidad, sería responsable por ello y no podría invocar luego que las normas penales pertinentes lesionen el principio de certeza. Ello recuerda a la responsabilidad-*versari* del antiguo Derecho canónico: *versanti in re illicita imputantur omnia, quae sequuntur ex delicto* (31). Por lo demás, en razón de la estructuralmente parecida relativización del principio de certeza en el Derecho alemán (32), no existe motivo alguno para una arrogancia europeo-conti-

(25) *Ibid.*, pp. 469 y ss. (479). Respecto de esta fundamental objeción, también *Smith* (núm. 10), pp. 67 y ss.

(26) KNULLER (núm. 23), pp. 457 y s., 474, 490.

(27) Cfr., *ibid.*, pp. 464 y s.

(28) En cuanto al resultado, igualmente SMITH v. DONELLY, High Court of Justiciary (Escocia), sentencia del 31 de julio del 2001, 201 S.L.T. 1007 entre otro haciendo referencia a la CEDDHH *Steel v. UK*, sentencia del 23 de septiembre de 1998, Reports 1998-VII.

(29) KNULLER (núm. 23), 463. Al respecto también SMITH (núm. 10), 71.

(30) KNULLER (núm. 23), 488.

(31) Traducido libremente: El que comete un acto no autorizado, le es imputable todo –aún lo fortuito– que surge de ese acto (cfr. AMBOS, «Präterintentionalität und Erfolgsqualifikation», GA 2002, 455 con ulteriores referencias).

(32) Cfr. por ej., BVerfGE (Tribunal Constitucional alemán, N. d. Tr.)14, 245 (251): «Las leyes serían sino demasiado rígidas y casuísticas y no podrían dar cuenta

mental respecto de los argumentos de *common sense* de los Law Loes ingleses.

Quien, por cierto, había pensado que con *Knulier* el *House of Lords* habría renunciado a su competencia de *Judicial Law Making* (33), quedaría a más tardar en 1991 mejor ilustrado. Si hasta entonces sólo se había tratado de la creación de nuevos tipos penales o la ampliación de unos ya existentes, ahora se presentaba la pregunta, si también una *defence*, vale decir una causal de exoneración de responsabilidad penal (material o procesal) podía ser suprimida retroactivamente (34). En *Regina* (35) un marido había violado a su mujer después de la separación física, pero antes de haberse iniciado el proceso formal de divorcio. Los Loes debían decidir si la regla de *Common Law* que se remontaba al año 1736 (36), según la cual una mujer con el matrimonio consentía sin posibilidad de retractación la relación sexual con el marido, aún tenía validez. Hasta *Regina* se seguía en la jurisprudencia la concepción según la cual el marido podía invocar una «marital immunity», hasta que el matrimonio fuese disuelto o se dictase un correspondiente decreto judicial. Esto no sólo se criticó vehementemente en la literatura, sino que también en un *working paper* de la *Law Commission* –bajo el significativo título «rape within marriage»– y se propuso abolir esta inmunidad (37). También el *House of Lords* se sumó en el resultado a este parecer bajo el argumento de que el matrimonio sería, según el entendimiento actual, una relación de pareja entre personas con iguales Derechos y que el *Common Law* habría, en tal sentido, evolucionado (38). La pregunta decisiva sería por ello, si al momento del hecho aún existía un

de la riqueza configurativa de la vida, la transformación de las circunstancias o las particularidades del caso concreto. Ese peligro estaría cerca si el legislador tuviese que explicar el tipo hasta el último detalle». Cfr., recientemente también *Gusy*, *Verfassungsfragen des Strafprozessrechts*, StV 2002, 153 (157), según el cual el Tribunal Constitucional alemán equipararía cada vez más certeza (*Bestimmtheit*) con determinabilidad (*Bestimmbarkeit*).

(33) Así aparentemente SMITH (núm. 10), 56: «judges will not now expressly claim a power to create new offences». Cfr., sin embargo, la siguiente nota.

(34) Se discutió hasta entonces a lo sumo la creación retroactiva de defences. Lo que en sí no es problemático, porque actúa en favor del autor, cfr., SMITH (núm. 10), pp. 63 y ss.

(35) R v.R, sentencia de 23 de octubre de 1991, AC 1992, 599.

(36) SIR MATTHEW HALE CJ, *History of the Pleas of the Crown*: «but the husband can not be guilty of rape committed by himself upon his lawful wife, for by their matrimonial consent and contract the wife hath given up herself in this kind unto her husband, which she cannot retract.» (citado según *S.W. v. UK* [núm. 13], par. 10).

(37) Cfr. *Law Commission*, *Rape within marriage*, working paper 116, par. 5.2.

(38) R v.R (núm. 35), p. 616.

consentimiento de la mujer hacia la relación sexual; esto constituiría meramente una cuestión de prueba (39).

Otro problema consistía empero, en que el legislador del año 1976 había definido la violación como «*unlawful sexual intercourse*» (40), lo que fue interpretado por algunos en el sentido de que la relación sexual forzada sólo podía ser punible como violación *fuera del matrimonio*. Los Lores consideraron, en cambio, el término «*unlawful*» como superfluo; el término, al menos, no podía evitar la necesaria eliminación de una «*common law fiction*» (41). Esta argumentación orientada hacia el resultado, por cierto, no se compatibiliza en absoluto con la circunstancia de que el legislador del año 1994 (42) eliminó de la definición de la violación la palabra «*unlawful*» para aclarar definitivamente que sólo importa el consentimiento de la víctima (43).

En el Derecho alemán existía, como es sabido, el mismo problema respecto de la coacción sexual, por cuanto ésta sólo era punible –según el Derecho antiguo (§ 178 StGB*** versión antigua) hasta su modificación en el año 1997 (44)– en caso de comisión «*extramarital*», por lo que un castigo de una coacción intramarital fallaba, acorde al § 178, antigua versión, por el principio «*Nullum crimen*».

Aun cuando no se quiera entender el «*marital immunity*» inglés como causal de atipicidad en caso de violación marital, de todos modos su eliminación retroactiva afecta la punibilidad de un comportamiento, que según el *common law* al menos al momento de la realización del hecho no podía ser castigado. Ya habría sido tarea del legislador del año 1976 –no recién del año 1994– establecer claramente mediante la eliminación de la palabra «*unlawful*», que a falta de consentimiento se realiza el tipo de la violación (45) Tampoco una comprensión subjetivizada del principio «*Nullum Crimen*» en sentido de un *fair warning* (46) para el ciudadano ayuda mayormente, ya que los maridos británicos, hasta la decisión *Regina*, se podían confiar en

(39) *Ibid.*, pp. 617 s.

(40) «...with a woman who at the time of the intercourse des not consent to it» [section 1 párr. 1 Sexual Offenses (Amendment) Act 1976].

(41) R v.R (núm. 35), pp. 621 y ss. (623).

(***) Código Penal alemán (N. d. Tr.)

(42) Criminal Justice and Public Order Act 1994.

(43) Igualmente, GILES, *Judicial Law-Making in the Criminal Courts, etc.*, CrimLR 1992, 407 (412).

(44) 6.ª Ley de reforma penal, BGBl. 1997 I 164.

(45) A favor de una solución legislativa, en cuanto al resultado, también GILES (núm. 43), pp. 416 s.

(46) Cfr. ASHWORTH, *Principles* (núm. 5), pp. 71, 74 y 77; *La Fave/Scott* (núm. 8), pp. 71 y 72.

una práctica jurisprudencial de más de 200 años, vale decir, en un *Common Law* asentado y tampoco tenían, por falta de iniciativas parlamentarias, motivo para suponer una modificación legal. Igualmente claro está, desde luego —en la lógica del *Common Law*—, que con la decisión *Regina* una posterior invocación de un consentimiento irrefractable en la relación sexual por medio del matrimonio quedaba excluido (y esto aún antes de la modificación legal del año 1994).

Bajo invocación de *Regina* se decidió acertadamente por la Court of Appeal en *Elbekkay* (47), que un consentimiento obtenido en forma subrepticia sería ineficaz, independiente si el autor se hacía pasar por esposo o sólo por amigo de la víctima. Desde luego también aquí el tribunal debió lidiar con una statute rule aparentemente opuesta, ya que el legislador del año 1994 sólo había regulado en la definición de la violación el caso del autor que se hace pasar por marido de la víctima y había dejado sin regulación el presente caso en que la víctima solamente mantenía una relación no matrimonial y el autor se hacía pasar por su pareja no matrimonial. La Court of Appeal, invocando el caso *Regina*, se sintió llamada a cerrar este vacío mediante la equiparación entre marido y pareja no matrimonial. Cuan revolucionaria fue esta decisión se aprecia por ej. en el hecho que aún a mediados del siglo XIX la High Court escocesa, en *Fraser* (48), estimaba también como circunstancia eximente de pena el consentimiento obtenido en forma subrepticia por el marido aparente.

Distinta era la situación en el caso de *C.* de 12 años de edad, quien fue acusado por un robo en grado de tentativa y pudo, sin embargo, invocar la llamada «presumption doli incapax», vale decir, la presunción de inimputabilidad (49). La Court of Appeal había decidido como instancia previa, que la presunción ya no era parte del *Common Law* y por ello había condenado a *C.* A esto se opuso el House of Lords con el argumento que un Judicial Law Making estaba por principio prohibido y que la supresión retroactiva de una presunción de inimputabilidad caía en las atribuciones del parlamento. A diferencia de *Regina* no se trataría en este caso de la eliminación de una «common law fiction» (50).

Resumiendo de la jurisprudencia expuesta se puede extraer una tendencia clara en contra de la creación de nuevos —o la ampliación de

(47) *Criminal Law Review*, 1995, 163.

(48) 1847 Ark 280; citado según JONES/CHRISTIE, *Criminal Law*, 2.^a ed. 1996, p. 24.

(49) *C (a minor) v. DPP*, sentencia del House of Lords, 16 de marzo de 1995, AC 1996, 1.

(50) *Ibid.*, pp. 37 y s.

existentes— tipos penales, sin embargo, parece que la irretroactividad (aún) no se ha impuesto como protección existencial para las *defences* reconocidas en el common law. Además, no siempre es posible trazar claramente —ya a nivel de tipicidad— el límite entre una legislación jurisprudencial ilícita —Judicial Law Making— y una interpretación lícita o bien aplicación del Derecho vigente a nuevos hechos (51) —como por lo demás tampoco lo es en el Derecho penal internacional en relación con el Derecho internacional consuetudinario (52)—. Cuando se desarrollan criterios para el Judicial Law Making, como en C (53), ello no significa otra cosa que en principio aún se reconoce una competencia para la creación de Derecho jurisprudencial (54). Por lo demás, en el Derecho escocés, aún se habla de una «declaratory power» de la High Court, bajo lo que se comprende no sólo la explicación o bien interpretación de delitos existentes —como permite suponer el concepto «declaratory»— sino que también la creación de nuevos tipos penales (55).

Pues bien ¿es esta práctica compatible con el artículo 7 de la CEDDHH?

II. ART. 7 CEDDHH Y COMMON LAW

Mucho antes de los casos de los disparos del muro el TEDDHH tuvo que ocuparse del artículo 7 CEDDHH, específicamente en relación al principio de certeza legal y al principio de irretroactividad (56). En el *Sunday Times v UK* (57) se abordaba la pregunta si el «Derecho-

(51) Cfr. fundamental *A.T:H. SMITH*, «Judicial Law Making in the Criminal Law», LQR 100 (1984), 46; *ASHWORTH*, «Interpreting criminal statutes, etc.» LQR 107 (1991), 419; también *LA FAVE/SCOTT* (núm. 8), p. 72; *JONES/CHRISTIE* (núm. 48), pp. 23 y ss., tomando en consideración la clásica crítica de *LORD COCKBURN*.

(52) Cfr. ya núm. 12 y el texto correspondiente. Desde luego no siempre es fácil de determinar cuáles normas en concreto son reconocidas por la costumbre internacional, de modo que la delimitación entre creación de normas penales y la aplicación de Derecho internacional consuetudinario existente resulta difícil.

(53) *C vs. DPP* (núm.), p. 28 (*LORD LOWRY*).

(54) Crítico también *ASHWORTH*, *Principles* (núm. 5), p. 73.

(55) *JONES/CHRISTIE*, pp. 18 y ss.; también, *ASHWORTH*, *Principles* (núm. 5), p. 72.

(56) Resumiendo la jurisprudencia más reciente *Cabral Barreto*, La jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des Droits de l'Homme sur l'article 7 de la Convention européenne de Droits de l'Homme, FS Trechsel, 2002, pp. 3-16. Respecto de la prohibición de una agravación penal posterior en razón del artículo 7 CEDDHH (nulla poena sine lege cfr. *Ecer and Zeyrek v. Turkey*, sentencia del 27 de febrero del 2001, applicat. 29295/95 y 29363/95, par. 31 y ss. (36 y s.).

(57) *Sunday Times v. UK*, sentencia de 26 de abril de 1979, Series A 30 (1979); al respecto, también, *Smith* (núm. 10), p. 74.

contempt» inglés, mediante el cual se pretende proteger la administración de justicia de la obstrucción y ataques abusivos (también de la prensa) (58), configura una limitación lícita a la libertad de expresión en los términos del artículo 10 CEDDHH («prescribed by law»). El Tribunal aclaró, en primer lugar, que el concepto «law» debe entenderse de igual modo a lo largo de toda la Convención (59) y que también incluye al common law, ya que de lo contrario un Estado del common law quedaría fuera del ámbito de protección del artículo 10 CEDDHH y su sistema legal en sí estaría cuestionado (60).

Por lo demás, el Derecho nacional debiera ser suficientemente *accesible* y de tal modo determinado, que el ciudadano —en su caso, en razón del correspondiente consejo jurídico— esté en condiciones de *preverlo* y poder guiar su comportamiento acorde a él:

«...the law must be adequately *accessible*: the citizen must be able to have an indication that it is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case...a norm cannot be regarded as 'law' unless it is formulated with a sufficient *precision* to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able —if need be with appropriate *advice*— to *foresee*, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail (61).»

Si es posible calificar esta jurisprudencia como permanente (62), entonces el Tribunal, por otra parte, está dando pie a una *relativiza-*

(58) Según *Sunday Times* (núm. 57), par. 18, el Derecho —contempt inglés sería— con referencia al informe del Committee on Contempt of Court («Philimore report») —«...“a means whereby the courts may act to prevent or punish conduct which tends to obstruct, prejudice or abuse the administration of justice either in relation to a particular case or generally” and as existing to protect not the dignity of the judges but “the administration of justice and ‘the fundamental supremacy of the law’”».

(59) *Ibid.* par. 40; igualmente *S.W. v. UK* (núm. 13), par. 35; *C.R. v. UK* (núm. 13), par. 33; *Streletz et. al. V. Germany* (núm. 13), par. 57; *K.-H.W. v. Germany* (núm. 13), par. 62.

(60) *Sunday Times v. UK* (núm. 57), par. 40: «would deprive a common-law-state which is party to the Convention of the protection of Art. 10 and strike at the very roots of that State's legal system».

(61) *Ibid.*, par. 49.

(62) Cfr. *Kokkinakis v. Greece*, sentencia de 19 de abril de 1993, Series a 260 a, par. 52; *S.W. v. UK* (núm. 13), par. 35; *C.R. v. UK* (núm. 13), par. 33; *Steel v. UK* (núm. 28), par. 54. En caso de la difusión de textos la *previsibilidad* del castigo dependería del texto en cuestión, su grado de difusión y del número y estatus de los destinatarios (*Groppera Radio AG and Others v. Switzerland*, sentencia de 28 de marzo de 1990, Ser. A 173, par. 68; también *Cantoni v. France*, sentencia de 15 de noviembre de 1996, Reports 196-V, par. 35). La previsibilidad estaría dada también en caso de necesidad de asesoría jurídica (*ibid.*, par. 35; *Miloslavsky v. U.K.*, sentencia de 13 de

ción del principio de certeza y de la prohibición de analogía cuando comprueba, ya en *Sunday Times*, que una «certeza absoluta» sería inalcanzable y que el Derecho debiera ir acorde con las circunstancias cambiantes. Así, afirma, sería inevitable, que numerosas leyes fueran redactadas en mayor o menor medida de forma vaga y que su interpretación sea un problema de la práctica (63). De modo similar relativizó el Tribunal las exigencias de certeza en *Kokkinakis v. Greece* (64) –ahí nuevamente se trataba del término «law», esta vez en el artículo 9 CEDDHH– y en *Baskaya and Okcuoglu v. Turkey* (65) (sentencia del 8 de julio de 1999) –condena de los recurrentes de queja en razón de la ley antiterrorista turca por «dissemination of propaganda against the indivisibility of the State».

Al respecto es especialmente relevante en nuestro contexto, que el Tribunal recurra a la *jurisprudencia consolidada* para la comprobación de la suficiente certeza y previsibilidad en sentido del artículo 7 CEDDHH (66). Así confirmó la condena de un profesor de conducción por coacción sexual de su alumna de conducción, haciendo referencia a la jurisprudencia consolidada de la Corte de Casación francesa que estaba publicada y de ese modo accesible, a pesar de que el hecho se había considerado punible como «contrainte» recién por

julio de 1995, Ser. A 316-B, par. 37), especialmente en caso de grupos profesionales que deben cumplir con especiales cuidados (*Cantoni v. France*, par. 35). Cfr. también *Kommission in G. v. Germany*, Appl. No. 13079/87, 6 de marzo de 1989, 60 DR 256 (261 s.).

(63) *Sunday Times* (núm. 57), par. 49: «Those consequences need not be foreseeable with absolute certainty: experience shows this to be unattainable. Again, whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice».

(64) *Kokkinakis v. Greece* (núm. 62), par. 40: «the wording of many statutes is not absolutely precise. The need to avoid excessive rigidity and to keep pace with changing circumstances means that many laws are inevitably couched in terms which, to greater or lesser extent, are vague...».

(65) *Baskaya and Okcuoglu v. Turkey*, sentencia del 8 de julio de 1999, Reports 1999-IV, especialmente par. 39. El Tribunal si bien consideró esta condena como previsible, ya que en el párrafo 2 de la correspondiente norma figuraban las publicaciones punibles, reconoció, sin embargo, una infracción al artículo 10 CEDDHH. Por lo demás una certeza absoluta sería difícil de alcanzar y un cierto grado de flexibilidad permitible; al respecto, también, *Boot* (núm. 1), pp. 150 y s.

(66) Cfr. además de las siguientes sentencias también *Baskaya and Okcuoglu v. Turkey*, par. 39. Cfr., también, en tal sentido, la sentencia del *Bundesverfassungsgericht* respecto de la pena pecuniaria: sentencia de 20 de marzo de 2002, Az. 2 BvR 794/95.

una legislación posterior (67). En *Steel v. UK* el Tribunal consideró la tipificación inglesa del «quebrantamiento de la paz» (breach of the peace) como suficientemente determinada, ya que la jurisprudencia de las últimas dos décadas lo habría definido suficientemente; ésta consistiría en la (probable) lesión de bienes jurídicos de personas y propiedad, que inducen a terceros a actos violentos (68).

Desde luego no contribuye a la certeza y previsibilidad de este tipo, el que en Escocia sea entendido de modo más amplio, vale decir, sin el requerimiento de una lesión de bien jurídico («harm principle») (69).

Con una fundamentación similar el Tribunal estimó como acordes con el artículo 7 CEDDHH la supresión de la inmunidad matrimonial en *Regina* y otras instancias inferiores (70). En todo sistema penal existiría un «inevitable element of judicial interpretation». El desarrollo progresivo del Derecho penal mediante un judicial lawmaking sería en Inglaterra una parte necesaria de la tradición jurídica y una tal «judicial interpretation» (!) sería compatible con el artículo 7 CEDDHH cuando el resultado de la interpretación corresponda a la *esencia* del hecho punible y pudiese ser *razonablemente* previsto (71). En concreto, la supresión de la regla de inmunidad no habría sido más que la consecuencia de una «perceptible line of case law development» y un «reasonable foreseeable development», que correspondería a la esencia del tipo de la violación (72). La punibilidad de la violación sería, por lo demás, también compatible con el objeto y finalidad del artículo 7 CEDDHH, cual es la evitación de la persecución penal arbitraria. El abandono de la inmunidad sería incluso exigida

(67) *G. v. France*, sentencia de 27 de septiembre de 1995, Ser. A 325-B, par. 25: «...the offences...fell within the scope of the former Art. 332 and 333 of the Criminal Code, which satisfied the requirements of foreseeability and accessibility...there was consistent case law from the Court of Cassation, which was published and therefore accessible... As regards the notion of violence, the new provisions in the new art. 332 and 333...merely confirm this case law.» (destacado por el redactor); al respecto, también, *Boot* (núm. 1), pp. 149 y s.

(68) *Steel v. Uk* (núm. 28), par. 55: «...breach of the peace is committed only when an individual causes harm, or appears likely to cause harm, to persons or property or acts in a manner the natural consequences of which would be to provoke others to violence...Accordingly, the Court considers that the relevant legal rules provided sufficient guidance and were formulated with the degree of precision required by the Convention». Crítico al respecto ASHWORTH (núm. 5), p. 77.

(69) Cfr., *Smith v. Donnelly* (núm. 28), par. 10 y ss. (16).

(70) *S.W.v. UK* (núm. 13), par. 34 y ss.; *C.R. v. UK*. (núm. 13), par. 32 y ss.

(71) *Ibid.*, par. 36 y 34: «consistent with the essence of the offence and could reasonable be foreseen».

(72) *Ibid.*, par. 43 y 41.

por una comprensión «civilizada» del matrimonio y los fines fundamentales de la Convención de DDHH, cuales son la protección de la dignidad y libertad del hombre (73).

Si bien, por un lado, con ello el Tribunal sobrepasa una comprensión meramente subjetiva y de un Derecho penal de la culpabilidad del principio «Nullum crimen» (74) al *objetivizar la previsibilidad* y recurrir a una interpretación teleológica y orientada al fin de protección del artículo 7 de la CEDDHH y de la Convención en su conjunto. Por otro lado, sin embargo, con ello entran en juego, en reemplazo del análisis del caso concreto, consideraciones generales de policy y valoraciones político-criminales, que son conocidas en el Derecho inglés como «argumento de social defence» o «purposive approach» (75). Ellos tornan la decisión aparentemente inmune a críticas, pero fracasan, cuando la sentencia no puede decidir entre correcto o falso de forma tan unívoca como en *Regina*.

III. ARTÍCULO 7 CEDDHH, ARTÍCULO 103 II *GRUNDGESETZ* Y LOS DISPAROS DEL MURO

Por una parte, el artículo 7 CEDDHH se entiende en forma menos estricta que el *artículo 103 II Grundgesetz* (GG, Constitución alemana), en lo que respecta a la prohibición de analogía (*lex stricta*) (76) y especialmente a la admisibilidad de un castigo en base a Derecho internacional consuetudinario (*lex scripta*) (77), siendo posible apoyar este castigo ya en el artículo 7, *párrafo 1.º* –punibilidad según «Derecho internacional»– y no recién en la llamada cláusula de Nürenberg del *párrafo 2.º*; la cláusula de Nürenberg más bien representa una verdadera excepción a la irretroactividad, ya que permite un efecto retroactivo en caso de crímenes internacionales (78). Por otra parte, sin embargo, el artículo 7 CEDDHH excede

(73) *Ibid.*, par. 44 y 42.

(74) Cfr. MS. 51.

(75) Cfr. SMITH (núm. 10), 52; ASHWORTH, Principles (núm. 5), pp. 78 y ss., 82 y ss.

(76) Cfr. BverfG 71, 108 (115): se excluye «toda “aplicación” de Derecho que exceda el contenido de la norma sancionatoria legal... El sentido literal posible... marca el límite máximo de la interpretación judicial lícita...».

(77) Cfr. también, ARNOLD/KARSTEN/KREICKER, *Menschenrechtsschutz durch, Art. 7, Abs. 1, EMRK, NJ 2001, 561 (562)*; EBERT, *Völkerstrafrecht und Gesetzlichkeitsprinzip*, FS Müller-Dietz, 2001, pp. 171-185, 181 y ss. (182); *Kreicker, Art. 7, EMRK, und die Gewalttaten an der deutsch-deutschen Grenze*, 2002, pp. 9 y ss.

(78) Cfr. KREICKER (núm. 77), pp. 96 y ss.

el Art. 103 II GG, ya que la CEDDHH subsume el principio de culpabilidad en el artículo 7 CEDDHH, el cual en Alemania deriva, como es sabido, del artículo 1 I, 2 I, 20 III GG (79). Por cierto, la posterior comprensión del artículo 7 CEDDHH sólo tendría efecto *inmediato* sobre el artículo 103 GG, si el artículo 7 CEDDHH no sólo tuviese rango legal (Art. 59 GG) (80), sino prioridad sobre el artículo 103 II GG. De este modo, queda entregado a la jurisprudencia, si y en qué medida el artículo 7 CEDDHH influye la interpretación del artículo 103 II GG. El Tribunal, en todo caso, aprueba la concepción del common law del principio de legalidad, convirtiendo el mínimo denominador común en el standard válido en toda Europa.

Si uno repasa una vez más la jurisprudencia del TEDDHH expuesta, especialmente en atención al respeto a las decisiones valorativas de índole político-criminales nacionales, ya sea del poder legislativo o judicial (81), no sorprende que el Tribunal haya negado una infracción del artículo 7 CEDDHH en el proceso por los disparos del muro. Se podrá celebrar esto en cuanto al resultado, sin embargo, la *fundamentación* de la sentencia se ve expuesta a considerables reparos (82):

– El Tribunal elude el difícil problema de la derogación retroactiva del § 27 ley fronteriza de la RDA, mediante el recurso de no reconocer los casos en cuestión como crímenes conforme al § 213,

(79) Cfr. ARNOLD/KARSTEN/KREICKER (núm. 77), p. 467; Kreicker (núm. 77), pp. 49 y ss. (51).

(80) La jerarquía intraestatal de un tratado internacional se rige según por la jerarquía de la ley aprobatoria (SCHWEITZER, *Staatsrecht III*, 7.ª ed., 2000, núm. marg. 447, 709). BGBI 1952 II 686 habla, en tal sentido, de «fuerza legal». Cfr., también, BVerwG DÖV 1998, 924, 925: «A la CEDDHH le corresponde solamente la jerarquía de una ley federal simple... Una interpretación contraria a la Convención representa, por ello, una aplicación incorrecta de Derecho federal simple».

(81) *Ibid.*, S.W. v. UK (núm. 13), par. 42; C.R. v. UK (núm. 13), par. 40.

(82) Crítico también ARNOLD/KARSTEN/KREICKER (núm. 77), p. 561; RAU, «Deutsche Vergangenheitsbewältigung vor dem EGMR», NJW, 2001, 3008; KREICKER (núm. 77), p. 5, con ulteriores referencias en núm. 21 y *passim*; LENSING/MERTENS, «Der EGMR und die «Mauernschützen», in: Institut für Juristische Zeitgeschichte (ed.) *Jahrbuch für Juristische Zeitgeschichte*, tomo 3, Baden-Baden, 2002, p. 352 (364 y ss.); de acuerdo, por ej., STARCK, JZ 2002, 1102; HASSEMER, «Naturrecht im Verfassungsrecht», FS Trechsel, 2002, pp. 135-150 (149); NAUCKE, «Bürgerliche Kriminalität, Staatskriminalität und Rückwirkungsverbot», FS Trechsel, 2002, pp. 505-516 (509, 511); en cuanto al resultado, de acuerdo WERLE, «Rückwirkungsverbot und Staatskriminalität», NJW, 2001, 3001 (3003 y ss.).

párrafo 3, Código Penal de la RDA y, de tal modo, ni siquiera considerar como aplicable al caso el § 27 ley fronteriza (83).

– El Tribunal acepta que en un Estado de Derecho –que sustituye a un Estado no basado en tales fundamentos– el derecho del Estado extinguido sea interpretado según sus propios principios (84). Al respecto no queda claro en qué concepción del principio *Nullum crimen* se basa el Tribunal. Si se quiere interpretar el Derecho vigente al momento de la comisión del hecho con ayuda de principios de Derecho posteriores, por lo demás, válido en otro sistema –no constitutivo de un Estado de Derecho– surge la pregunta, respecto de qué queda del Derecho del momento de la comisión, en cuanto Derecho del lugar del hecho contextualizado dentro de un sistema. Efectivamente el Tribunal parte de una *concepción del Estado de Derecho occidentalmente preconcebido* y ni siquiera considera un Derecho socialista como Derecho en sentido del artículo 7 de la CEDDHH. Eso queda especialmente claro, cuando en lugar diverso sostiene que la práctica estatal de la RDA no puede ser considerada como Derecho en este sentido (85). Se podrá coincidir con ello en el resultado, sin embargo, una tal interpretación «occidental» de las normas del lugar del hecho debiera ser difícilmente compatible con el principio de «*Nullum crimen*», él que pretende validez –valorativamente neutral– universal y que por ello demanda una *aplicación sistemáticamente inmanente a Derecho ajeno* (86); ya que, de lo contrario, resulta lesionado por un efecto retroactivo encubierto (87).

– Si se toma en serio el criterio de la previsibilidad o del *fair warning*, que el Tribunal ya desarrolló en su anterior jurisprudencia (88), entonces el problema no puede girar en torno a si los acusados pudieron prever la contrariedad a los DDHH o la punibilidad de su con-

(83) *Streletz et. al. v. Germany* (núm. 13), par. 56 y ss. (63); crítico al respecto *Arnold/Karsten/Kreicker* (núm. 77), 563; explícitamente de acuerdo, sin embargo, *Naucke* (núm. 82), p. 509.

(84) *Streletz et. al. v. Germany* (núm. 13), par. 81. Igualmente, *Glässner v. Germany*, *Beschwerde Queja* 46362/99; decisión del 28 de junio del 2001, n.p., *merits*.

(85) *Streletz et. al. v. Germany* (núm. 13), par. 87.

(86) Crítico, también, *ARNOLD/KARSTEN/KREICKER* (núm. 77), 563, 565; *RAU* (núm. 82), 3010; *KREICKER* (núm. 77), p. 23.

(87) Cfr. ya, *ALEXY, Der Beschluss des BverfG zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze*, 1997, p. 8, EL MISMO, *Mauernschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*, 1993, p. 30; de acuerdo respecto de *EGMR RAU* (núm. 82), 3010.

(88) Y al que también sigue el *BverfG*, bajo consideración de la jurisprudencia reiterada como fuente de Derecho (al respecto ya *supra* núm. 66 y el correspondiente texto): *BverfGE* 26, 42; 47, 109 (120): 71, 108 (115); cfr., también, *BGHSt* 28, 312 (313).

ducta, sino que más bien, sólo si éstos podían *ex ante* contar con que *ex post* sería calificada como punible (89). Si se considera la negación de esta pregunta como insostenible se debiera con sinceridad restringir a *limine* el principio «Nullum crimen» y someterlo como mero principio y no como regla (90) a una ponderación de intereses entre seguridad jurídica, v. justicia. Este es el punto de partida más convincente, por ser más honesto, de *Derecho penal internacional e iusnatural* y que desemboca en un *nullum crimen sine iure* (91). Si, de todos modos, no se quiere ir tan lejos como el tribunal militar norteamericano en el fallo de juristas y dejar de aplicar la irretroactividad al Derecho internacional consuetudinario o el *common law* (92), entonces, importa finalmente, si una punición parece ineludible por razones de justicia. En el Derecho interno este punto de partida, desde luego, implicaría una –ya anteriormente demandada (93)– modificación del artículo 103 II GG (94), que en el actual estado del Derecho internacional puede limitarse a los crímenes centrales reconocidos por el estatuto de Roma (95) y traspuestos a nivel intraestatal por el Código de Derecho penal internacional alemán (96) (genocidio, crímenes

(89) ARNOLD/KARSTEN/KREICKER (núm. 77), 566.

(90) ALEXY (núm. 87) (acuerdo), pp. 23 s. Desde una perspectiva anglo-americana fundamental DWORKIN, «The model of rules», U. Chicago Law Review 35 (1967), 22-29.

(91) Fundamental, KELSEN, ICLQ 1 (1947), 153, 165; igualmente, BOOT (núm. 1), p. 218. Desde la perspectiva del Derecho internacional, también, ARNOLD/KARSTEN/KREICKER (núm. 77), 565 y s., al querer establecer una contrariedad (iusnatural) a los DDHH y el Derecho internacional de los disparos mortales. Para una fundamentación explícitamente iusnatural, NAUCKE (núm. 82), p. 82, pp. 513 y s.; WERLE (núm. 82), pp. 3003 y ss., quien califica los homicidios en la frontera incluso como crímenes contra la humanidad (pp. 3005 y s.); igualmente el voto particular del juez LOUCAIDES (Chipre), EuGRZ 2001, 219 (221 y s.) = NJ 2001, 270 y s.; en la tendencia también RAU (núm. 82), 3013; LENSING/MERTENS (núm. 82), p. 367; crítico últimamente, EBERT (núm. 77), p. 178 con ulteriores referencias.

(92) *U.S. v. Altstoetter et al.*, Trial of War Criminals III, 975: «...sheer absurdity to suggest that the *ex post facto* rule...could be applied to a treaty, a custom, or a common law decision of an international tribunal...to apply the...principle to judicial decisions of common international law would...strangle that law at birth». Cfr., también, KELSEN, ICLQ 1 (1947), 153, 165: La irretroactividad «does not apply to customary law and to law created by precedent, for such law is necessarily retroactive in respect to the first case to which it is applied.»

(93) Cfr., por ello, ya AMBOS, Nürenberg revisited, Strafverteidiger 1997, 39 (42).

(94) A favor últimamente, también, EBERT (núm. 77), pp. 184 y ss.

(95) *Supra*, nota 3, artículo 5-8.

(96) BGBl. 2002 I 2254. Respecto del proyecto del grupo de expertos, cfr. BMJ (ed.), *Arbeitsentwurf eines Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzes*

contra la humanidad, crímenes de guerra) –como «minimum standard»– y que de ese modo superaría la –desde una perspectiva de un Estado de Derecho– problemática incertidumbre de la «cláusula de Nürenberg» (art. 7 II CEDDHH, art. 15 II IPbpR).

– Si bien el Tribunal redacta dos sentencias –respecto de los órganos titulares de la función, por un lado, y del soldado fronterizo K.H.W., por el otro– no extrae de ello las consecuencias que impone el principio de culpabilidad y niega la previsibilidad de la punibilidad en el caso del soldado fronterizo en base a un error de prohibición inevitable (97).

buchs, 2000; WERLE, «Konturen eines deutschen Völkerstrafrechts», JZ 2001, 885; ZIMMERMANN, «Auf dem Weg zu einem deutschen VStGB», ZRP 2002, 97; SATGER, Das neue VStGB, NStZ 2002, 125.

(97) Así correctamente los votos especiales de los jueces, CABRAL BARRETO (Portugal), NJ 2001, 272 = EuGRZ 2001, 219 (222 y s.) y PELLONÄÄ/ZUPANCIC (Finlandia y Eslovenia), NJ 2001, p. 68 y s.; KREICKER (núm. 77), pp. 56 y ss.; LENSING/MERTENS (núm. 82), pp. 368 y ss.

SECCIÓN LEGISLATIVA

Disposiciones

MARÍA DEL CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Universidad de Alcalá de Henares

REAL DECRETO 232/2002, DE 1 DE MARZO, REGULADOR DEL REGISTRO DE SENTENCIAS SOBRE RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES

(«BOE» núm. 65, de 16 de marzo de 2002)

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, establece, en su disposición adicional tercera, que en el Ministerio de Justicia se llevará un registro de sentencias firmes, dictadas en aplicación de esa Ley, a cuyos datos podrán acceder exclusivamente los Jueces de Menores y el Ministerio Fiscal. En consecuencia, procede establecer reglamentariamente ese Registro, regulando su organización y contenido y los procedimientos de inscripción y acceso al mismo.

Las previsiones que contiene la mencionada Ley Orgánica para hacer frente a las conductas ilícitas de los menores son de naturaleza sancionadora-educativa, y aunque precisen de una actuación judicial ante hechos que infringen las normas legales, se adoptan desde una perspectiva correctiva y educativa con la finalidad de lograr la reinserción y recuperación del menor infractor para la sociedad. Así, el artículo 51 permite al Juez, por un procedimiento determinado, dejar sin efecto o sustituir la medida, con lo cual el listado de posibles medidas impuestas excede en número al de penas aplicables a los mayores de edad.

Se encomienda también al Juzgador un estudio singular y específico en cada caso, debiendo constar en el expediente los datos psicológicos, educativos, familiares y de entorno social del menor afectado. Para ello es de gran utilidad la existencia de un Registro donde conste la referencia de quienes han sido sentenciados por los Tribunales de Menores, de tal forma que los Jueces de Menores y el Ministerio Fiscal puedan conocer esos posibles precedentes de un menor sujeto al procedimiento de responsabilidad que contempla la Ley.

De acuerdo con los principios que rigen el Pacto de Estado para la reforma de la Justicia, para su modernización e incorporación a las nuevas tecnologías de una sociedad de la información, el Registro se organiza con criterios de rapidez y eficacia; de ahí que expresamente se configure una estructura funcional informatizada con sistemas homogéneos y compatibles con los utilizados por los órganos judiciales a los que presta servicio, y se establezca la comunicación telemática entre ambos.

Estos mismos principios de agilidad han fundamentado la ordenación de plazos exigüos: Diez días para comunicar la sentencia al Registro y tres días para la expedición por éste de los datos requeridos.

Se permite la utilización por el Ministerio de Justicia de los datos registrados a efectos estadísticos, salvaguardando los derechos de los interesados de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, por lo que la presente norma prohíbe cualquier referencia personal en la divulgación de esa información.

En su virtud, a propuesta del Ministro de Justicia, previo informe del Consejo General del Poder Judicial, con la aprobación del Ministro de Administraciones Públicas, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 1 de marzo de 2002, dispongo:

Artículo 1. *Objeto.*

El presente Real Decreto regula la Organización y Funcionamiento del Registro de Sentencias sobre Responsabilidad Penal de los Menores, previsto en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, que tiene por objeto la inscripción de las sentencias que, con carácter de firmes, dicten los Juzgados y Tribunales en aplicación de esa Ley Orgánica.

Artículo 2. *Organización del Registro.*

1. El Registro, de conformidad con lo previsto en la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, está integrado en la Administración General del Estado y adscrito al Ministerio de Justicia.

2. La gestión del Registro corresponderá a la Subdirección General de Relaciones con la Administración de Justicia y el Ministerio Fiscal.

3. El Registro de Sentencias sobre Responsabilidad Penal de los Menores es único en todo el territorio nacional y tiene su sede en Madrid.

Artículo 3. *Contenido de la inscripción.*

Las inscripciones en el Registro contendrán, con respecto a cada sentencia declarada firme, aquellos datos de la misma referidos a:

- a) Órgano judicial que dictó la sentencia, fecha de la misma y número de referencia del expediente.
- b) Fecha en que adquiere firmeza la sentencia y demás datos de la ejecutoria.
- c) Circunstancias personales, filiación y domicilio del menor responsable.
- d) Expresión concreta de las medidas impuestas al menor, entre las previstas en el artículo 7 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, su duración y, en su caso, el lugar de cumplimiento.
- e) La suspensión, reducción o sustitución de la medida impuesta que acuerde el Juez mediante auto motivado, cuando éste sea firme.
- f) Fecha de prescripción, de cumplimiento o finalización por cualquier causa de la medida o medidas impuestas.

Artículo 4. *Remisión de la información.*

Los Juzgados y Tribunales competentes en la materia remitirán, de oficio, una comunicación al Registro dentro de los diez días siguientes a la fecha en que la sen-

tencia adquiera firmeza, conteniendo los datos de la misma a que se refiere el artículo anterior. Igualmente, remitirán, dentro del mismo plazo desde la fecha de firmeza, los datos del auto a que se refiere el párrafo e) del artículo anterior, así como la fecha de cumplimiento o finalización por cualquier causa de la medida o medidas impuestas.

Artículo 5. Soporte de la información y régimen de las comunicaciones.

1. Las anotaciones estarán contenidas en registros apropiados para almacenar y expresar, con garantía jurídica y de modo indubitado, toda la información que ha de constar en el Registro, con facilidad de recuperación y garantía de su conservación y transmisión.

2. Las comunicaciones entre Juzgados y Tribunales y el Registro se realizarán por procedimientos telemáticos, de tal forma que el soporte utilizado asegure la autenticidad de la comunicación y de su contenido y quede constancia de la remisión y recepción íntegras y del momento en que se hicieron. A tal fin, los sistemas informáticos del Registro serán compatibles con los de los órganos judiciales para asegurar la homogeneidad de la comunicación.

Artículo 6. Acceso a las inscripciones.

1. Sólo tendrán acceso a los datos contenidos en el Registro los órganos jurisdiccionales que conozcan de los procedimientos previstos en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, y el Ministerio Fiscal, a los efectos de su utilización en los procedimientos o actuaciones de los que estén conociendo.

2. La petición de información se ajustará a los modelos que, al efecto, apruebe el Ministerio de Justicia y será facilitada por el Registro en un plazo máximo de tres días, a partir del día siguiente a aquel en que fue solicitada.

3. La Administración General del Estado podrá elaborar y publicar estadísticas de los asientos contenidos en el Registro, eludiendo cualquier referencia personal en la información y teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y sus disposiciones complementarias.

Artículo 7. Cancelación de datos.

Transcurridos diez años, a contar desde que el menor hubiera alcanzado la mayoría de edad, o haya cumplido los veintinueve años, en los casos en que a éstos se les aplique el artículo 4 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, y siempre que en uno y otro caso las medidas judicialmente impuestas hayan sido ejecutadas en su plenitud o prescrito, el Ministerio de Justicia procederá de oficio a la cancelación de cuantas inscripciones de sentencias referentes al mismo consten en el Registro.

Disposición transitoria primera. Implantación gradual de las comunicaciones telemáticas.

Hasta tanto no exista en los órganos judiciales dotación informática suficiente, las comunicaciones a que se refiere el artículo 5 se realizarán por medios que permitan tener constancia del origen y autenticidad de las mismas.

Disposición transitoria segunda. *Comunicaciones de sentencias anteriores a la entrada en vigor de este Real Decreto.*

1. Las sentencias firmes dictadas por los Juzgados y Tribunales competentes en la materia antes del funcionamiento del Registro serán anotadas cuando el mismo esté establecido, con indicación de la fecha en que adquirieron firmeza.

2. A estos efectos, los Juzgados y Tribunales competentes en la materia remitirán al gestor del Registro los datos a los que se refiere el artículo 3, relativos a las sentencias firmes dictadas a partir de la vigencia de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores, y antes de la entrada en vigor del presente Real Decreto.

Disposición final primera. *Facultades de desarrollo.*

Se autoriza al Ministro de Justicia para que adopte las medidas necesarias para el desarrollo y ejecución del presente Real Decreto.

Disposición final segunda. *Entrada en vigor.*

El presente Real Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

LEY ORGÁNICA 3/2002, DE 22 DE MAYO. MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL Y LA LEY ORGÁNICA 13/1985, DE 9 DE DICIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL MILITAR, EN MATERIA DE DELITOS RELATIVOS AL SERVICIO MILITAR Y A LA PRESTACIÓN SOCIAL SUSTITUTORIA

(«BOE» núm. 123, de 23 de mayo de 2002)

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El actual proceso de profesionalización de las Fuerzas Armadas en que se encuentra España ha permitido que, desde el 31 de diciembre del año 2001, tanto el cumplimiento del servicio militar como la prestación social sustitutoria hayan quedado suspendidos, en virtud de los Reales Decretos 247/2001, de 9 de marzo, y 342/2001, de 4 de abril, dictados en uso de la autorización concedida al Gobierno por la disposición transitoria decimoctava de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas.

Este cambio trascendental debe tener su inmediato reflejo en la normativa penal, sin perjuicio de una posterior regulación de los supuestos de incumplimiento de las obligaciones relativas a la participación de todos los ciudadanos en la defensa, en consonancia con el derecho y el deber establecidos en el artículo 30.1 de la Constitución.

Por ello, mediante la presente Ley Orgánica se dejan sin contenido los artículos 527 y 604 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que tipifican los delitos contra los deberes de cumplimiento de la prestación social sustitutoria y de prestación del servicio militar, hoy de imposible comisión.

La reforma sería incompleta si no afectara también a la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar. Así, se deroga su artículo 119 bis, que castiga al militar de reemplazo que injustificadamente se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia por más de quince días o no se presentare transcurrido dicho plazo desde el momento en que debió efectuar su incorporación. Y también se da nueva redacción a su artículo 120, que tipifica el delito de desertión, que a partir de ahora sólo podrán cometer los militares profesionales y los reservistas incorporados a las unidades, centros u organismos correspondientes del Ministerio de Defensa.

Finalmente se incluye una disposición transitoria con la finalidad de que se revisen las sentencias firmes dictadas en relación con la comisión de los delitos que se despenalizan por la presente Ley Orgánica, y de que se sobresean y archiven los procedimientos penales incoados por dichos delitos.

Artículo 1. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Uno. La rúbrica del capítulo IV del Título XXI del Libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, queda redactada en los siguientes términos:

«De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas.»

Dos. Queda suprimida la sección 3.ª del capítulo IV del Título XXI del Libro II y sin contenido el artículo 527 del Código Penal.

Tres. La rúbrica del capítulo III del Título XXIII del Libro II del Código Penal, cuya división en secciones queda suprimida, tendrá la siguiente redacción:

«Del descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativas a la Defensa Nacional».

Cuatro. Queda sin contenido el artículo 604 del Código Penal.

Artículo 2. Modificación de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar.

Uno. La rúbrica del capítulo III del Título VI del Libro II de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar, queda redactada en los siguientes términos:

«Delitos contra el deber de presencia.»

Dos. Queda derogado el artículo 119 bis del Código Penal Militar.

Tres. El artículo 120 del Código Penal Militar queda redactado en los siguientes términos:

«Artículo 120.

Comete desertión el militar profesional o el reservista incorporado que, con ánimo de sustraerse permanentemente al cumplimiento de sus obligaciones militares, se ausentare de su unidad, destino o lugar de residencia. Será castigado con la pena de dos años y cuatro meses a seis años de prisión. En tiempo de guerra será castigado con la pena de prisión de seis a quince años.»

Disposición transitoria única. *Efectos retroactivos.*

En el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la presente Ley Orgánica, los Juzgados y Tribunales competentes, de oficio o a solicitud de parte y previa audiencia del Ministerio Fiscal, revisarán las sentencias condenatorias firmes y no ejecutadas totalmente dictadas como consecuencia de los hechos que en virtud de esta Ley Orgánica han dejado de ser delito.

En todo caso, serán cancelados de oficio, previo informe del Juez o Tribunal sentenciador, los antecedentes penales derivados de dichos delitos incluso en el supuesto de sentencias totalmente ejecutadas.

De igual modo, serán sobreesidos y archivados de oficio los procedimientos penales incoados por tales hechos en los que no haya recaído sentencia firme.

Disposición derogatoria única.

Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en la presente Ley Orgánica.

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 8/2002, DE 24 DE OCTUBRE, COMPLEMENTARIA DE LA LEY DE REFORMA PARCIAL DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL, SOBRE PROCEDIMIENTO PARA EL ENJUICIAMIENTO RÁPIDO E INMEDIATO DE DETERMINADOS DELITOS Y FALTAS, Y DE MODIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

(«BOE» núm. 258, de 28 de octubre de 2002)

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La Ley de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado, requiere en su regulación que algunos aspectos no susceptibles de modificación por una Ley ordinaria, de acuerdo con nuestra Constitución, sean aprobados con el carácter de Ley Orgánica. Tal ocurre, por ejemplo, respecto de la novedosa posibilidad de que el Juez de Instrucción pueda, en determinados casos, dictar sentencia de conformidad sin entrar a enjuiciar los hechos, en la medida en que supone una competencia que requiere la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En consecuencia, resulta imprescindible aprobar, mediante Ley Orgánica complementaria, la reforma necesaria para hacer coherente la Ley de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado, con la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Artículo 1.

1. Se da nueva redacción al artículo 801 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal:
«Artículo 801.

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, remitiéndose entonces todas las actuaciones al Juzgado de lo Penal que corresponda para la ejecución de la sentencia, cuando concurren los siguientes requisitos:

1.º Que no se hubiere constituido acusación particular y el Ministerio Fiscal hubiere solicitado la apertura del juicio oral y, así acordada por el Juez de Guardia, aquél hubiere 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 diez 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 dictará, en su caso, sentencia de conformidad, en la que impondrá la pena solicitada reducida en un tercio, 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.ª 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.ª 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. 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.»

2. Se introduce un nuevo artículo 823 bis en el Título V del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con la siguiente redacción:

«Artículo 823 bis.

Las normas del presente título serán también aplicables al enjuiciamiento de los delitos cometidos a través de medios sonoros o fotográficos, difundidos por escrito, radio, televisión, cinematógrafo u otros similares.

Los Jueces, al iniciar el procedimiento, podrán acordar, según los casos, el secuestro de la publicación o la prohibición de difundir o proyectar el medio a través del cual se produjo la actividad delictiva. *Contra dicha resolución podrá interponerse directamente recurso de apelación, que deberá ser resuelto en el plazo de cinco días.»*

Artículo 2.

1. Se añade un segundo párrafo a la letra *a*) del artículo 87 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, con la siguiente redacción:

«Les corresponde asimismo dictar sentencia de conformidad con la acusación en los casos establecidos por la Ley.»

2. El apartado 1 del artículo 482 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, queda redactado como sigue:

«1. Podrán cubrirse en régimen de provisión temporal las Secretarías vacantes o que resulten desiertas en concursos de traslado, siempre que no pudieran atenderse adecuadamente mediante el mecanismo ordinario de sustitución, o sus titulares estén en situación de licencia por enfermedad de larga duración o excedencia por cuidado de hijo menor.

Por Real Decreto se regulará el procedimiento de selección y nombramiento de los Secretarios Judiciales sustitutos.»

Disposición final única.

La presente Ley Orgánica entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

LEY 38/2002, DE 24 DE OCTUBRE, DE REFORMA PARCIAL DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL, SOBRE PROCEDIMIENTO PARA EL ENJUICIAMIENTO RÁPIDO E INMEDIATO DE DETERMINADOS DELITOS Y FALTAS, Y DE MODIFICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

(«BOE» núm. 258, de 28 de octubre de 2002)

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I

La presente Ley es fruto destacado del espíritu de consenso que anima el Pacto de Estado para la reforma de la Justicia. Entre los muchos objetivos de dicho Pacto está el de que una futura Ley de Enjuiciamiento Criminal consiga «la agilización de los procedimientos, la mejora de los procedimientos abreviados, el enjuiciamiento inmediato de los delitos menos graves y flagrantes, y la simplificación de trámites en las grandes causas». Este objetivo no admite demora y debe ser acometido con prontitud a través de una reforma parcial de la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal. Se trata de profundizar en la vía abierta por lo que en el lenguaje forense y hasta en el lenguaje coloquial se conocen como «juicios rápidos», dando lugar, en algunos casos, a una justicia realmente inmediata.

En efecto, en determinados supuestos, la tramitación de los procesos penales se prolonga en el tiempo mucho más de lo que resulta necesario y aconsejable; y esta dilación es fuente de ciertas situaciones que han generado en los últimos tiempos una notable preocupación social: los retrasos en la sustanciación de los procesos penales son aprovechados en ocasiones por los imputados para ponerse fuera del alcance de

la autoridad judicial y, sobre todo, para reiterar conductas delictivas, lo que genera una impresión generalizada de aparente impunidad y de indefensión de la ciudadanía ante cierto tipo de delitos. La inmediatez y aceleración en la respuesta estatal ante la delincuencia es, sin duda, una pieza clave para evitar los fenómenos antes descritos y permitir que la Justicia penal cumpla alguno de los fines que tiene asignados. Esta es la finalidad primordial que persigue la presente reforma parcial.

La presente Ley parte de la experiencia acumulada con las precedentes medidas legislativas que trataron de obtener este resultado. Así, las reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal realizadas por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, y por la Ley Orgánica 2/1998, de 15 de junio, de modificación del Código Penal, y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, supusieron la introducción y el perfeccionamiento, respectivamente, del llamado sistema de «juicios rápidos», a través de ciertas especialidades del procedimiento abreviado concedidas para acelerar las instrucciones y los juicios orales.

Lo cierto es que en la práctica la eficacia de los denominados «juicios rápidos» ha sido muy desigual, lo que debe en buena parte atribuirse a la configuración y limitaciones legales: su regulación como diversas especialidades dentro del procedimiento abreviado tipo y no como un procedimiento especial, la ausencia de plazos máximos de la actividad preparatoria e instructora, así como para la celebración de juicio oral cuando, al contrario, para este último se fija un plazo mínimo de diez días; la marginación de los principios de concentración y oralidad; la insuficiente concreción de las circunstancias y los delitos que podrían dar lugar a la incoación de este procedimiento, algunas limitaciones impuestas a la policía judicial, etc. De ahí que se considere necesaria una reforma legal que regule más detalladamente los mecanismos de aceleración de los procesos por delitos y que al tiempo cree nuevos expedientes procesales de aceleración de la Justicia penal. Esta nueva regulación legal, que irá acompañada de los recursos humanos y de los medios materiales necesarios, nace con vocación de producir un giro en los hábitos de nuestra Administración de Justicia, en la percepción que tiene la ciudadanía respecto de la lentitud de la persecución penal y en la aparente impunidad de los delincuentes.

Para alcanzar esta finalidad se incorporan a la Ley de Enjuiciamiento Criminal las siguientes novedades, cuyas razones sucintamente se exponen.

II

En primer lugar, se crea un proceso especial para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, que en ciertos casos permite el enjuiciamiento inmediato de los mismos. El ámbito de aplicación de este nuevo proceso especial –al que se aplican supletoriamente las normas del procedimiento abreviado– se determina con arreglo a criterios que sirven de claro indicio, según máximas de la experiencia, de que será posible en la práctica una sustanciación del proceso en tiempos mucho más reducidos que los hasta ahora habituales. Se trata en todo caso de hechos punibles en que la Policía Judicial ha detenido a una persona y la ha puesto a disposición del Juzgado de Guardia o en que, aun sin detenerla, la ha citado para comparecer ante el Juzgado de Guardia por tener la calidad de denunciado en el atestado policial. Son, por tanto, supuestos en que ha habido detención policial o citación policial para comparecer ante el Juzgado de Guardia. Además, junto a lo anterior, dentro del genérico ámbito de aplicación del procedimiento abreviado, este procedimiento especial queda circunscrito en su aplicación en virtud de las tres siguientes circunstancias, cualquiera de las cuales funda su aplicación.

En primer término, que se trate de delitos flagrantes, entendiendo por tales aquellos en que no hay solución de continuidad entre la comisión del hecho punible y la actuación policial que conduce a la detención o a la citación.

En segundo término, 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.

En tercer término, que se trate de hechos punibles en que se aprecie, con independencia de las circunstancias anteriores, facilidad instructora, es decir, en que las circunstancias del caso permitan presumir que la investigación será sencilla y que, por tanto, podrá terminarse en breve plazo.

La genuina y más importante aceleración de estos procesos rápidos –aunque no la única– es la que ha de darse en el tiempo que transcurre desde la incoación del proceso penal hasta la celebración del juicio oral, sin perjuicio de que también éste, así como la emisión de la sentencia y la tramitación de los eventuales recursos, se realicen con rapidez. A estos efectos, la pieza clave del nuevo procedimiento consiste en una instrucción concentrada ante el Juzgado de Guardia: toda la fase de instrucción y de preparación del juicio oral ha de ser realizada en brevísimos plazos ante el órgano judicial. Este proceso, si bien tendrá especial impacto en las grandes ciudades, está pensado para que pueda y deba ser aplicado en todos los partidos judiciales de España, con independencia de su tamaño y de su índice de delincuencia.

La experiencia cotidiana de muchos Juzgados de Instrucción demuestra que un amplio número de conductas aparentemente delictivas es susceptible de una investigación relativamente sencilla: son pocas, y de práctica escasamente complicada, las diligencias tras cuya realización puede decidirse si procede el sobreseimiento o bien la celebración de un juicio oral. Para que se pueda llevar a cabo esta concentración de las actuaciones ante el Juzgado de Guardia, la Ley procesal ha de hacer determinadas previsiones como, entre otras, el reforzamiento de las funciones de la Policía Judicial, el aseguramiento de la presencia de todos los afectados en el servicio de guardia o la participación activa del Ministerio Fiscal, el cual cobra un destacado protagonismo y, por tanto, asumirá, junto con los Juzgados de Instrucción, una particular responsabilidad en la eficacia de la reforma. Por otro lado, en los casos en que la instrucción concentrada aboca a la celebración del juicio oral, la rapidez del sistema depende de la coordinación entre el Juzgado de Guardia y el órgano enjuiciador.

III

Resulta imprescindible que la creación de este proceso especial vaya acompañada de una reforma del procedimiento abreviado. Tras más de trece años de vigencia, no son pocos los aspectos del procedimiento abreviado –por el que se encauzan en la actualidad la investigación y el enjuiciamiento de la inmensa mayoría de los hechos delictivos– en que la jurisprudencia constitucional y ordinaria, la práctica de nuestros Tribunales y la doctrina han detectado problemas cuya solución no debe demorarse. Además, dada la aplicación supletoria de las normas del procedimiento abreviado al proceso especial que se crea, hay aspectos de los llamados «juicios rápidos» que no serían eficaces sin dichas modificaciones. Ello no significa que una futura reforma global de nuestro enjuiciamiento criminal no deba incidir en muchas otras instituciones.

Las reformas que se introducen en el procedimiento abreviado son de muchos tipos. En unos casos, se trata de modificaciones meramente sistemáticas o de redacción, como en el caso de que el Ministerio Fiscal solicite el sobreseimiento y no estuviesen personados los ofendidos por el delito como perjudicados ejercientes de la acusación particular, trasponiéndose, a tal fin, al procedimiento abreviado la previsión, ya existente en el procedimiento ordinario, de hacerse saber la pretensión del Ministerio Fiscal a dichos interesados en el ejercicio de la acción penal. En otros casos, se trata de cambios de mayor o menor calado en su contenido. Así, por ejemplo, entre otros muchos, la regulación de los recursos o el régimen de la conformidad. Sobre este último punto, ha de destacarse que, para permitir un razonable y mesurado sistema de conformidad del acusado con la pena solicitada en el mismo Juzgado de Guardia, resulta necesario reformar en ciertos aspectos el marco jurídico de la conformidad en el procedimiento abreviado.

IV

Otra importante premisa de esta reforma es que 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 (hurtos y daños en bienes públicos o privados de hasta cincuenta mil pesetas, lesiones que requieran simplemente una primera asistencia facultativa, etc.). La presente Ley reforma determinados artículos de la regulación del juicio de faltas para permitir que, en no pocos casos, dicho juicio se celebre ante el propio Juzgado de Guardia en pocas horas, incluso en menos de veinticuatro, desde que éste tenga noticia del hecho y que, de no ser posible dicho juicio inmediato, el órgano de guardia proceda a la citación de las partes para que el juicio se celebre en un breve plazo.

Artículo 1.

Se da una nueva redacción al Título II del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

«TÍTULO II

Del procedimiento abreviado

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 757.

Sin perjuicio de lo establecido para los procesos especiales, el procedimiento regulado en este Título se aplicará al enjuiciamiento de los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años, o bien con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía o duración.

Artículo 758.

El enjuiciamiento de los delitos enumerados en el artículo anterior se acomodará a las normas comunes de esta Ley, con las modificaciones consignadas en el presente Título.

Artículo 759.

En las causas comprendidas en este Título, las cuestiones de competencia que se promuevan entre Juzgados y Tribunales de la jurisdicción ordinaria se sustanciarán según las reglas siguientes:

1.^a Cuando un Tribunal o Juzgado rehusare el conocimiento de una causa o reclamare el conocimiento de la que otro tuviere, y haya duda acerca de cuál de ellos es el competente, si no resulta acuerdo a la primera comunicación que con tal motivo se dirijan, pondrán el hecho, sin dilación, en conocimiento del superior jerárquico, por medio de exposición razonada, para que dicho superior, tras oír al Fiscal y a las partes personadas en comparecencia que se celebrará dentro de las veinticuatro horas siguientes, decida en el acto lo que estime procedente, sin ulterior recurso.

Cuando la cuestión surja en la fase de instrucción, cada uno de los Juzgados continuará practicando las diligencias urgentes y absolutamente indispensables para la comprobación del delito y averiguación e identificación de los posibles culpables.

2.^a Ningún Juez de Instrucción, de lo Penal, o Central de Instrucción o de lo Penal, podrá promover cuestiones de competencia a las Audiencias respectivas, sino exponerles, oído el Ministerio Fiscal por plazo de un día, las razones que tenga para creer que le corresponde el conocimiento del asunto. El Tribunal dará vista de la exposición y antecedentes al Ministerio Fiscal y a las partes personadas por plazo de dos días y, luego de oídos todos, sin más trámites, resolverá dentro del tercer día lo que estime procedente, comunicando esta resolución al Juzgado que la haya expuesto para su cumplimiento.

3.^a Cuando algún Juez de Instrucción, de lo Penal, o Central de Instrucción o de lo Penal, viniere entendiendo de causa atribuida a la competencia de las Audiencias respectivas se limitarán éstas a ordenar a aquél, oídos el Ministerio Fiscal y las partes personadas por plazo de dos días, que se abstenga de conocer y les remita las actuaciones.

Artículo 760.

Iniciado un proceso de acuerdo con las normas de este Título, en cuanto aparezca que el hecho no se halla comprendido en alguno de los supuestos del artículo 757, se continuará conforme a las disposiciones generales de esta Ley, sin retroceder en el procedimiento más que en el caso de que resulte necesario practicar diligencias o realizar actuaciones con arreglo a dichos preceptos legales. Por el contrario, iniciado un proceso conforme a las normas comunes de esta Ley, continuará su sustanciación de acuerdo con las del presente Título en cuanto conste que el hecho enjuiciado se halla comprendido en alguno de los supuestos del artículo 757. En ambos casos el cambio de procedimiento no implicará el de instructor. Iniciado un proceso conforme a las normas de esta Ley, en cuanto aparezca que el hecho podría constituir un delito cuyo enjuiciamiento sea competencia del Tribunal del Jurado, se estará a lo dispuesto en el artículo 309 bis. Acordado el procedimiento que deba

seguirse, se le hará saber inmediatamente al Ministerio Fiscal, al imputado y a las partes personadas.

Artículo 761.

1. El ejercicio por particulares, sean o no ofendidos por el delito, de la acción penal o de la civil derivada del mismo habrá de efectuarse en la forma y con los requisitos señalados en el Título II del Libro II, expresando la acción que se ejercite.

2. Sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado anterior, al ofendido o perjudicado por el delito se le instruirá de los derechos que le asisten conforme a lo dispuesto en los artículos 109 y 110 y demás disposiciones, pudiendo mostrarse parte en la causa sin necesidad de formular querrela.

Artículo 762.

Los Jueces y Tribunales observarán en la tramitación de las causas a que se refiere este Título las siguientes reglas:

1.^a El Juez o Tribunal que ordene la práctica de cualquier diligencia se entenderá directamente con el Juez, Tribunal, autoridad o funcionario encargado de su realización aunque el mismo no le esté inmediatamente subordinado ni sea superior inmediato de aquéllos.

2.^a Para cursar los despachos que se expidan se utilizará siempre el medio más rápido, acreditando por diligencia las peticiones de auxilio que no se hayan solicitado por escrito.

3.^a Si el que hubiere de ser citado no tuviere domicilio conocido o no fuere encontrado por la Policía Judicial en el plazo señalado a ésta, el Juez o Tribunal mandará publicar la correspondiente cédula por el medio que estime más idóneo para que pueda llegar a conocimiento del interesado, y sólo cuando lo considere indispensable acordará su divulgación por los medios de comunicación social.

4.^a Las requisitorias que hayan de expedirse se insertarán en el fichero automatizado correspondiente de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y, cuando se considere oportuno, en los medios de comunicación escrita.

5.^a A todo escrito y a los documentos que se presenten en la causa se acompañarán tantas copias literales de los mismos, realizadas por cualquier medio de reproducción, cuantas sean las otras partes y el Fiscal, a quienes se entregarán al notificarles la resolución que haya recaído en el escrito respectivo.

La omisión de las copias sólo dará lugar a su libramiento por el Secretario a costa del omitente, si éste no las presenta en el plazo de una audiencia.

6.^a Para enjuiciar los delitos conexos comprendidos en este Título, cuando existan elementos para hacerlo con independencia, y para juzgar a cada uno de los imputados, cuando sean varios, podrá acordar el Juez la formación de las piezas separadas que resulten convenientes para simplificar y activar el procedimiento.

7.^a En las declaraciones se reseñará el documento nacional de identidad de las personas que las presten, salvo que se tratara de agentes de la autoridad, en cuyo caso bastará la reseña del número de carné profesional. Cuando por tal circunstancia o por cualquier otra no ofreciere duda la identidad del imputado y conocidamente tuviere la edad de dieciocho años, se prescindirá de traer a la causa el certificado de nacimiento. En otro caso, se unirá dicho certificado y la correspondiente ficha dactiloscópica. No se demorará la conclusión de la instrucción por falta del certificado de nacimiento, sin perjuicio de que cuando se reciba se aporte a las actuaciones.

8.^a Cuando los imputados o testigos no hablen o no entendieren el idioma español, se procederá de conformidad con lo dispuesto en los artículos 398, 440 y 441, sin que sea preciso que el intérprete designado tenga título oficial.

9.^a La información prevenida en el artículo 364 sólo se verificará cuando a juicio del instructor hubiere duda acerca de la preexistencia de la cosa objeto de la sustracción o defraudación.

10.^a Los informes y declaraciones a que se refieren los artículos 377 y 378 únicamente se pedirán y recibirán cuando el Juez los considerase imprescindibles.

11.^a Cuando los hechos enjuiciados deriven del uso y circulación de vehículos de motor, se reseñará, también, en la primera declaración que presten los conductores, los permisos de conducir de éstos y de circulación de aquéllos y el certificado del seguro obligatorio, así como el documento acreditativo de su vigencia. También se reseñará el certificado del seguro obligatorio y el documento que acredite su vigencia en aquellos otros casos en que la actividad se halle cubierta por igual clase de seguro.

Artículo 763.

El Juez o Tribunal podrá acordar la detención o cualesquiera medidas privativas de libertad o restrictivas de derechos en los casos en que procedan, conforme a las reglas generales de esta Ley. Las actuaciones que motiven la aplicación de estas medidas se contendrán en pieza separada.

Artículo 764.

1. Asimismo, el Juez o Tribunal podrá adoptar medidas cautelares para el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias, incluidas las costas. Tales medidas se acordarán mediante auto y se formalizarán en pieza separada.

2. A estos efectos se aplicarán las normas sobre contenido, presupuestos y caución sustitutoria de las medidas cautelares establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. La prestación de las cauciones que se acuerden se hará en la forma prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil y podrá ser realizada por la entidad en que tenga asegurada la responsabilidad civil la persona contra quien se dirija la medida.

3. En los supuestos en que las responsabilidades civiles estén total o parcialmente cubiertas por un seguro obligatorio de responsabilidad civil se requerirá a la entidad aseguradora o al Consorcio de Compensación de Seguros, en su caso, para que, hasta el límite del seguro obligatorio, afiance aquéllas. Si la fianza exigida fuera superior al expresado límite, el responsable directo o subsidiario vendrá obligado a prestar fianza o aval por la diferencia, procediéndose en otro caso al embargo de sus bienes. La entidad responsable del seguro obligatorio no podrá, en tal concepto, ser parte del proceso, sin perjuicio de su derecho de defensa en relación con la obligación de afianzar, a cuyo efecto se le admitirá el escrito que presentare, resolviéndose sobre su pretensión en la pieza correspondiente.

4. Se podrá acordar la intervención inmediata del vehículo y la retención del permiso de circulación del mismo, por el tiempo indispensable, cuando fuere necesario practicar alguna investigación en aquél o para asegurar las responsabilidades pecuniarias, en tanto no conste acreditada la solvencia del imputado o del tercero responsable civil. También podrá acordarse la intervención del permiso de conducción requiriendo al imputado para que se abstenga de conducir vehículos de motor, en tanto subsista la medida, con la prevención de lo dispuesto en el artículo 556 del Código Penal. Las medidas anteriores, una vez adoptadas, llevarán consigo la retirada

de los documentos respectivos y su comunicación a los organismos administrativos correspondientes.

Artículo 765.

1. En los procesos relativos a hechos derivados del uso y circulación de vehículos de motor, el Juez o Tribunal podrá señalar y ordenar el pago de la pensión provisional que, según las circunstancias, considere necesaria en cuantía y duración para atender a la víctima y a las personas que estuvieren a su cargo. El pago de la pensión se hará anticipadamente en las fechas que discrecionalmente señale el Juez o Tribunal, a cargo del asegurador, si existiere, y hasta el límite del seguro obligatorio, o bien con cargo a la fianza o al Consorcio de Compensación de Seguros, en los supuestos de responsabilidad civil del mismo, conforme a las disposiciones que le son propias. Igual medida podrá acordarse cuando la responsabilidad civil derivada del hecho esté garantizada con cualquier seguro obligatorio. Todo lo relacionado con esta medida se actuará en pieza separada. La interposición de recursos no suspenderá la obligación de pago de la pensión.

2. En los procesos relativos a hechos derivados del uso y circulación de vehículos de motor, el Juez o Tribunal podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, a los imputados que no estén en situación de prisión preventiva y que tuvieran su domicilio o residencia habitual en el extranjero, para ausentarse del territorio español. Para ello será indispensable que dejen suficientemente garantizadas las responsabilidades pecuniarias de todo orden derivadas del hecho punible, designen persona con domicilio fijo en España que reciba las notificaciones, citaciones y emplazamientos que hubiere que hacerles, con la prevención contenida en el artículo 775 en cuanto a la posibilidad de celebrar el juicio en su ausencia, y que presten caución no personal, cuando no esté ya acordada fianza de la misma clase, para garantizar la libertad provisional y su presentación en la fecha o plazo que se les señale. Igual atribución y con las mismas condiciones corresponderá al Juez o Tribunal que haya de conocer de la causa. Si el imputado no compareciese, se adjudicará al Estado el importe de la caución y se le declarará en rebeldía, observándose lo dispuesto en el artículo 843, salvo que se cumplan los requisitos legales para celebrar el juicio en su ausencia.

Artículo 766.

1. 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. Salvo que la Ley disponga otra cosa, los recursos de reforma y apelación no suspenderán el curso del procedimiento.

2. El recurso de apelación podrá interponerse subsidiariamente con el de reforma o por separado. En ningún caso será necesario interponer previamente el de reforma para presentar la apelación.

3. El recurso de apelación se presentará dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto recurrido o del resolutorio del recurso de reforma, mediante escrito en el que se expondrán los motivos del recurso, se señalarán los particulares que hayan de testimoniarse y al que se acompañarán, en su caso, los documentos justificativos de las peticiones formuladas. Admitido éste, se dará traslado a las demás partes personadas por un plazo común de cinco días para que puedan alegar por escrito lo que estimen conveniente, señalar otros particulares que deban ser testimoniados y presentar los documentos justificativos de sus pretensiones. En los dos días siguientes a la finalización del plazo, se remitirá testimonio de los particulares seña-

lados a la Audiencia respectiva que, sin más trámites, resolverá dentro de los cinco días siguientes. Excepcionalmente, la Audiencia podrá reclamar las actuaciones para su consulta siempre que con ello no se obstaculice la tramitación de aquéllas, en estos casos, deberán devolverse las actuaciones al Juez en el plazo máximo de tres días.

4. Si el recurso de apelación se hubiere interpuesto subsidiariamente con el de reforma, si éste resulta total o parcialmente desestimatorio, antes de dar traslado a las demás partes personadas, se dará traslado al recurrente por un plazo de cinco días para que formule alegaciones y pueda presentar, en su caso, los documentos justificativos de sus peticiones.

5. Si en el auto recurrido en apelación se acordare la prisión provisional de alguno de los imputados, respecto de dicho pronunciamiento podrá el apelante solicitar en el escrito de interposición del recurso la celebración de vista, que acordará la Audiencia respectiva. Cuando el auto recurrido contenga otros pronunciamientos sobre medidas cautelares, la Audiencia podrá acordar la celebración de vista si lo estima conveniente. La vista deberá celebrarse dentro de los diez días siguientes a la recepción de la causa en dicha Audiencia.

Artículo 767.

Desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada 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.

Artículo 768.

El abogado designado para la defensa tendrá también habilitación legal para la representación de su defendido, no siendo necesaria la intervención de procurador hasta el trámite de apertura del juicio oral. Hasta entonces cumplirá el abogado el deber de señalamiento de domicilio a efectos de notificaciones y traslados de documentos.

CAPÍTULO II

DE LAS ACTUACIONES DE LA POLICÍA JUDICIAL Y DEL MINISTERIO FISCAL

Artículo 769.

Sin perjuicio de lo establecido en el Título III del Libro II de esta Ley, tan pronto como tenga conocimiento de un hecho que revista caracteres de delito, la Policía Judicial observará las reglas establecidas en este capítulo.

Artículo 770.

La Policía Judicial acudirá de inmediato al lugar de los hechos y realizará las siguientes diligencias:

1.^a Requerirá la presencia de cualquier facultativo o personal sanitario que fuere habido para prestar, si fuere necesario, los oportunos auxilios al ofendido. El

requerido, aunque sólo lo fuera verbalmente, que no atienda sin justa causa el requerimiento será sancionado con una multa de 500 a 5.000 euros, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que hubiera podido incurrir.

2.^a Acompañará al acta de constancia fotografías o cualquier otro soporte magnético o de reproducción de la imagen, cuando sea pertinente, para el esclarecimiento del hecho punible y exista riesgo de desaparición de sus fuentes de prueba.

3.^a Recogerá y custodiará en todo caso los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, para ponerlos a disposición de la autoridad judicial.

4.^a Si se hubiere producido la muerte de alguna persona y el cadáver se hallare en la vía pública, en la vía férrea o en otro lugar de tránsito, lo trasladará al lugar próximo que resulte más idóneo dentro de las circunstancias, restableciendo el servicio interrumpido y dando cuenta de inmediato a la autoridad judicial. En las situaciones excepcionales, en que haya de adoptarse tal medida de urgencia, se reseñará previamente la posición del interfecto, obteniéndose fotografías y señalando sobre el lugar la situación exacta que ocupaba.

5.^a Tomará los datos personales y dirección de las personas que se encuentren en el lugar en que se cometió el hecho, así como cualquier otro dato que ayude a su identificación y localización, tales como lugar habitual de trabajo, números de teléfono fijo o móvil, número de fax o dirección de correo electrónico.

6.^a Intervendrá, de resultar procedente, el vehículo y retendrá el permiso de circulación del mismo y el permiso de conducir de la persona a la que se impute el hecho.

Artículo 771.

En el tiempo imprescindible y, en todo caso, durante el tiempo de la detención, si la hubiere, la Policía Judicial practicará las siguientes diligencias:

1.^a Cumplirá con los deberes de información a las víctimas que prevé la legislación vigente. En particular, informará al ofendido y al perjudicado por el delito, de forma escrita, de los derechos que les asisten de acuerdo con lo establecido en los artículos 109 y 110. Se instruirá al ofendido de su derecho a mostrarse parte en la causa sin necesidad de formular querrela y, tanto al ofendido como al perjudicado, de su derecho a nombrar Abogado o instar el nombramiento de Abogado de oficio en caso de ser titulares del derecho a la asistencia jurídica gratuita, de su derecho a, una vez personados en la causa, tomar conocimiento de lo actuado, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 301 y 302, e instar lo que a su derecho convenga. Asimismo, se les informará de que, de no personarse en la causa y no hacer renuncia ni reserva de acciones civiles, el Ministerio Fiscal las ejercitará si correspondiere.

2.^a Informará en la forma más comprensible al imputado no detenido de cuáles son los hechos que se le atribuyen y de los derechos que le asisten. En particular, le instruirá de los derechos reconocidos en los apartados *a)*, *b)*, *c)* y *e)* del artículo 520.2.

Artículo 772.

1. Los miembros de la Policía Judicial requerirán el auxilio de otros miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad cuando fuera necesario para el desempeño de las funciones que por esta Ley se les encomiendan.

2. La Policía extenderá el atestado de acuerdo con las normas generales de esta Ley y lo entregará al Juzgado competente, pondrá a su disposición a los detenidos, si los hubiere, y remitirá copia al Ministerio Fiscal.

Artículo 773.

1. El Fiscal se constituirá en las actuaciones para el ejercicio de las acciones penal y civil conforme a la Ley. Velará por el respeto de las garantías procesales del imputado y por la protección de los derechos de la víctima y de los perjudicados por el delito.

En este procedimiento corresponde al Ministerio Fiscal, de manera especial, impulsar y simplificar su tramitación sin merma del derecho de defensa de las partes y del carácter contradictorio del mismo, dando a la Policía Judicial instrucciones generales o particulares para el más eficaz cumplimiento de sus funciones, interviniendo en las actuaciones, aportando los medios de prueba de que pueda disponer o solicitando del Juez de Instrucción la práctica de los mismos, así como instar de éste la adopción de medidas cautelares o su levantamiento y la conclusión de la investigación tan pronto como estime que se han practicado las actuaciones necesarias para resolver sobre el ejercicio de la acción penal. El Fiscal General del Estado impartirá cuantas órdenes e instrucciones estime convenientes respecto a la actuación del Fiscal en este procedimiento y, en especial, respecto a la aplicación de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 780. Tan pronto como se ordene la incoación del procedimiento para las causas ante el Tribunal del Jurado, se pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, quien comparecerá e intervendrá en cuantas actuaciones se lleven a cabo ante aquél.

2. Cuando el Ministerio Fiscal tenga noticia de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente o por serle presentada una denuncia o atestado, practicará él mismo u ordenará a la Policía Judicial que practique las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo. El Fiscal decretará el archivo de las actuaciones cuando el hecho no revista los caracteres de delito, comunicándolo con expresión de esta circunstancia a quien hubiere alegado ser perjudicado u ofendido, a fin de que pueda reiterar su denuncia ante el Juez de Instrucción. En otro caso, instará del Juez de Instrucción la incoación del procedimiento que corresponda con remisión de lo actuado, poniendo a su disposición al detenido, si lo hubiere, y los efectos del delito. El Ministerio Fiscal podrá hacer comparecer ante sí a cualquier persona en los términos establecidos en la Ley para la citación judicial, a fin de recibirle declaración, en la cual se observarán las mismas garantías señaladas en esta Ley para la prestada ante el Juez o Tribunal. Cesará el Fiscal en sus diligencias tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos.

CAPÍTULO III

DE LAS DILIGENCIAS PREVIAS

Artículo 774.

Todas las actuaciones judiciales relativas a delitos de los comprendidos en este Título se registrarán como diligencias previas y les será de aplicación lo dispuesto en los artículos 301 y 302.

Artículo 775.

En la primera comparecencia el Juez informará al imputado, en la forma más comprensible, de los hechos que se le imputan. Previamente, el Secretario le informará de sus derechos y le requerirá para que designe un domicilio en España en el que se harán las notificaciones, o una persona que las reciba en su nombre, con la advertencia de que la citación realizada en dicho domicilio o a la persona designada permitirá la celebración del juicio en su ausencia en los supuestos previstos en el artículo 786.

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.

Artículo 776.

1. En la primera comparecencia el Secretario Judicial informará al ofendido y al perjudicado de sus derechos, en los términos previstos en los artículos 109 y 110, incluso aunque previamente 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 y por el Juez en comparecencia no impedirá la continuación del procedimiento, sin perjuicio de que se proceda a realizarla por el medio más rápido posible.

3. Los que se personaren podrán desde entonces tomar conocimiento de lo actuado e instar la práctica de diligencias y cuanto a su derecho convenga, acordando el Juez lo procedente en orden a la práctica de estas diligencias.

Artículo 777.

1. El Juez ordenará a la Policía Judicial o practicará por sí las diligencias necesarias encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el órgano competente para el enjuiciamiento, dando cuenta al Ministerio Fiscal de su incoación y de los hechos que la determinen. Se emplearán para ello los medios comunes y ordinarios que establece esta Ley, con las modificaciones establecidas en el presente Título.

2. Cuando, por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima, o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral, o pudiera motivar su suspensión, el Juez de Instrucción practicará inmediatamente la misma, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes.

Dicha diligencia deberá documentarse en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o por medio de acta autorizada por el Secretario Judicial, con expresión de los intervinientes. A efectos de su valoración como prueba en sentencia, la parte a quien interese deberá instar en el juicio oral la reproducción de la grabación o la lectura literal de la diligencia, en los términos del artículo 730.

Artículo 778.

1. El informe pericial podrá ser prestado sólo por un Perito cuando el Juez lo considere suficiente.

2. 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.

3. El Juez podrá acordar, cuando lo considere necesario, que por el Médico Forense u otro Perito se proceda a la obtención de muestras o vestigios cuyo análisis pudiera facilitar la mejor calificación del hecho, acreditándose en las diligencias su remisión al laboratorio correspondiente, que enviará el resultado en el plazo que se le señale.

4. El Juez podrá acordar que no se practique la autopsia cuando por el Médico Forense o quien haga sus veces se dictaminen cumplidamente la causa y las circunstancias relevantes de la muerte sin necesidad de aquélla.

5. El Juez podrá ordenar que se preste la asistencia debida a los heridos, enfermos y cualquier otra persona que con motivo u ocasión de los hechos necesite asistencia facultativa, haciendo constar, en su caso, el lugar de su tratamiento, internamiento u hospitalización.

Artículo 779.

1. Practicadas sin demora las diligencias pertinentes, el Juez adoptará mediante auto alguna de las siguientes resoluciones:

1.^a Si estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración, acordará el sobreseimiento que corresponda notificando dicha resolución a quienes pudiera causar perjuicio, aunque no se hayan mostrado parte en la causa. Si, aun estimando que el hecho puede ser constitutivo de delito, no hubiere autor conocido, acordará el sobreseimiento provisional y ordenará el archivo.

2.^a Si reputare falta el hecho que hubiere dado lugar a la formación de las diligencias, mandará remitir lo actuado al Juez competente, cuando no le corresponda su enjuiciamiento.

3.^a Si el hecho estuviese atribuido a la jurisdicción militar, se inhibirá a favor del órgano competente. Si todos los imputados fuesen menores de edad penal, se dará traslado de lo actuado al Fiscal de Menores para que inicie los trámites de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor.

4.^a Si el hecho constituyera delito comprendido en el artículo 757, seguirá el procedimiento ordenado en el capítulo siguiente. Esta decisión, que contendrá la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan, no podrá adoptarse sin haber tomado declaración a aquélla en los términos previstos en el artículo 775.

5.^a Si, en cualquier momento anterior, el imputado asistido de su Abogado hubiere reconocido los hechos a presencia judicial, y éstos fueran constitutivos de delito castigado con pena incluida dentro de los límites previstos en el artículo 801, mandará convocar inmediatamente al Ministerio Fiscal y a las partes personadas a fin de que manifiesten si formulan escrito de acusación con la conformidad del acusado. En caso afirmativo, incoará diligencias urgentes y ordenará la continuación de las actuaciones por los trámites previstos en los artículos 800 y 801.

2. En los tres primeros supuestos, sino hubiere miembro del Ministerio Fiscal constituido en el Juzgado, ni hubieren interpuesto recurso las partes, se remitirán las diligencias al Fiscal de la Audiencia, el que, dentro de los tres días siguientes a su

recepción, las devolverá al Juzgado con el escrito de interposición del recurso o con la fórmula de «visto», procediéndose seguidamente en este caso a la ejecución de lo resuelto.

CAPÍTULO IV

DE LA PREPARACIÓN DEL JUICIO ORAL

Artículo 780.

1. Si el Juez de Instrucción acordare que debe seguirse el trámite establecido en este capítulo, en la misma resolución ordenará que se dé traslado de las diligencias previas, originales o mediante fotocopia, al Ministerio Fiscal y a las acusaciones personadas, para que, en el plazo común de diez días, soliciten la apertura del juicio oral formulando escrito de acusación o el sobreseimiento de la causa o, excepcionalmente, la práctica de diligencias complementarias, en el caso del apartado siguiente.

2. Cuando el Ministerio Fiscal manifieste la imposibilidad de formular escrito de acusación por falta de elementos esenciales para la tipificación de los hechos, se podrá instar, con carácter previo, la práctica de aquellas diligencias indispensables para formular acusación, en cuyo caso acordará el Juez lo solicitado.

El Juez acordará lo que estime procedente cuando tal solicitud sea formulada por la acusación o acusaciones personadas. En todo caso se citará para su práctica al Ministerio Fiscal, a las partes personadas y siempre al imputado, dándose luego nuevo traslado de las actuaciones.

Artículo 781.

1. El escrito de acusación comprenderá, además de la solicitud de apertura del juicio oral ante el órgano que se estime competente y de la identificación de la persona o personas contra las que se dirige la acusación, los extremos a que se refiere el artículo 650. La acusación se extenderá a las faltas imputables al acusado del delito o a otras personas, cuando la comisión de la falta o su prueba estuviera relacionada con el delito. También se expresarán la cuantía de las indemnizaciones o se fijarán las bases para su determinación y las personas civilmente responsables, así como los demás pronunciamientos sobre entrega y destino de cosas y efectos e imposición de costas procesales. En el mismo escrito se propondrán las pruebas cuya práctica se interese en el juicio oral, expresando si la reclamación de documentos o las citaciones de Peritos y testigos deben realizarse por medio de la Oficina Judicial. En el escrito de acusación se podrá solicitar la práctica anticipada de aquellas pruebas que no puedan llevarse a cabo durante las sesiones del juicio oral, así como la adopción, modificación o suspensión de las medidas a que se refieren los artículos 763, 764 y 765, o cualesquiera otras que resulten procedentes o se hubieren adoptado, así como la cancelación de las tomadas frente a personas contra las que no se dirija acusación.

2. El Ministerio Fiscal, previa información a su superior jerárquico, y las acusaciones personadas podrán solicitar justificadamente la prórroga del plazo establecido en el artículo anterior. El Juez de Instrucción, atendidas las circunstancias, podrá acordar la prórroga de dicho plazo por un máximo de otros diez días.

3. Si el Ministerio Fiscal no presentare su escrito en el plazo establecido en el artículo 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.

Artículo 782.

1. Si el Ministerio Fiscal y el acusador particular solicitaren el sobreseimiento de la causa por cualquiera de los motivos que prevén los artículos 637 y 641, lo acordará el Juez, excepto en los supuestos de los números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º del artículo 20 del Código Penal, en que devolverá las actuaciones a las acusaciones para calificación, continuando el juicio hasta sentencia, a los efectos de la imposición de medidas de seguridad y del enjuiciamiento de la acción civil, en los supuestos previstos en el Código Penal.

Al acordar el sobreseimiento, el Juez de Instrucción dejará sin efecto la prisión y demás medidas cautelares acordadas.

2. Si el Ministerio Fiscal solicitare el sobreseimiento de la causa y no se hubiere personado en la misma acusador particular dispuesto a sostener la acusación, antes de acordar el sobreseimiento el Juez de Instrucción:

a) Podrá acordar que se haga saber la pretensión del Ministerio Fiscal a los directamente ofendidos o perjudicados conocidos, no personados, para que dentro del plazo máximo de quince días comparezcan a defender su acción si lo consideran oportuno. Si no lo hicieren en el plazo fijado, se acordará el sobreseimiento solicitado por el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo siguiente.

b) Podrá remitir la causa al superior jerárquico del Fiscal para que resuelva si procede o no sostener la acusación, quien comunicará su decisión al Juez de Instrucción en el plazo de diez días.

Artículo 783.

1. Solicitada la apertura del juicio oral por el Ministerio Fiscal o la acusación particular, el Juez de Instrucción la acordará, salvo que estimare que concurre el supuesto del número 2 del artículo 637 o que no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado, en cuyo caso acordará el sobreseimiento que corresponda conforme a los artículos 637 y 641. Cuando el Juez de Instrucción decrete la apertura del juicio oral sólo a instancia del Ministerio Fiscal o de la acusación particular, se dará nuevo traslado a quien hubiere solicitado el sobreseimiento por plazo de tres días para que formule escrito de acusación, salvo que hubiere renunciado a ello.

2. Al acordar la apertura del juicio oral, resolverá el Juez de Instrucción sobre la adopción, modificación, suspensión o revocación de las medidas interesadas por el Ministerio Fiscal o la acusación particular, tanto en relación con el acusado como respecto de los responsables civiles, a quienes, en su caso, exigirá fianza, si no la prestare el acusado en el plazo que se le señale, así como sobre el alzamiento de las medidas adoptadas frente a quienes no hubieren sido acusados.

En el mismo auto señalará el Juez de Instrucción el órgano competente para el conocimiento y fallo de la causa.

3. Contra el auto que acuerde la apertura del juicio oral no se dará recurso alguno, excepto en lo relativo a la situación personal, pudiendo el acusado reproducir ante el órgano de enjuiciamiento las peticiones no atendidas.

Artículo 784.

1. Abierto el juicio oral, se emplazará al imputado, con entrega de copia de los escritos de acusación, para que en el plazo de tres días comparezca en la causa con

Abogado que le defienda y Procurador que le represente. Si no ejercitase su derecho a designar Procurador o a solicitar uno de oficio, se le nombrará en todo caso Procurador de oficio. Cumplido ese trámite, se dará traslado de las actuaciones originales, o mediante fotocopia, a los designados como acusados y terceros responsables en los escritos de acusación, para que en plazo común de diez días presenten escrito de defensa frente a las acusaciones formuladas. Si la defensa no presentare su escrito en el plazo señalado, se entenderá que se opone a las acusaciones y seguirá su curso el procedimiento, sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda incurrirse de acuerdo con lo previsto en el título V del libro V de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Una vez precluido el trámite para presentar su escrito, la defensa sólo podrá proponer la prueba que aporte en el acto del juicio oral para su práctica en el mismo, sin perjuicio de que, además, pueda interesar previamente que se libren las comunicaciones necesarias, siempre que lo haga con antelación suficiente respecto de la fecha señalada para el juicio, y de lo previsto en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 785. Todo ello se entiende sin perjuicio de que si los afectados consideran que se ha producido indefensión puedan aducirlo de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 786.

2. En el escrito de defensa se podrá solicitar del órgano judicial que recabe la remisión de documentos o cite a Peritos o testigos, a los efectos de la práctica de la correspondiente prueba en las sesiones del juicio oral o, en su caso, de la práctica de prueba anticipada.

3. En su escrito, firmado también por el acusado, la defensa podrá manifestar su conformidad con la acusación en los términos previstos en el artículo 787.

Dicha conformidad podrá ser también prestada con el nuevo escrito de calificación que conjuntamente firmen las partes acusadoras y el acusado junto con su Letrado, en cualquier momento anterior a la celebración de las sesiones del juicio oral, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 787.1.

4. Si, abierto el juicio oral, los acusados se hallaren en ignorado paradero y no hubieren hecho la designación de domicilio a que se refiere el artículo 775 y, en cualquier caso, si la pena solicitada excediera de los límites establecidos en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 786, se mandará expedir requisitoria para su llamamiento y busca, declarándolos rebeldes, si no comparecieren o no fueren hallados, con los efectos prevenidos en esta Ley.

5. Presentado el escrito de defensa o transcurrido el plazo para hacerlo, el Secretario Judicial acordará remitir lo actuado al órgano competente para el enjuiciamiento, notificándose a las partes, salvo cuando el enjuiciamiento corresponda al Juez de lo Penal y éste se desplazara periódicamente a la sede del Juzgado Instructor para la celebración de los juicios procedentes del mismo, en cuyo caso permanecerán las actuaciones en el Juzgado a disposición del Juez de lo Penal.

CAPÍTULO V

DEL JUICIO ORAL Y DE LA SENTENCIA

Artículo 785.

1. En cuanto las actuaciones se encontraren a disposición del órgano competente para el enjuiciamiento, el Juez o Tribunal examinará las pruebas propuestas e inmediatamente dictará auto admitiendo las que considere pertinentes y rechazando las demás, prevendrá lo necesario para la práctica de la prueba anticipada y señalará

el día en que deban comenzar las sesiones del juicio oral. En esa resolución se ordenará el libramiento de las comunicaciones que sean necesarias para asegurar la práctica de las pruebas que sean propuestas y admitidas, cuando así lo hubieren solicitado las partes.

Contra los autos de admisión o inadmisión de pruebas no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de que la parte a la que le fue denegada pueda reproducir su petición al inicio de las sesiones del juicio oral, momento hasta el cual podrán incorporarse a la causa los informes, certificaciones y demás documentos que el Ministerio Fiscal y las partes estimen oportuno y el Juez o Tribunal admitan.

2. El señalamiento de fecha para el juicio se hará teniendo en cuenta la prisión del acusado y el aseguramiento de su presencia a disposición judicial, la complejidad de la prueba propuesta o cualquier circunstancia significativa.

3. En todo caso, aunque no sea parte en el proceso ni deba intervenir, la víctima deberá ser informada por escrito de la fecha y lugar de celebración del juicio.

Artículo 786.

1. La celebración del juicio oral requiere preceptivamente la asistencia del acusado y del Abogado defensor. No obstante, si hubiere varios acusados y alguno de ellos deja de comparecer sin motivo legítimo, apreciado por el Juez o Tribunal, podrá éste acordar, oídas las partes, la continuación del juicio para los restantes.

La ausencia injustificada del acusado que hubiera sido citado personalmente, o en el domicilio o en la persona a que se refiere el artículo 775, no será causa de suspensión del juicio oral si el Juez o Tribunal, a solicitud del Ministerio Fiscal o de la parte acusadora, y oída la defensa, estima que existen elementos suficientes para el enjuiciamiento, cuando la pena solicitada no exceda de dos años de privación de libertad o, si fuera de distinta naturaleza, cuando su duración no exceda de seis años.

La ausencia injustificada del tercero responsable civil citado en debida forma no será por sí misma causa de suspensión del juicio.

2. El juicio oral comenzará con la lectura por el Secretario de los escritos de acusación y defensa. Seguidamente, a instancia de parte, el Juez o Tribunal abrirá un turno de intervenciones para que puedan las partes exponer lo que estimen oportuno acerca de la competencia del órgano judicial, vulneración de algún derecho fundamental, existencia de artículos de previo pronunciamiento, causas de la suspensión del juicio oral, nulidad de actuaciones, así como sobre el contenido y finalidad de las pruebas propuestas o que se propongan para practicarse en el acto. El Juez o Tribunal resolverá en el mismo acto lo procedente sobre las cuestiones planteadas. Frente a la decisión adoptada no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de la pertinente protesta y de que la cuestión pueda ser reproducida, en su caso, en el recurso frente a la sentencia.

Artículo 787.

1. Antes de iniciarse la práctica de la prueba, la defensa, con la conformidad del acusado presente, podrá pedir al Juez o Tribunal que proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, o con el que se presentara en ese acto, que no podrá referirse a hecho distinto, ni contener calificación más grave que la del escrito de acusación anterior. Si la pena no excediere de seis años de prisión, el Juez o Tribunal dictará sentencia de conformidad con la manifestada por la defensa, si concurren los requisitos establecidos en los apartados siguientes.

2. Si a partir de la descripción de los hechos aceptada por todas las partes, el Juez o Tribunal entendiere que la calificación aceptada es correcta y que la pena es procedente según dicha calificación, dictará sentencia de conformidad. El Juez o Tribunal habrá oído en todo caso al acusado acerca de si su conformidad ha sido prestada libremente y con conocimiento de sus consecuencias.

3. En caso de que el Juez o Tribunal considerare incorrecta la calificación formulada o entendiere que la pena solicitada no procede legalmente, requerirá a la parte que presentó el escrito de acusación más grave para que manifieste si se ratifica o no en él. Sólo cuando la parte requerida modificare su escrito de acusación en términos tales que la calificación sea correcta y la pena solicitada sea procedente y el acusado preste de nuevo su conformidad, podrá el Juez o Tribunal dictar sentencia de conformidad. En otro caso, ordenará la continuación del juicio.

4. Una vez que la defensa manifieste su conformidad, el Secretario informará al acusado de sus consecuencias y a continuación el Juez o Presidente del Tribunal le requerirá a fin de que manifieste si presta su conformidad. Cuando el Juez o Tribunal albergue dudas sobre si el acusado ha prestado libremente su conformidad, acordará la continuación del juicio. También podrá ordenar la continuación del juicio cuando, no obstante la conformidad del acusado, su defensor lo considere necesario y el Juez o Tribunal estime fundada su petición.

5. No vinculan al Juez o Tribunal las conformidades sobre la adopción de medidas protectoras en los casos de limitación de la responsabilidad penal.

6. Serán recurribles las sentencias de conformidad cuando no hayan respetado los requisitos o términos de la conformidad, si bien el acusado no podrá impugnar por razones de fondo su conformidad libremente prestada.

Artículo 788.

1. La práctica de la prueba se realizará concentradamente, en las sesiones consecutivas que sean necesarias. Excepcionalmente, podrá acordar el Juez o Tribunal la suspensión o aplazamiento de la sesión, hasta el límite máximo de treinta días, en los supuestos del artículo 746, conservando su validez los actos realizados, salvo que se produzca la sustitución del Juez o miembro del Tribunal en el caso del número 4.º de dicho artículo. No será causa de suspensión del juicio la falta de acreditación de la sanidad, de la tasación de daños o de la verificación de otra circunstancia de análoga significación, siempre que no sea requisito imprescindible para la calificación de los hechos. En tal caso, la determinación cuantitativa de la responsabilidad civil quedará diferida al trámite de ejecución, fijándose en la sentencia las bases de la misma.

2. El informe pericial podrá ser prestado sólo por un Perito.

3. El requerimiento podrá extenderse a solicitar del Ministerio Fiscal y de los Letrados un mayor esclarecimiento de hechos concretos de la prueba y la valoración jurídica de los hechos, sometiéndoles a debate una o varias preguntas sobre puntos determinados.

4. 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 considerar un aplazamiento de la sesión, hasta el límite de diez días, a petición de la defensa, a fin de que ésta pueda preparar adecuadamente sus alegaciones y, en su caso, 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.

5. Cuando todas las acusaciones califiquen los hechos como delitos castigados con pena que exceda de la competencia del Juez de lo Penal, se declarará éste incompetente para juzgar, dará por terminado el juicio y remitirá las actuaciones a la Audiencia competente. Fuera del supuesto anterior, el Juez de lo Penal resolverá lo que estime pertinente acerca de la continuación o finalización del juicio, pero en ningún caso podrá imponer una pena superior a la correspondiente a su competencia.

6. Del desarrollo del juicio oral se levantará acta que firmarán el Juez o el Presidente y Magistrados, el Secretario, el Fiscal y los Abogados de la acusación y la defensa, reseñándose en la misma el contenido esencial de la prueba practicada, las incidencias y reclamaciones producidas y las resoluciones adoptadas, pudiendo completarse o sustituirse por cualquier medio de reproducción mecánica, oral o escrita, de cuya autenticidad dará fe el Secretario.

Artículo 789.

1. La sentencia se dictará dentro de los cinco días siguientes a la finalización del juicio oral.

2. El Juez de lo Penal podrá dictar sentencia oralmente en el acto del juicio, documentándose el fallo y una sucinta motivación mediante la fe del Secretario o en anexo al acta, sin perjuicio de la ulterior redacción de aquella. Si el Fiscal y las partes, conocido el fallo, expresasen su decisión de no recurrir, el Juez, en el mismo acto, declarará la firmeza de la sentencia, y se pronunciará, previa audiencia de las partes, sobre la suspensión o la sustitución de la pena impuesta.

3. La sentencia no podrá imponer pena más grave de la solicitada por las acusaciones, ni condenar por delito distinto cuando éste conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado, salvo que alguna de las acusaciones haya asumido el planteamiento previamente expuesto por el Juez o Tribunal dentro del trámite previsto en el párrafo segundo del artículo 788.3.

4. La sentencia se notificará por escrito a los ofendidos y perjudicados por el delito, aunque no se hayan mostrado parte en la causa.

CAPÍTULO VI

DE LA IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA

Artículo 790.

1. La sentencia dictada por el Juez de lo Penal es apelable ante la Audiencia Provincial correspondiente, y la del Juez Central de lo Penal, ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. El recurso podrá ser interpuesto por cualquiera de las partes, dentro de los diez días siguientes a aquel en que se les hubiere notificado la sentencia. Durante este período se hallarán las actuaciones en Secretaría a disposición de las partes.

2. Si en el recurso se pidiera la declaración de nulidad del juicio por infracción de normas o garantías procesales que causaren la indefensión del recurrente, en términos tales que no pueda ser subsanada en la segunda instancia, se citarán las normas legales o constitucionales que se consideren infringidas y se expresarán las razones de la indefensión. Asimismo, deberá acreditarse haberse pedido la subsanación de la falta o infracción en la primera instancia, salvo en el caso de que se hubieren cometido en momento en el que fuere ya imposible la reclamación.

3. En el mismo escrito de formalización podrá pedir el recurrente la práctica de las diligencias de prueba que no pudo proponer en la primera instancia, de las pro-

puestas que le fueron indebidamente denegadas, siempre que hubiere formulado en su momento la oportuna protesta, y de las admitidas que no fueron practicadas por causas que no le sean imputables.

4. Recibido el escrito de formalización, el Juez, si reúne los requisitos exigidos, admitirá el recurso. En caso de apreciar la concurrencia de algún defecto subsanable, concederá al recurrente un plazo no superior a tres días para la subsanación.

5. Admitido el recurso, se dará traslado del escrito de formalización a las demás partes por un plazo común de diez días. Dentro de este plazo habrán de presentarse los escritos de alegaciones de las demás partes, en los que podrá solicitarse la práctica de prueba en los términos establecidos en el apartado 3 y en los que se fijará un domicilio para notificaciones.

6. Presentados los escritos de alegaciones o precluido el plazo para hacerlo, el Secretario, en los dos días siguientes, dará traslado de cada uno de ellos a las demás partes y elevará a la Audiencia los autos originales con todos los escritos presentados.

Artículo 791.

1. Si los escritos de formalización o de alegaciones contienen proposición de prueba, la Audiencia resolverá en tres días sobre la admisión de la propuesta y, en el mismo acto, señalará día para la vista. También podrá celebrarse vista cuando, de oficio o a petición de parte, la estime el Tribunal necesaria para la correcta formación de una convicción fundada.

2. La vista se señalará dentro de los quince días siguientes y a ella serán citadas todas las partes. La víctima deberá ser informada, aunque no se haya mostrado parte ni sea necesaria su intervención. La vista se celebrará empezando, en su caso, por la práctica de la prueba. A continuación, las partes resumirán oralmente el resultado de la misma y el fundamento de sus pretensiones.

Artículo 792.

1. La sentencia de apelación se dictará dentro de los cinco días siguientes a la vista oral, o dentro de los diez días siguientes a la recepción de las actuaciones por la Audiencia, cuando no hubiere resultado procedente su celebración.

2. Cuando la sentencia apelada sea anulada por quebrantamiento de una forma esencial del procedimiento, el Tribunal, sin entrar en el fondo del fallo, ordenará que se reponga el procedimiento al estado en que se encontraba en el momento de cometerse la falta, sin perjuicio de que conserven su validez todos aquellos actos cuyo contenido sería idéntico no obstante la falta cometida.

3. Contra la sentencia dictada en apelación no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de lo establecido respecto de la revisión de sentencias firmes y de lo previsto en el artículo siguiente para la impugnación de sentencias firmes dictadas en ausencia del acusado. Los autos se devolverán al Juzgado a efectos de ejecución del fallo.

4. La sentencia se notificará a los ofendidos y perjudicados por el delito, aunque no se hayan mostrado parte en la causa.

Artículo 793.

1. En cualquier momento en que comparezca o sea habido el que hubiere sido condenado en ausencia conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 786, le será notificada la sentencia dictada en primera instancia o en apelación a efectos de cumplimiento de la pena aún no prescrita. Al notificársele la sen-

tencia se le hará saber su derecho a interponer el recurso a que se refiere el apartado siguiente, con indicación del plazo para ello y del órgano competente.

2. La sentencia dictada en ausencia, haya sido o no apelada, es susceptible de ser recurrida en anulación por el condenado en el mismo plazo y con iguales requisitos y efectos que los establecidos en el recurso de apelación. El plazo se contará desde el momento en que se acredite que el condenado tuvo conocimiento de la sentencia.

CAPÍTULO VII

DE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

Artículo 794.

Tan pronto como sea firme la sentencia, se procederá a su ejecución por el Juez o por la Audiencia que la hubiere dictado, conforme a las disposiciones generales de la Ley, observándose las siguientes reglas:

1.^a Si no se hubiere fijado en el fallo la cuantía indemnizatoria, cualquiera de las partes podrá instar, durante la ejecución de la sentencia, la práctica de las pruebas que estime oportunas para su precisa determinación. De esta pretensión se dará traslado a las demás para que, en el plazo común de diez días, pidan por escrito lo que a su derecho convenga. El Juez o Tribunal rechazará la práctica de pruebas que no se refieran a las bases fijadas en la sentencia. Practicada la prueba, y oídas las partes por un plazo común de cinco días, se fijará mediante auto, en los cinco días siguientes, la cuantía de la responsabilidad civil. El auto dictado por el Juez de lo Penal será apelable ante la Audiencia respectiva.

2.^a En los casos en que se haya impuesto la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, se procederá a la inmediata retirada del permiso y licencia habilitante, si tal medida no estuviera ya acordada, dejando unido el documento a los autos y remitiendo mandamiento a la Jefatura Central de Tráfico para que lo deje sin efecto y no expida otro nuevo hasta la extinción de la condena.»

Artículo 2.

Se da nueva redacción al Título III del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

«TÍTULO III

Del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos

CAPÍTULO I

ÁMBITO DE APLICACIÓN

Artículo 795.

1. Sin perjuicio de lo establecido para los demás procesos especiales, el procedimiento regulado en este Título se aplicará a la instrucción y al enjuiciamiento de delitos castigados con pena privativa de libertad que no exceda de cinco años, o con cuales-

quiera otras penas, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cuya duración no exceda de diez años, cualquiera que sea su cuantía, siempre que el proceso penal se incoe en virtud de un atestado policial y que la Policía Judicial haya detenido a una persona y la haya puesto a disposición del Juzgado de Guardia o que, aun sin detenerla, la haya citado para comparecer ante el Juzgado de Guardia por tener la calidad de denunciado en el atestado policial y, además, concorra cualquiera de las circunstancias siguientes:

1.^a Que se trate de delitos flagrantes. A estos efectos, se considerará delito flagrante el que se estuviese 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.

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 153 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.

3.^a Que se trate de un hecho punible cuya instrucción sea presumible que será sencilla.

2. 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.

3. 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.

4. En todo lo no previsto expresamente en el presente Título se aplicarán supletoriamente las normas del Título II de este mismo Libro, relativas al procedimiento abreviado.

CAPÍTULO II

DE LAS ACTUACIONES DE LA POLICÍA JUDICIAL

Artículo 796.

1. 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, la Policía Judicial deberá practicar en el tiempo imprescindible y, en todo caso, durante el tiempo de la detención, las siguientes diligencias:

1.^a Sin perjuicio de recabar los auxilios a que se refiere el ordinal 1.^a del artículo 770, solicitará del facultativo o del personal sanitario que atendiere al ofendido copia del informe relativo a la asistencia prestada para su unión al atestado policial. Asimismo, solicitará la presencia del Médico Forense cuando la persona que tuviere que ser reconocida no pudiera desplazarse al Juzgado de Guardia dentro del plazo previsto en el artículo 799.

2.^a Informará a la persona a la que se atribuya el hecho, aun en el caso de no proceder a su detención, del derecho que le asiste de comparecer ante el Juzgado de Guardia asistido de Abogado. Si el interesado no manifestare expresamente su voluntad de comparecer asistido de Abogado, la Policía Judicial recabará del Colegio de Abogados la designación de un Letrado de oficio.

3.^a Citará a la persona que resulte denunciada en el atestado policial para comparecer en el Juzgado de Guardia en el día y hora que se le señale, cuando no se haya procedido a su detención. El citado será apercibido de las consecuencias de no comparecer a la citación policial ante el Juzgado de Guardia.

4.^a Citará también a los testigos, a los ofendidos y perjudicados para que comparezcan en el Juzgado de Guardia en el día y hora que se les indique. A los testigos se les apercibirá de las consecuencias de no comparecer a la citación policial en el Juzgado de Guardia.

5.^a Citará para el mismo día y hora a las entidades a que se refiere el artículo 117 del Código Penal, en el caso de que conste su identidad.

6.^a Remitirá al Instituto de Toxicología, al Instituto de Medicina Legal o al laboratorio correspondiente las sustancias aprehendidas cuyo análisis resulte pertinente. Estas entidades procederán de inmediato al análisis solicitado y remitirán el resultado al Juzgado de Guardia por el medio más rápido y, en todo caso, antes del día y hora en que se hayan citado a las personas indicadas en las reglas anteriores. Si no fuera posible la remisión del análisis en dicho plazo, la Policía Judicial podrá practicar por sí misma dicho análisis, sin perjuicio del debido control judicial del mismo.

7.^a La práctica de los controles de alcoholemia se ajustará a lo establecido en la legislación de seguridad vial. No obstante, cuando se practicare un análisis de sangre u otro análogo, se requerirá al personal sanitario que lo realice para que remita el resultado al Juzgado de Guardia por el medio más rápido y, en todo caso, antes del día y hora de la citación a que se refieren las reglas anteriores.

8.^a Si no fuera posible la remisión al Juzgado de Guardia de algún objeto que debiera ser tasado, se solicitará inmediatamente la presencia del Perito o servicio correspondiente para que lo examine y emita informe pericial. Este informe podrá ser emitido oralmente ante el Juzgado de Guardia.

2. Para la realización de las citaciones a que se refiere el apartado anterior, la Policía Judicial fijará el día y la hora de la comparecencia coordinadamente con el Juzgado de Guardia. A estos efectos, 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 de los servicios de guardia de los Juzgados de Instrucción en relación con la práctica de estas citaciones, coordinadamente con la Policía Judicial.

3. Si la urgencia lo requiriere, las citaciones podrán hacerse por cualquier medio de comunicación, incluso verbalmente, sin perjuicio de dejar constancia de su contenido en la pertinente acta.

CAPÍTULO III

DE LAS DILIGENCIAS URGENTES ANTE EL JUZGADO DE GUARDIA

Artículo 797.

1. El Juzgado de Guardia, tras recibir el atestado policial, junto con los objetos, instrumentos y pruebas que, en su caso, lo acompañen, incoará, si procede, diligen-

cias urgentes. Sin perjuicio de las demás funciones que tiene encomendadas, practicará, cuando resulten pertinentes, las siguientes diligencias, en el orden que considere más conveniente o aconsejen las circunstancias, con la participación activa del Ministerio Fiscal:

1.ª Recabará por el medio más rápido los antecedentes penales del detenido o persona imputada.

2.ª Si fuere necesario para la calificación jurídica de los hechos imputados:

a) Recabará, de no haberlos recibido, los informes periciales solicitados por la Policía Judicial.

b) Ordenará, cuando resulte pertinente y proporcionado, que el Médico Forense, si no lo hubiese hecho con anterioridad, examine a las personas que hayan comparecido a presencia judicial y emita el correspondiente informe pericial.

c) Ordenará la práctica por un Perito de la tasación de bienes u objetos aprehendidos o intervenidos y puestos a disposición judicial, si no se hubiese hecho con anterioridad.

3.ª Tomará declaración al detenido puesto a disposición judicial o a la persona que, resultando imputada por los términos del atestado, haya comparecido a la citación policial, en los términos previstos en el artículo 775. Ante la falta de comparecencia del imputado a la citación policial ante el Juzgado de Guardia, podrá éste aplicar lo previsto en el artículo 487.

4.ª Tomará declaración a los testigos citados por la Policía Judicial que hayan comparecido. Ante la falta de comparecencia de cualquier testigo a la citación policial ante el Juzgado de Guardia, podrá éste aplicar lo previsto en el artículo 420.

5.ª Llevará a cabo las informaciones previstas en el artículo 776.

6.ª Practicará el reconocimiento en rueda del imputado, de resultar pertinente y haber comparecido el testigo.

7.ª Ordenará, de considerarlo necesario, el careo entre testigos, entre testigos e imputados o imputados entre sí.

8.ª Ordenará la citación, incluso verbal, de las personas que considere necesario que comparezcan ante él.

9.ª Ordenará la práctica de cualquier diligencia pertinente que pueda llevarse a cabo en el acto o dentro del plazo establecido en el artículo 799.

2. Cuando, por razón del lugar de residencia de un testigo o víctima o por otro motivo, fuere de temer razonablemente que una prueba no podrá practicarse en el juicio oral, o pudiera motivar su suspensión, el Juez de Guardia practicará inmediatamente la misma asegurando, en todo caso, la posibilidad de contradicción de las partes.

Dicha diligencia deberá documentarse en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o por medio de acta autorizada por el Secretario Judicial, con expresión de los intervinientes. A efectos de su valoración como prueba en sentencia, la parte a quien interese deberá instar en el juicio oral la reproducción de la grabación o la lectura literal de la diligencia, en los términos del artículo 730.

Artículo 798.

1. A continuación, el Juez oír a las partes personadas y al Ministerio Fiscal sobre cuál de las resoluciones previstas en el apartado siguiente procede adoptar. Además, las partes acusadoras y el Ministerio Fiscal podrán solicitar cualesquiera

medidas cautelares frente al imputado o, en su caso, frente al responsable civil, sin perjuicio de las que se hayan podido adoptar anteriormente.

2. El Juez de Guardia dictará resolución con alguno de estos contenidos:

1.º 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 los tres primeros ordinales del apartado 1 del artículo 779, en cuyo caso dictará auto.

2.º En el caso de que considere insuficientes las diligencias practicadas, ordenará que el procedimiento continúe como diligencias previas del procedimiento abreviado. El Juez deberá señalar motivadamente cuáles son las diligencias cuya práctica resulta necesaria para concluir la instrucción de la causa o las circunstancias que lo hacen imposible.

3. Cuando el Juez de Guardia dicte el auto acordando alguna de las decisiones previas en los tres primeros ordinales del apartado 1 del artículo 779, en el mismo acordará lo que proceda sobre la adopción de medidas cautelares frente al imputado y, en su caso, frente al responsable civil. Frente al pronunciamiento del Juez sobre medidas cautelares, cabrán los recursos previstos en el artículo 766. Cuando el Juez de Guardia dicte auto en forma oral ordenando la continuación del procedimiento, sobre la adopción de medidas cautelares se estará a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 800.

4. Asimismo, ordenará, si procede, la devolución de objetos intervenidos.

Artículo 799.

1. Las diligencias y resoluciones señaladas en los artículos anteriores deberán ser practicadas y adoptadas durante el servicio de guardia del Juzgado de Instrucción.

2. No obstante lo dispuesto, en aquellos partidos judiciales en que el servicio de guardia no sea permanente y tenga una duración superior a veinticuatro horas, el plazo establecido en el apartado anterior podrá prorrogarse por el Juez por un período adicional de setenta y dos horas en aquellas actuaciones en las que el atestado se hubiera recibido dentro de las cuarenta y ocho anteriores a la finalización del servicio de guardia.

CAPÍTULO IV

DE LA PREPARACIÓN DEL JUICIO ORAL

Artículo 800.

1. Cuando el Juez de Guardia hubiere acordado continuar este procedimiento, en el mismo acto oír al Ministerio Fiscal y a las partes personadas para que se pronuncien sobre si procede la apertura del juicio oral o el sobreseimiento y para que, en su caso, soliciten o se ratifiquen en lo solicitado respecto de la adopción de medidas cautelares. En todo caso, si el Ministerio Fiscal y el acusador particular, si lo hubiera, solicitaren el sobreseimiento, el Juez procederá conforme a lo previsto en el artículo 782. Cuando el Ministerio Fiscal o la acusación particular soliciten la apertura del juicio oral, el Juez de Guardia procederá conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 783, resolviendo mediante auto lo que proceda. Cuando se acuerde

la apertura del juicio oral, dictará en forma oral auto motivado, que deberá documentarse y no será susceptible de recurso alguno.

2. Abierto el juicio oral, si no se hubiere constituido acusación particular, el Ministerio Fiscal presentará de inmediato su escrito de acusación, o formulará ésta oralmente. El acusado, a la vista de la acusación formulada, podrá en el mismo acto prestar su conformidad con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente. En otro caso, presentará inmediatamente su escrito de defensa o formulará ésta oralmente, procediendo entonces el Juez de Guardia sin más trámites a la citación de las partes para la celebración del juicio oral. Si el acusado solicitara la concesión de un plazo para la presentación de escrito de defensa, el Juez fijará prudencialmente el mismo dentro de los cinco días siguientes, atendidas las circunstancias del hecho imputado y los restantes datos que se hayan puesto de manifiesto en la investigación, procediendo en el acto a la citación de las partes para la celebración del juicio oral y al emplazamiento del acusado y, en su caso, del responsable civil para que presenten sus escritos ante el órgano competente para el enjuiciamiento.

3. El Juez de Guardia hará el señalamiento para la celebración del juicio oral en la fecha más próxima posible y, en cualquier caso, dentro de los quince días siguientes, en los días y horas predeterminados a tal fin en los órganos judiciales enjuiciadores. A estos efectos, 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 orales que realicen los Juzgados de Guardia ante los Juzgados de lo Penal.

También se acordará la práctica de las citaciones propuestas por el Ministerio Fiscal, llevándose a cabo en el acto las que sean posibles, sin perjuicio de la decisión que sobre la admisión de pruebas adopte el órgano enjuiciador.

4. Si se hubiere constituido acusación particular que hubiere solicitado la apertura del juicio oral y así lo hubiere acordado el Juez de Guardia, éste emplazará en el acto a aquélla y al Ministerio Fiscal para que presenten sus escritos dentro de un plazo improrrogable y no superior a dos días. Presentados dichos escritos ante el mismo Juzgado, procederá éste de inmediato conforme a lo dispuesto en el apartado 2.

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, respectivamente, el Juez, sin perjuicio de emplazar en todo caso a los directamente ofendidos y perjudicados conocidos, en los términos previstos en el apartado 2 del artículo 782, requerirá inmediatamente al superior jerárquico del Fiscal para que, en el plazo de dos días, presente el escrito que proceda. Si el superior jerárquico tampoco presentare dicho escrito en plazo, se entenderá que no pide la apertura de juicio oral y que considera procedente el sobreseimiento libre.

6. Una vez recibido el escrito de defensa o precluido el plazo para su presentación, el órgano enjuiciador procederá conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 785, salvo en lo previsto para el señalamiento y las citaciones que ya se hubieran practicado.

7. En todo caso, las partes podrán solicitar al Juzgado de Guardia, que así lo acordará, la citación de testigos o Peritos que tengan la intención de proponer para el acto del juicio, sin perjuicio de la decisión que sobre la admisión de pruebas adopte el órgano enjuiciador.

CAPÍTULO V

DEL JUICIO ORAL Y DE LA SENTENCIA

Artículo 802.

1. El juicio oral se desarrollará en los términos previstos por los artículos 786 a 788.
2. En el caso de que, por motivo justo, no pueda celebrarse el juicio oral en el día señalado o de que no pueda concluirse en un solo acto, el Juez señalará para su celebración o continuación el día más inmediato posible y, en todo caso, dentro de los quince siguientes, haciéndolo saber a los interesados.
3. La sentencia se dictará dentro de los tres días siguientes a la terminación de la vista, en los términos previstos por el artículo 789.

CAPÍTULO VI

DE LA IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA

Artículo 803.

1. Frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal podrá interponerse recurso de apelación, que se sustanciará conforme a lo previsto en los artículos 790 a 792, con las siguientes especialidades:
 - 1.^a El plazo para presentar el escrito de formalización será de cinco días.
 - 2.^a El plazo de las demás partes para presentar escrito de alegaciones será de cinco días.
 - 3.^a La sentencia habrá de dictarse dentro de los tres días siguientes a la celebración de la vista, o bien dentro de los cinco días siguientes a la recepción de las actuaciones, si no se celebrare vista.
 - 4.^a La tramitación y resolución de estos recursos de apelación tendrán carácter preferente.
2. Respecto de las sentencias dictadas en ausencia del acusado se estará a lo dispuesto en el artículo 793.
3. Tan pronto como la sentencia sea firme se procederá a su ejecución, conforme a las reglas generales y a las especiales del artículo 794.»

Artículo 3.

Se da nueva redacción a los artículos 962 a 971, 973, 974 y 976 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

«Artículo 962.

1. Cuando la Policía Judicial tenga noticia de un hecho que presente los caracteres de falta tipificada en los artículos 617 ó 620 del Código Penal, siempre que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 153 del mismo Código, así como en el artículo 623.1 del Código Penal cuando sea flagrante, 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 las personas indicadas en los ordinales 3.º y 4.º del artículo 796. 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 el ordinal 1.º del artículo 771.

2. A la persona denunciada se le informará sucintamente de los hechos en que consista la denuncia y del derecho mencionado en el ordinal 2.º del artículo 796. Dicha información se practicará en todo caso por escrito.

3. En estos casos, la Policía Judicial hará entrega del atestado al Juzgado de Guardia, en el que consten las diligencias y citaciones practicadas y, en su caso, la denuncia del ofendido.

4. Para la realización de las citaciones a que se refiere este artículo, la Policía Judicial fijará la hora de la comparecencia coordinadamente con el Juzgado de Guardia. A estos efectos, 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 de los servicios de guardia de los Juzgados de Instrucción en relación con la práctica de estas citaciones, coordinadamente con la Policía Judicial.

Artículo 963.

1. Recibido el atestado conforme a lo previsto en el artículo anterior, si el Juez de Guardia estima procedente la incoación de juicio de faltas, decidirá la inmediata celebración del juicio en el caso de que hayan comparecido las personas citadas o de que, aun no habiendo comparecido alguna de ellas, el Juzgado reputare innecesaria su presencia. Asimismo, para acordar la inmediata celebración del juicio, el Juzgado de Guardia tendrá en cuenta si ha de resultar imposible la práctica de algún medio de prueba que se considere imprescindible.

2. De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 118 y 121, si alguna de las partes quisiera ser asistida de Abogado de oficio, se procederá a su inmediata designación.

3. Para acordar la celebración inmediata del juicio de faltas, será necesario que el asunto le corresponda al Juzgado de Guardia en virtud de las normas de competencia y de reparto.

Artículo 964.

1. En los supuestos no contemplados por el artículo 962, cuando la Policía Judicial tenga noticia de un hecho que presente los caracteres de falta tipificada en el Libro III del Código Penal o en Leyes especiales, formará de manera inmediata el correspondiente atestado que remitirá sin dilación al Juzgado de Guardia. Dicho atestado recogerá las diligencias practicadas, así como el ofrecimiento de acciones al ofendido o perjudicado practicado conforme al ordinal 1.º del artículo 771.

2. Recibido el atestado conforme a lo previsto en el párrafo anterior, y en todos aquellos casos en que el procedimiento se hubiere iniciado en virtud de denuncia presentada directamente por el ofendido ante el órgano judicial, el Juzgado de Guardia celebrará de forma inmediata el juicio de faltas si, estando identificado el denun-

ciado, fuere posible citar a todas las personas que deban ser convocadas para que comparezcan mientras dure el servicio de guardia y concurren el resto de requisitos exigidos por el artículo 963.

3. Las citaciones se harán al Ministerio Fiscal, salvo que la falta fuere 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. Al practicar las citaciones, se apercibirá a las personas citadas de las respectivas consecuencias de no comparecer ante el Juzgado de Guardia, se les informará que podrá celebrarse el juicio aunque no asistan, y se les indicará que han de comparecer con los medios de prueba de que intenten valerse. Asimismo, se practicarán con el denunciado las actuaciones señaladas en el apartado 2 del artículo 962.

Artículo 965.

1. Si no fuere posible la inmediata celebración del juicio, el Juzgado de Guardia seguirá las reglas siguientes:

1.ª Si estimare que la competencia para el enjuiciamiento corresponde a un Juzgado de otro partido judicial o a algún Juzgado de Paz del partido, le remitirá lo actuado para que éste proceda a realizar el señalamiento del juicio y las citaciones.

2.ª Si la competencia para el enjuiciamiento corresponde al propio Juzgado de Instrucción de guardia o a otro Juzgado de Instrucción del partido judicial, procederá en todo caso al señalamiento para la celebración del juicio de faltas y a las citaciones procedentes para el día más próximo posible y, en cualquier caso, en un plazo no superior a dos días. El señalamiento y las citaciones se harán dentro de un plazo no superior a dos días cuando se trate de las faltas tipificadas en los artículos 617 ó 620 del Código Penal, siempre que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 153 del mismo Código, así como de la falta tipificada en el artículo 623.1 del Código Penal, cuando sea flagrante. Las citaciones se harán al Ministerio Fiscal, salvo que la falta fuere 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.

2. Cuando el juicio de faltas no se haya de celebrar ante el mismo Juzgado, éste hará el señalamiento y las citaciones para los días y horas predeterminados a tal fin en los órganos judiciales enjuiciadores. A estos efectos, 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 que realicen los Juzgados de Guardia para su celebración ante otros Juzgados de Instrucción del mismo partido judicial.

Artículo 966.

Los señalamientos y las citaciones de juicios de faltas se harán en la forma y en los plazos previstos en el artículo anterior, también en los casos en que no sean realizados por el Juzgado de Guardia.

Artículo 967.

1. En las citaciones que se efectúen al denunciante, al ofendido o perjudicado y al imputado para la celebración del juicio de faltas, se les informará de que pueden ser asistidos por Abogado si lo desean y de que deberán acudir al juicio con los

medios de prueba de que intenten valerse. A la citación del imputado se acompañará copia de la querella o de la denuncia que se haya presentado.

2. Cuando los citados como partes, los testigos y los Peritos no comparezcan ni aleguen justa causa para dejar de hacerlo, podrán ser sancionados con una multa de 200 a 2.000 euros.

Artículo 968.

En el caso de que por motivo justo no pueda celebrarse el juicio oral en el día señalado o de que no pueda concluirse en un solo acto, el Juez señalará para su celebración o continuación el día más inmediato posible y, en todo caso, dentro de los siete siguientes, haciéndolo saber a los interesados.

Artículo 969.

1. El juicio será público, dando principio por la lectura de la querella o de la denuncia, si las hubiere, siguiendo a esto el examen de los testigos convocados, y practicándose las demás pruebas que propongan el querellante, el denunciante y el Fiscal, si asistiere, siempre que el Juez las considere admisibles. La querella habrá de reunir los requisitos del artículo 277, salvo que no necesite firma de Abogado ni de Procurador. Seguidamente, se oirá al acusado, se examinarán los testigos que presente en su descargo y se practicarán las demás pruebas que ofrezca y fueren pertinentes, observándose las prescripciones de esta Ley en cuanto sean aplicables. Acto continuo expondrán de palabra las partes lo que crean conveniente en apoyo de sus respectivas pretensiones, hablando primero el Fiscal, si asistiere, después el querellante particular o el denunciante y, por último, el acusado.

2. El Fiscal asistirá a los juicios sobre faltas siempre que a ellos sea citado. Sin embargo, el Fiscal General del Estado impartirá 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. En esos casos, la declaración del denunciante en el juicio afirmando los hechos denunciados tendrá valor de acusación, aunque no los califique ni señale pena.

Artículo 970.

Si el denunciado reside fuera de la demarcación del Juzgado, no tendrá obligación de concurrir al acto del juicio, y podrá dirigir al Juez escrito alegando lo que estime conveniente en su defensa, así como apoderar a Abogado o Procurador que presente en aquel acto las alegaciones y las pruebas de descargo que tuviere.

Artículo 971.

La ausencia injustificada del acusado no suspenderá la celebración ni la resolución del juicio, siempre que conste habersele citado con las formalidades prescritas en esta Ley, a no ser que el Juez, de oficio o a instancia de parte, crea necesaria la declaración de aquél.»

«Artículo 973.

1. El Juez, en el acto de finalizar el juicio, y a no ser posible dentro de los tres días siguientes, dictará sentencia apreciando, según su conciencia, las pruebas practi-

casas, las razones expuestas por el Fiscal y por las demás partes o sus defensores y lo manifestado por los propios acusados, y siempre que haga uso del libre arbitrio que para la calificación de la falta o para la imposición de la pena le otorga el Código Penal, deberá expresar si ha tomado en consideración los elementos de juicio que el precepto aplicable de aquél obligue a tener en cuenta.

2. La sentencia se notificará a los ofendidos y perjudicados por la falta, aunque no se hayan mostrado parte en el procedimiento. En la notificación se hará constar los recursos procedentes contra la resolución comunicada, así como el plazo para su presentación y órgano judicial ante quien deba interponerse.

Artículo 974.

1. La sentencia se llevará a efecto inmediatamente transcurrido el término fijado en el párrafo tercero del artículo 212, si no hubiere apelado ninguna de las partes y hubiere transcurrido, también, el plazo de impugnación para los ofendidos y perjudicados no comparecidos en el juicio.

2. Si en la sentencia se hubiere condenado al pago de la responsabilidad civil, sin fijar su importe en cantidad líquida, se estará a lo que dispone el artículo 984.»

«Artículo 976.

1. La sentencia es apelable en el plazo de los cinco días siguientes al de su notificación. Durante este período se hallarán las actuaciones en Secretaría a disposición de las partes.

2. El recurso se formalizará y tramitará conforme a lo dispuesto en los artículos 790 a 792.

3. La sentencia de apelación se notificará a los ofendidos y perjudicados por la falta, aunque no se hayan mostrado parte en el procedimiento.»

Artículo 4.

Se da nueva redacción a los siguientes artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal:

1. El ordinal 5.º del párrafo segundo del artículo 175 pasa a tener la siguiente redacción:

«5.º La obligación, si la hubiere, de concurrir al primer llamamiento, bajo la multa de 200 a 5.000 euros; o si fuese ya el segundo el que se hiciere, la de concurrir bajo apercibimiento de ser perseguido como reo del delito de obstrucción a la justicia tipificado en el artículo 463.1 del Código Penal.»

2. El párrafo primero del artículo 420 pasa a tener la siguiente redacción:

«El que sin estar impedido no concurre al primer llamamiento judicial, excepto las personas mencionadas en el artículo 412, o se resistiere a declarar lo que supiese acerca de los hechos sobre que fuere preguntado, a no estar comprendido en las exenciones de los artículos anteriores, incurrirá en la multa de 200 a 5.000 euros, y si persistiere en su resistencia será conducido en el primer caso a la presencia del Juez Instructor por los agentes de la autoridad, y perseguido por el delito de obstrucción a la justicia tipificado en el artículo 463.1 del Código Penal, y en el segundo caso será también perseguido por el de desobediencia grave a la autoridad.»

3. El párrafo primero del artículo 446 pasa a tener la siguiente redacción:

«Terminada la declaración, el Juez Instructor hará saber al testigo la obligación de comparecer para declarar de nuevo ante el Tribunal competente cuando se le cita para ello, así como la de poner en conocimiento de dicho Juez Instructor los cambios de domicilio que hiciere hasta ser citado para el juicio oral, bajo apercibimiento si no lo cumple de ser castigado con una multa de 200 a 1.000 euros, a no ser que incurriera en responsabilidad criminal por la falta.»

4. El párrafo segundo del artículo 464 pasa a tener la siguiente redacción:

«El Perito que, hallándose comprendido en alguno de los casos de dicho artículo, preste el informe sin poner antes esa circunstancia en conocimiento del Juez que le hubiese nombrado incurrirá en la multa de 200 a 5.000 euros, a no ser que el hecho diere lugar a responsabilidad criminal.»

5. El párrafo primero del artículo 716 pasa a tener la siguiente redacción:

«El testigo que se niegue a declarar incurrirá en la multa de 200 a 5.000 euros, que se impondrá en el acto.»

6. El párrafo primero del artículo 436 pasa a tener la siguiente redacción:

«El testigo manifestará primeramente su nombre, apellidos paterno y materno, edad, estado y profesión, si conoce o no al procesado y a las demás partes, y si tiene con ellos parentesco, amistad o relaciones de cualquier otra clase, si ha estado procesado y la pena que se le impuso. Si el testigo fuera miembro de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ejercicio de sus funciones, será suficiente para su identificación el número de su registro personal y la unidad administrativa a la que está adscrito.»

Artículo 5.

1. El párrafo segundo del artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pasa a tener la siguiente redacción:

«Si el delito fuera de los que sólo pueden perseguirse a instancia de parte legítima, tendrán la misma obligación expresada en el párrafo anterior, si se les requiere al efecto. La ausencia de denuncia no impedirá la práctica de las primeras diligencias de prevención y aseguramiento de los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial.»

2. El párrafo tercero del artículo 661 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pasa a tener la siguiente redacción:

«Si vueltos a citar dejaren también de comparecer, serán procesados por el delito de obstrucción a la justicia, tipificado en el artículo 463.1 del Código Penal.»

Disposición adicional primera.

1. El Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, o los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas con competencia en la materia, en el plazo de seis meses a partir de la publicación de esta Ley en el «Boletín Oficial del Estado», adoptarán las medidas necesarias para:

a) Adaptar los efectivos y los medios materiales de los Juzgados de Guardia a las necesidades de esta Ley.

b) Adecuar la estructura del Cuerpo Médico Forense a las previsiones de la presente Ley.

c) Adecuar la actuación de los organismos oficiales encargados de practicar análisis e investigaciones toxicológicas, así como la de otras entidades, profesionales o expertos que puedan ser requeridos de forma permanente u ocasional para prestar su asistencia a la Administración de Justicia a las necesidades que resulten de la aplicación de esta Ley.

2. En el mismo plazo, el Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, adoptará las medidas necesarias para adecuar la estructura del Ministerio Fiscal a las previsiones de la presente Ley.

3. Las Administraciones Públicas y los Colegios Profesionales facilitarán periódicamente a las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia, a la Policía Judicial y a las distintas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad una relación de los servicios de intérpretes, peritos y técnicos a disposición de los servicios de guardia.

4. En el plazo de seis meses, el Consejo General del Poder Judicial dictará los Reglamentos que para la ordenación de los señalamientos de juicios y el desarrollo de los servicios de guardia establecen los artículos 796.2, 800.3, 962.4 y 965.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Disposición adicional segunda.

El apartado I del artículo 21 de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial tendrá la siguiente redacción:

«El Gobierno, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial y con el informe previo de las Comunidades Autónomas con competencias transferidas en materia de justicia, podrá establecer la separación entre Juzgados de Primera Instancia y Juzgados de Instrucción en aquellos partidos judiciales en los que el número de Juzgados de Primera Instancia e Instrucción así lo aconseje.»

Disposición adicional tercera.

1. El artículo 9 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal queda redactado de la siguiente manera:

«Los Jueces y Tribunales que tengan competencia para conocer de una causa determinada, la tendrán también para todas sus incidencias, para llevar a efecto las providencias de tramitación y para la ejecución de las sentencias, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 801.»

2. El artículo 14, tercero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal queda redactado de la siguiente manera:

«Para el conocimiento y fallo de las causas por delitos a los que la Ley señale pena privativa de libertad de duración no superior a cinco años o pena de multa cualquiera que sea su cuantía, o cualesquiera otras de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración de éstas no exceda de diez años, así como por faltas, sean o no incidentales, imputables a los autores de estos delitos o a otras personas, cuando la comisión de la falta o su prueba estuviesen relacionadas con aquéllos, el Juez de lo Penal de la circunscripción donde el delito fue cometido o el Juez Central de lo Penal en el ámbito que le es propio, sin perjuicio de la competencia del Juez de Instrucción de guardia del lugar de comisión del delito para dictar sentencia de conformidad, en los términos establecidos en el artículo 801.»

No obstante, en los supuestos de competencia del Juez de lo Penal, si el delito fuere de los atribuidos al Tribunal del Jurado, el conocimiento y fallo corresponderá a éste.»

Disposición adicional cuarta.

En el plazo de seis meses a contar desde la fecha de entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de Ley de modificación de la regulación de la prisión provisional.

Disposición transitoria primera.

Los procesos incoados antes de la entrada en vigor de esta Ley se tramitarán conforme a las normas procesales vigentes con anterioridad a ella.

Disposición transitoria segunda.

El régimen de recursos previsto en esta Ley se aplicará a las resoluciones judiciales que se dicten con posterioridad a su entrada en vigor.

Disposición derogatoria única.

1. Quedan derogados los artículos 1 a 5 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.
2. Quedan derogadas cuantas normas de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en la presente Ley.

Disposición final primera.

Se modifica la redacción de los artículos de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, que a continuación se relacionan:

1. El apartado cuarto del artículo 32 queda redactado de la forma siguiente:

«En su caso, podrá el Juez ordenar la acomodación al procedimiento que corresponda cuando no fuese aplicable al regulado en esta Ley. Si considera que el que corresponde es el regulado en el Título II del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, acordará la apertura del juicio oral, si la estima procedente, y remitirá la causa a la Audiencia Provincial o al Juez de lo Penal competente para que prosigan el conocimiento de la causa en los términos de los artículos 785 y siguientes de dicha Ley.»

2. El apartado segundo del artículo 48.2 queda redactado en la forma siguiente:

«El Magistrado-Presidente requerirá a las partes en los términos previstos en el apartado 3 del artículo 788 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, estándose, en su caso, a lo dispuesto en el apartado 4 del citado precepto.»

Disposición final segunda.

Se modifica la redacción del artículo 435 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar:

«En el escrito de denuncia deberán exponerse con claridad los hechos que la motivan, persona o personas contra quien se dirige y presunta responsabilidad penal

en que se considera que se ha incurrido. A la denuncia, según la naturaleza del delito imputado, se acompañarán los documentos a que se refieren los párrafos siguientes. Cuando no puedan presentarse, se manifestará la Oficina o Archivo Judicial en que se encuentran los autos originales. También se acompañarán las listas de testigos y se designarán las diligencias de las actuaciones que, en su caso, deban ser compulsadas.

Si la responsabilidad criminal que se intente exigir fuere por alguno de los delitos de prevaricación relativos a sentencias injustas, se presentará con el escrito la copia certificada de la sentencia, auto o providencia injusta. Se hará además en el escrito expresión de las diligencias de la causa que deban compulsarse para comprobar la injusticia de la sentencia, auto o providencia que dé ocasión al antejuicio.

Si la responsabilidad fuere por razón de retardo malicioso en la administración de justicia o negativa injustificada a juzgar, se acompañarán con el escrito:

a) Las copias de los presentados después de transcurrido el término legal, si la Ley lo fijase, para la resolución o fallo de la pretensión judicial, expediente o causa pendiente, pidiendo cualquiera de los interesados al Juez o Tribunal que de ellos conozca que los resuelva o falle con arreglo a Derecho.

b) La certificación del auto o providencia dictadas por el Juez o Tribunal denegando la petición por oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley, o la que acredite que el Juez o Tribunal dejó transcurrir quince días desde la petición o desde la última, si se le hubiese presentado más de una, sin haber resuelto o fallado los autos, ni haberse consignado en ellos y notificado a las partes la causa legítima que se lo hubiere impedido.

Si la responsabilidad fuere por razón de cualquier otro delito cometido por el Juez o Magistrado en el ejercicio de sus funciones, se presentará con el escrito de querrela el documento que acredite la perpetración del delito o, en su defecto, la lista de los testigos formada del modo prevenido en el artículo 656 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Si el que promoviere el antejuicio por cualquiera de los delitos expresados en los párrafos anteriores no pudiese obtener los documentos necesarios, presentará, a lo menos, el testimonio del acta notarial levantada, para hacer constar que los reclamó al Juez o Tribunal que hubiese debido facilitarlos o mandar expedirlos.»

Disposición final tercera.

La presente Ley entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

LEY ORGÁNICA 9/2002, DE 10 DE DICIEMBRE, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL, Y DEL CÓDIGO CIVIL, SOBRE SUSTRACCIÓN DE MENORES

(«BOE» núm. 296, de 11 de diciembre de 2002)

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La protección de los intereses del menor ha definido una línea de actuación primordial a la hora de legislar en España desde nuestra Constitución. Ello ha sido espe-

cialmente así en aquellas cuestiones relacionadas con su custodia, tratando con ello de evitar, en lo posible, los efectos perjudiciales que en supuestos de crisis familiares puedan ocasionarles determinadas actuaciones de sus progenitores.

El Código Penal de 1995, entre otras importantes novedades, procedió a suprimir como delito, con sustantividad propia, la sustracción de menores de siete años. En cambio agravó la pena para los delitos de detención ilegal o secuestro cuando la víctima fuera menor de edad o incapaz. No obstante, en aquellos supuestos donde quien verifica la conducta de sustracción o de negativa a restituir al menor es uno de sus progenitores, cuando las facultades inherentes a la custodia del menor han sido atribuidas legalmente al otro progenitor o alguna persona o institución en interés del menor, resulta necesario prever una respuesta penal clara, distinta del delito de desobediencia genérico, así como prever medidas cautelares en el ámbito civil que eviten las sustracciones o retenciones ilícitas de menores.

Artículo 1.

1. Se añade una nueva sección dentro del capítulo III del Título XII del Libro II del Código Penal con el siguiente rótulo:

«De la sustracción de menores.»

2. La nueva sección se ubicará a continuación de la primera, pasando la actual sección segunda a ser la sección tercera.

Artículo 2.

Se añade un artículo nuevo en el Código Penal, con el número 225 bis, que se inserta en la nueva sección segunda creada por esta Ley y cuya redacción es la siguiente:

«Artículo 225 bis.

1. El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años.

2. A los efectos de este artículo, se considera sustracción:

1.º El traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviere confiada su guarda o custodia.

2.º La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa.

3. Cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución la pena señalada en el apartado 1 se impondrá en su mitad superior.

4. Cuando el sustractor haya comunicado el lugar de estancia al otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción con el compromiso de devolución inmediata que efectivamente lleve a cabo, o la ausencia no hubiere sido superior a dicho plazo de veinticuatro horas, quedará exento de pena.

Si la restitución la hiciere, sin la comunicación a que se refiere el párrafo anterior, dentro de los quince días siguientes a la sustracción, le será impuesta la pena de prisión de seis meses a dos años.

Estos plazos se computarán desde la fecha de la denuncia de la sustracción.

5. Las penas señaladas en este artículo se impondrán igualmente a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que incurran en las conductas anteriormente descritas.»

Artículo 3.

Se adiciona un nuevo párrafo al artículo 224 del Código Penal con la siguiente redacción:

«En la misma pena incurrirá el progenitor que induzca a su hijo menor a infringir el régimen de custodia establecido por la autoridad judicial o administrativa.»

Artículo 4.

Se modifica el artículo 622 del Código Penal, que queda redactado en los siguientes términos:

«Los padres que sin llegar a incurrir en delito contra las relaciones familiares o, en su caso, de desobediencia infringiesen el régimen de custodia de sus hijos menores establecido por la autoridad judicial o administrativa serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses.»

Artículo 5.

Se adiciona un párrafo nuevo en la medida 1.ª del artículo 103 del Código Civil con la siguiente redacción:

«Cuando exista riesgo de sustracción del menor por alguno de los cónyuges o por terceras personas podrán adoptarse las medidas necesarias y, en particular, las siguientes:

- a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.
- b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.
- c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.»

Artículo 6.

1. El número 3.º del artículo 158 del Código Civil, queda redactado en los siguientes términos:

«3.º Las medidas necesarias para evitar la sustracción de los hijos menores por alguno de los progenitores o por terceras personas y, en particular, las siguientes:

- a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.
- b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.
- c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.»

2. El actual número 3.º del artículo 158 pasa a ser número 4.º, manteniendo la misma redacción.

Disposición adicional primera.

El artículo 308 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, pasa a tener la siguiente redacción:

«Artículo 308.

1. El Centro de Selección de Jueces y Magistrados elaborará una relación con los aspirantes que aprueben el curso teórico y práctico que se elevará al Consejo General del Poder Judicial según su orden de calificación.

2. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 301.2, aquellos aspirantes aprobados que no pudieran ser nombrados Jueces titulares de órganos judiciales ingresarán en la Carrera Judicial en expectativa de destino, tomando posesión ante el Presidente del Consejo General del Poder Judicial al que quedarán adscritos a los efectos previstos en los artículos 212.2, 216 y 216 bis de la presente Ley.

Los Jueces en expectativa de destino tendrán preferencia sobre los Jueces sustitutos en cualquier llamamiento para el ejercicio de las funciones a las que se refieren los artículos indicados en el párrafo anterior.

Cesarán en su cometido en el momento en el que sean nombrados Jueces titulares y destinados a las vacantes que se vayan produciendo, según el orden numérico que ocupen en la lista de aspirantes aprobados.»

Disposición adicional segunda.

Se añade una nueva disposición transitoria a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que tendrá la siguiente redacción:

«Disposición transitoria trigésima octava.

Durante un plazo no superior a cuatro años, el Consejo General del Poder Judicial podrá, en función de las necesidades generales de planificación y ordenación de la Carrera Judicial y adaptación de la misma a la planta judicial dispensar a los miembros de la Carrera Judicial del requisito, al que se refiere el artículo 311.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, de haber prestado tres años de servicios efectivos como Jueces para acceder a la categoría de Magistrado en los supuestos contemplados en el párrafo primero del apartado 1 del citado artículo.»

Disposición adicional tercera.

Se añade un segundo párrafo al artículo 788.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal del siguiente tenor:

«En el ámbito de este procedimiento, tendrán carácter de prueba documental los informes emitidos por laboratorios oficiales sobre la naturaleza, cantidad y pureza de sustancias estupefacientes cuando en ellos conste que se han realizado siguiendo los protocolos científicos aprobados por las correspondientes normas.»

Disposición transitoria única.

Se suspende la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en lo referente a los infractores de edades comprendidas entre los 18 y 21 años, hasta el 1 de enero de 2007.

Disposición derogatoria única.

Queda derogada la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 9/2000, de 22 de diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Disposición final primera.

Los artículos quinto y sexto y la disposición adicional tercera tienen carácter de Ley Ordinaria.

Disposición final segunda.

La presente Ley Orgánica entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

GEMA MARTÍNEZ GALINDO

Doctora en Derecho. Abogada

ARTÍCULO 9.3

Principio de seguridad jurídica

«La seguridad jurídica (art. 9.3 CE) es un principio general del ordenamiento jurídico y un mandato dirigido a los poderes públicos que no configura, sin embargo, derecho fundamental alguno en favor de los ciudadanos que pueda interesarse en el proceso constitucional de amparo conforme al artículo 53.2 CE y al artículo 41.1 LOTC (SSTC 68/1982, de 22 de noviembre; 10/1985, de 28 de enero; 32/1987, de 10 de marzo; 122/1987, de 14 de julio; 18/1988, de 16 de febrero; 119/1988, de 20 de junio; 325/1994, de 12 de diciembre; 159/1997, de 2 de octubre; 183/1997, de 28 de octubre; 71/1998, de 30 de marzo; 137/1998, de 29 de junio; 84/1999, de 10 de mayo; 124/2000, de 16 de mayo; 1/2001, de 15 de enero, y 26/2001, de 29 de enero). Así sucede con carácter general, sin perjuicio de que, como también hemos señalado, el principio de seguridad jurídica, en cuanto denominador común de numerosas categorías jurídicas y exigencia objetiva del ordenamiento que “se impone al funcionamiento de todos los órganos del Estado” (SSTC 62/1984, de 21 de mayo, FJ 5; 158/1985, de 26 de noviembre, FJ 4; 30/1996, de 27 de febrero, FJ 5, y 50/1996, de 26 de marzo, FJ 3), al entrar en conexión con otros derechos constitucionales pueda producir una vulneración de derechos fundamentales susceptibles de amparo de acuerdo con los presupuestos de la jurisdicción de este Tribunal. Esa imbricación de los artículos 9.3 y 24.1 CE ha sido recogida por nuestros pronunciamientos (STC 119/1988, de 20 de junio) en cuestiones próximas a las aquí enjuiciadas, como la protección constitucional de la inmodificabilidad de las sentencias firmes (STC 231/1991, de 10 de diciembre), y también directamente en la vertiente del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes (SSTC 231/1991, de 10 de diciembre; y 136/1997, de 21 de julio). Ahora bien, desde esta perspectiva, el problema se vincula a la solución que deba darse a la pretendida lesión del artículo 24.1 CE.»

(STC 3/2002, de 14 de enero. Recurso de amparo 815/98. Ponente: D.^a M.^a Emilia Casas Baamonde, «BOE» de 8 de febrero de 2002)

Principio de seguridad jurídica en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva

«Es doctrina reiterada de este Tribunal que las exigencias del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) han de armonizarse con el respeto al pleno contenido del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), lo que conduce a una aplicación restrictiva del concepto de recurso improcedente, circunscrita a los casos en que tal improcedencia derive de manera terminante, clara e inequívoca del propio texto legal, sin dudas que hayan de resolverse con criterios interpretativos de alguna dificultad (SSTC 10/1998, de 13 de enero, FJ 2; 43/1998, de 24 de febrero, FJ 2; 4/2000, de 17 de enero, FJ 2, y 78/2000, de 27 de marzo, FJ 2, por todas).»

(STC 48/2002, de 25 de febrero. Recurso de amparo 30/99. Ponente: D. Fernando Garrido Falla, «BOE» de 3 de abril de 2002)

ARTÍCULO 14

Derecho a la igualdad en la aplicación de la ley

«Nuestra doctrina ha afirmado de modo reiterado que el artículo 14 CE excluye que una decisión judicial dictada en un proceso aparezca como fruto de un mero voluntarismo selectivo frente a las decisiones adoptadas en otros casos anteriores resueltos de modo diverso (SSTC 55/1988, de 24 de marzo, y 193/2001, de 1 de octubre).

Un mismo órgano judicial, en consecuencia, no puede cambiar arbitrariamente el sentido de sus decisiones adoptadas con anterioridad en supuestos esencialmente iguales, sin una argumentación razonada de dicho cambio que permita deducir que existe un apartamiento del precedente que responda a una interpretación abstracta y general de la norma aplicable y no a una respuesta *ad personam*. Ello no impide que los órganos judiciales puedan cambiar su criterio y apartarse conscientemente de sus resoluciones precedentes, pero este apartamiento del precedente ha de ser consciente y razonablemente fundamentado o, en ausencia de una motivación expresa, ha de resultar patente que existe un efectivo cambio de criterio, bien por inferirse con certeza del contenido de la propia resolución, bien por existir otros elementos de juicio externos que así lo indiquen, lo cual suele ocurrir cuando existen otros pronunciamientos posteriores coincidentes con la línea abierta por la resolución impugnada.

Resultará vulnerado el derecho a la igualdad en esta vertiente cuando se acredite que la resolución que es objeto del recurso de amparo significa una ruptura ocasional de la línea que el propio órgano judicial viene manteniendo con reiteración en supuestos esencialmente iguales (por todas, SSTC 200/1990, de 10 de diciembre; 25/1999, de 8 de marzo; 176/2000, de 26 de junio; 57/2001, de 26 de febrero; 122/2001, de 4 de junio; 111/2001, de 7 de mayo; 193/2001, de 1 de octubre, y 74/2002, de 8 de abril); conforme a nuestra doctrina, se produciría la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva proclamado en el artículo 24.1 CE por el resultado arbitrario que supone que un mismo asunto litigioso obtenga respuestas judiciales distintas (SSTC 150/2001, de 2 de julio, FFJJ 3 y 4; 162/2001, de 5 de julio, FFJJ 2 y 4, y 229/2001, de 26 de noviembre, FFJJ 2 y 4).

6. Para apreciar la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, hemos venido exigiendo la concurrencia de varios requisitos. En primer lugar, ha de acreditarse por el recurrente en amparo la existencia de un término de comparación, dado que el juicio de igualdad sólo puede realizarse comparando la resolución

que se impugna y el precedente del mismo órgano judicial en casos sustancialmente iguales (SSTC 81/1997, de 22 de abril; 89/1998, de 21 de abril; 62/1999, de 26 de abril; 186/2000, de 10 de julio; 37/2001, de 12 de febrero; 111/2001, de 7 de mayo, y 74/2002, de 8 de abril). En segundo lugar, se requiere que los supuestos que constituyen el término de comparación sean esencialmente iguales, pues sólo si los casos son iguales entre sí se puede efectivamente pretender que la solución dada para uno sea igual a la del otro (SSTC 78/1984, de 9 de julio; 55/1988, de 24 de marzo; 34/1995, de 6 de febrero, y 102/1999, de 31 de mayo). En tercer y último lugar es imprescindible que las resoluciones objeto de comparación procedan del mismo órgano judicial, entendiéndose por tal la identidad no sólo de Sala, sino también de Sección, ya que hemos considerado a éstas como órganos judiciales con entidad diferenciada (entre muchas, SSTC 134/1991, de 17 de junio; 42/1993, de 8 de febrero; 218/1994, de 18 de julio; 245/1994, de 15 de septiembre; 266/1994, de 3 de octubre; 240/1998, de 15 de diciembre, y 122/2001, de 4 de junio).»

(STC 133/2002, de 3 de junio. Recurso de amparo 3402/98. Ponente: D. Roberto García-Calvo y Montiel, «BOE» de 26 de junio de 2002)

Derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley en relación con los baremos para indemnizaciones de tráfico establecidos en la Ley 30/1995

«Como hemos declarado con carácter general en la STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 11, y en un caso similar al actual en la STC 242/2000, de 16 de octubre, FJ 4, ninguno de los dos argumentos que sustentan la vulneración del derecho a la igualdad avalan fundadamente dicha lesión, pues el tratamiento diferenciado establecido en la Ley 30/1995 no introduce desigualdad alguna entre las personas, ya que, de un lado, la diversidad jurídica de regímenes en materia de responsabilidad civil no se articula a partir de categorías de personas o de grupos de las mismas, sino en atención exclusivamente al específico ámbito o sector de la realidad social en el que acaece la conducta o actividad productora del daño; y, de otro, el diverso tratamiento jurídico que dicha Ley efectúa entre los daños corporales o personales, a los que somete a una cuantía resarcitoria máxima, y los daños en las cosas, cuya reparación no está sujeta a límites cuantitativos, no infringe el principio de igualdad, ya que “la regulación legal se aplica por igual a todas las personas, y en todas las circunstancias, sin que se constate la presencia de factores injustificados de diferenciación entre colectivos diversos” (en sentido similar, SSTC 244/2000, de 16 de octubre, FJ 3; 21/2001, de 29 de enero, FJ 2, y 9/2002, de 15 de enero, FJ 3).»

(STC 49/2002, de 25 de febrero. Recurso de amparo 651/99. Ponente: D.^a M.^a Emilia Casas Baamonde, «BOE» de 3 de abril de 2002)

ARTÍCULO 15

Derecho a la vida y a la integridad física y moral. Penas inhumanas y degradantes

«Este Tribunal ha declarado (STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 7) que el derecho fundamental a la vida, en cuanto derecho subjetivo, da a sus titulares la posibilidad de recabar el amparo judicial o, en su caso, de este Tribunal, frente a toda actuación de

los poderes públicos que amenace su propia vida, siempre, naturalmente, debemos añadir ahora, que tal amenaza revista una determinada intensidad. De manera análoga, hemos señalado (STC 35/1996, de 11 de marzo, FJ 3) que el derecho a la salud o, mejor aún, el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal, queda comprendido en el derecho a la integridad personal del artículo 15 CE, si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral, sino tan sólo aquél que genere un peligro grave y cierto para la misma (STC 119/2001, de 14 de mayo, FJ 6). Asimismo, hemos afirmado (por todas, STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 9) que la calificación como inhumana o degradante de una pena depende de su forma de ejecución y de las modalidades que ésta reviste, de manera que por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de una especial intensidad (penas inhumanas), o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena, criterios que también hemos aplicado (por todas, STC 120/1990, FJ 9) para la calificación de los tratos como inhumanos o degradantes, añadiendo que aunque una concreta medida no pueda considerarse constitutiva de trato inhumano o degradante en razón del objetivo que persigue, ello no impide que pueda considerarse como tal en razón de los medios utilizados [también, STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 4.a)]. En particular, no cabe descartar que el especial sufrimiento físico o moral que para una persona pueda tener la adopción de una medida por los poderes públicos, como puede ser el ingreso o el mantenimiento en prisión, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes, tanto respecto de ella misma como de su entorno, determine que aquella medida pueda constituir una pena o un trato inhumano o degradante, o suponer una lesión del derecho fundamental a la integridad física y moral.»

(STC 5/2002, de 14 de enero. Recurso de amparo 5341/98. Ponente: D. Pablo García Manzano, «BOE» de 8 de febrero de 2002)

ARTÍCULO 17.1

Prisión provisional

«Desde la STC 128/1995, de 26 de julio, este Tribunal viene declarando que la prisión provisional, por el contenido de privación de libertad que comporta (y que la emparenta con las penas privativas de libertad, de las cuales se diferencia, sin embargo, porque quien la sufre goza aún de la presunción de inocencia) ha de ser concebida, tanto en su adopción como en su mantenimiento, como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a los fines que constitucionalmente la justifican y delimitan (así recientemente, SSTC 47/2000, de 17 de febrero, FJ 3; 147/2000, de 29 de mayo, FJ 3; 305/2000, de 11 de diciembre, FJ 3; 29/2001, de 29 de enero, FJ 3, y 8/2002, de 14 de enero, FJ 4).

En cuanto a la excepcionalidad de la medida, reiteradamente hemos afirmado –por todas, STC 147/2000, de 29 de mayo, FJ 5, y reproduciéndola, STC 305/2000, de 11 de diciembre, FJ 3– que el papel nuclear que desempeña la libertad en el sistema que configura la Constitución, bien como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), bien como derecho fundamental (art. 17 CE), determina que el disfrute de la libertad sea la regla general, en tanto que su restricción o privación representa una excepción. La efectiva vigencia en nuestro ordenamiento jurídico de los derechos a la libertad personal (art. 17.1 CE) y a la presunción de inocencia

(art. 24.2 CE) determina que en los procesos por delito la situación ordinaria del imputado en espera de juicio no es la de hallarse sometido a tal medida cautelar. Como consecuencia de esta característica de la excepcionalidad, rige el principio de *favor libertatis* (SSTC 32/1987 y 34/1987, ambas de 12 de marzo; 115/1987, de 7 de julio; 37/1996, de 11 de marzo) o de *in dubio pro libertate* (STC 117/1987, de 8 de julio), formulaciones que, en definitiva, vienen a significar que la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de la prisión provisional “debe hacerse con carácter restrictivo y a favor del derecho fundamental a la libertad que tales normas restringen, dado, además, la situación excepcional de la prisión provisional. Todo ello ha de conducir a la elección y aplicación, en caso de duda, de la Ley más favorable, o sea, la menos restrictiva de la libertad” (STC 88/1988, de 9 de mayo, FJ 1).

4. Respecto del sometimiento a plazo máximo de la prisión provisional, exigencia constitucional prevista en el artículo 17.4 CE y cuya concreta determinación se reserva a la ley, nuestra doctrina puede resumirse en los siguientes puntos:

a) En primer lugar, en cuanto al fundamento de la fijación de un plazo máximo de duración de la prisión provisional, hemos declarado que su razón de ser última es ofrecer una garantía de seguridad jurídica al afectado por la medida cautelar y contribuir a evitar dilaciones indebidas.

En palabras de la STC 147/2000, de 29 de mayo, FJ 4, que cita la 98/1998, de 4 de mayo, FJ 2, “la imposición constitucional de que el legislador determine el plazo máximo de duración de la prisión provisional encuentra su último fundamento en la seguridad jurídica de los ciudadanos, que con la previsión legal tienen la posibilidad de conocer hasta qué momento puede durar la restricción de su derecho fundamental a la libertad en virtud de la medida cautelar. Las ideas de advertencia y previsibilidad del tope temporal máximo de la prisión provisional cobran así un significado central en el cumplimiento del mandato del segundo inciso del artículo 17.4 CE. Al mismo tiempo, este precepto pretende evitar la lentitud de la justicia en los procesos penales, de modo que la determinación de un plazo legal para la prisión provisional sirva de acicate a los órganos judiciales para que aceleren la instrucción y el enjuiciamiento de las causas penales con preso (SSTC 8/1990, de 18 de enero, FJ 4, y 206/1991, de 30 de octubre, FJ 4)”. En la misma línea, STC 305/2000, de 11 de diciembre, FJ 4.

b) El respeto a los plazos legales máximos iniciales y de prórroga de la prisión provisional, establecidos en el artículo 504, párrafo cuarto LECrm, constituye una exigencia constitucional, de forma que la superación de dichos plazos supone una limitación desproporcionada del derecho a la libertad y, en consecuencia, su vulneración (por todas, SSTC 98/1998, de 4 de mayo, FJ 2; 142/1998, de 29 de junio, FJ 3; 234/1998, de 1 de diciembre, FJ 2; 19/1999, de 22 de febrero, FJ 4; 147/2000, de 29 de mayo, FJ 4; 71/2000, de 13 de marzo, FJ 5; 72/2000, de 13 de marzo, FJ 6; 231/2000, de 2 de octubre, FJ 5; 305/2000, de 11 de diciembre, FJ 4, y 28/2001, de 29 de enero, FJ 4).

c) La prórroga o ampliación del plazo inicial de la prisión provisional requiere una decisión judicial específica que motive tan excepcional decisión con base en alguno de los supuestos que legalmente habilitan para ello (SSTC 142/1998, FJ 3; 234/1998, de 1 de diciembre, FJ 2, y 305/2000, de 11 de diciembre, FJ 4) y ha de adoptarse antes de que el plazo inicial haya expirado, pues la lesión en que consiste el incumplimiento del plazo no se subsana por el intempestivo acuerdo de prórroga adoptado una vez superado éste (SSTC 56/1997, de 17 de marzo; 142/1998, de 29 de junio, FJ 3; 234/1998, de 1 de diciembre, FJ 2, y 305/2000, de 11 de diciembre, FJ 4).

Respecto de este último extremo, hemos afirmado que “aunque el artículo 504, párrafo cuarto LECrm no requiere expresamente que la resolución de prórroga se

acuerde antes de la expiración del plazo inicial, constituye ésta una exigencia lógica para la efectividad del derecho a la libertad personal” (STC 234/1998, de 1 de diciembre, FJ 2).

d) Debido al carácter excepcional de la medida, y aunque la Constitución sólo impone de manera expresa al legislador la obligación de fijar plazos, sin imponer un límite preciso para la duración máxima de prisión provisional, nuestra jurisprudencia, en consonancia con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha asumido el requisito de que la prisión provisional esté sometida a un “plazo razonable” (art. 9.3 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y artículo 5.3 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales), un concepto que, conforme a nuestra doctrina (SSTC 8/1990, de 18 de enero, FFJJ 4 y 5; 206/1991, de 30 de octubre, FFJJ 4 y 5; 41/1996, de 12 de marzo, FJ 2; 66/1997, de 7 de abril, FJ 3, y 305/2000, de 11 de diciembre, FJ 4) y a la del Tribunal Europeo (SSTEDH 27 de junio de 1968, caso *Neumeister v. Austria*; 27 de junio de 1968, caso *Wemhoff v. Alemania*; 10 de noviembre de 1969, caso *Stogmüller v. Austria*; 2 de octubre de 1984, caso *Skoogstrom v. Suecia*; 25 de octubre de 1989, caso *Bezicheri v. Italia*; 26 de junio de 1991, caso *Letellier v. Francia*; 23 de septiembre de 1998, caso *I.A. v. Francia*; 31 de julio de 2000, caso *Jecius v. Lituania*; 16 de diciembre de 2000, caso *Vaccaro v. Italia*; 22 de febrero de 2001, caso *Szeloch v. Polonia*) ha de ser integrado en cada caso concreto, atendiendo, por un lado, a la duración efectiva de la prisión provisional y, por otro, a la naturaleza y complejidad de la causa, la actividad desplegada por el órgano judicial (a quien el Tribunal Europeo de Derechos Humanos exige una “especial diligencia” en los mismos términos que el art. 504, párrafo tercero LECrm) y al comportamiento del recurrente, “de tal suerte que la necesidad de prolongar la prisión, a los efectos de asegurar la presencia del imputado en el juicio oral no obedezca ni a una conducta meramente inactiva del Juez de Instrucción, ni sea provocada por una actividad obstruccionista de la defensa, a través del planteamiento de recursos improcedentes o de incidentes dilatorios, dirigidos exclusivamente a obtener el agotamiento de los plazos de la prisión provisional” (STC 206/1991, de 30 de octubre, FJ 5).

e) En cuanto al cómputo del plazo máximo de prisión, hemos declarado que no es posible determinarlo teniendo en cuenta cada uno de los delitos imputados en una misma causa, ya que este criterio haría depender dicho plazo de un elemento incierto y conduciría a un resultado superior a todo plazo razonable (SSTC 127/1984, de 26 de diciembre, FJ 4; 28/1985, de 27 de marzo, FJ 4), salvo que haya sido dictada Sentencia condenatoria que hubiera sido recurrida después (ATC 346/1995, de 18 de diciembre). Tampoco cabe descontar del tiempo de prisión provisional sufrido como consecuencia de un proceso el período de cumplimiento de condena de una pena de prisión impuesta en otra causa, porque ello ocasionaría también que el límite temporal de duración de la prisión provisional dependiera de un elemento incierto y podría conducir al “desbordamiento de todo plazo razonable” (STC 19/1999, de 22 de febrero), doctrina ésta que hemos extendido al ámbito en que coincide la situación de prisión provisional por extradición con la situación de condenado a pena privativa de libertad en otra causa (SSTC 71/2000 y 72/2000, de 13 de marzo).

También hemos establecido que “los eventos ajenos a la propia medida cautelar de prisión provisional, no previstos en el artículo 504 de la LECrm, que es el precepto rector de la prisión provisional, no pueden ser tenidos en consideración para el cómputo del plazo máximo de duración de la misma” (SSTC 19/1999, de 22 de febrero, FJ 5, y 71/2000 y 72/2000, de 13 de marzo, FFJJ 5 y 6 respectivamente).

f) Por último, respecto a la suspensión del cómputo del plazo máximo de prisión provisional cuando la causa sufre dilaciones no imputables a la Administra-

ción de Justicia (artículo 504, párrafo sexto LECrm), hemos afirmado que la exclusión de dichas dilaciones determina que el cómputo de los plazos máximos de la prisión provisional no tenga un carácter de plena automaticidad, pues sin dejar de ser efectivos y determinados, no se consumen por el transcurso natural del tiempo (ATC 527/1988, de 9 de mayo, FJ 2) y que el periodo de tiempo que ha de excluirse del cómputo ha de corresponderse exactamente con la duración de la dilación (SSTC 127/1984, de 26 de diciembre, FJ 3, y 28/1985, de 27 de marzo, FJ 3).

Como criterio interpretativo para la valoración de este inciso, hemos empleado el del “plazo razonable”, ponderando la complejidad de la causa, la actividad desplegada por el órgano judicial y el comportamiento del recurrente. Así, hemos admitido que no pueden “merecer el calificativo de ‘indebidas’ aquellas supuestas dilaciones que obedezcan única y exclusivamente... a la intencionada conducta de la parte recurrente en amparo”, que en aquel caso se había sustraído de la acción de la Justicia, huyendo a Francia, provocando su rebeldía y un proceso de extradición (STC 8/1990, de 18 de enero, FJ 6), y que la interposición de un inútil, intempestivo y dilatorio recurso por la representación procesal del recurrente, que provocó la paralización del proceso penal durante más de un año, no es una dilación imputable a los órganos judiciales, sino una “conducta obstruccionista” que “no sólo no guarda proporción a la relación con el legítimo ejercicio del derecho de defensa, sino que, antes al contrario, estuvo dirigida exclusivamente a obtener la indebida puesta en libertad del recurrente por el mero transcurso de los plazos legales de la prisión provisional” (STC 206/1991, de 30 de octubre, FJ 7).

Por el contrario, con esos mismos cánones, hemos rechazado, por “injustificadamente restrictiva en atención al significado prevalente de la libertad y al correlativo carácter excepcional de la medida cautelar” la interpretación de la expresión “Administración de Justicia” como referida al concreto órgano judicial que decreta la prisión en un procedimiento de extradición —con la que se pretendía excluir del cómputo del plazo de la prisión provisional en una causa el tiempo de prisión provisional sufrido por otra—, afirmando que ello supondría hacer depender el límite temporal de la prisión de un elemento relativamente incierto, “incertidumbre que resulta contraria al espíritu del texto constitucional” (STC 305/2000, de 11 de diciembre, FJ 8).»

(STC 98/2002, de 29 de abril. Recurso de amparo 2131/01. Ponente: D. Javier Delgado Barrio, «BOE» de 22 de mayo de 2002)

Prisión provisional. Motivación

«Este Tribunal ha venido señalando reiteradamente que la constitucionalidad de la prisión provisional exige que su configuración y aplicación tengan como presupuesto la existencia de indicios racionales de la comisión de la acción delictiva y que su objetivo sea la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida, mereciendo tal consideración únicamente aquellos que remiten a “la conjuración de ciertos riesgos relevantes que, teniendo su origen en el imputado se proyectan sobre el normal desarrollo del proceso o la ejecución del fallo, así como, en general, sobre la sociedad” (SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 3; y 14/2000, de 17 de enero, FJ 4, por todas). En particular, esos riesgos a prevenir serían los de sustracción a la acción de la Administración de Justicia, la obstrucción de la justicia penal o la reiteración delictiva (entre otras, STC 33/1999, de 8 de marzo, FJ 3).

Atendiendo a una perspectiva formal, se ha insistido en que las decisiones relativas a la adopción y al mantenimiento de la prisión provisional deben expresarse en una resolución judicial motivada (por todas, SSTC 18/1999, de 22 de febrero, FJ 2, y 33/1999, de 8 de marzo, FJ 3). Dicha motivación ha de ser suficiente y razonada, lo que supone que el órgano judicial debe ponderar la concurrencia de todos los extremos que justifican la adopción de dicha medida y que esa apreciación no resulte arbitraria, debiendo entenderse por tal aquella que no resulte acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y, muy especialmente, con los fines que justifican la institución de la prisión provisional [SSTC 128/1995, FJ 4.b), y 33/1999, FJ 3]. En consecuencia, la suficiencia y razonabilidad de la motivación serán el resultado de la ponderación de los intereses en juego (la libertad de una persona cuya inocencia se presume, por un lado; la realización de la administración de la justicia penal y la evitación de hechos delictivos, por otro) a partir de toda la información disponible en el momento en que ha de adoptarse la decisión, de las reglas del razonamiento lógico y del entendimiento de la prisión provisional como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria y proporcionada a la consecución de los fines que la legitiman (STC 128/1995, FJ 3, y 33/1999, FJ 3).

Concretando dichas directrices, este Tribunal ha identificado dos criterios de enjuiciamiento en la motivación de la medida cautelar. El primero exige tomar en consideración, además de las características y gravedad del delito imputado y de la pena con que se le amenaza, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado. El segundo introduce una matización en el anterior al valorar la incidencia que el transcurso del tiempo ha de tener en la toma de la decisión de mantenimiento de la prisión, de modo que si bien es cierto que, en un primer momento, la necesidad de preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional así como los datos de que en ese instante disponga el instructor pueden justificar que el decreto de la prisión se lleve a cabo atendiendo solamente al tipo de delito y a la gravedad de la pena, también es verdad que el paso del tiempo modifica estas circunstancias y obliga a ponderar los datos personales y los del caso concreto conocidos en momentos posteriores [entre otras, SSTC 128/1995, FJ 4.b), 37/1996, de 11 de marzo, FJ 6.a), 62/1996, de 16 de abril, FJ 5, y 33/1999]. En suma, la medida de prisión provisional debe responder en todo momento a los fines constitucionalmente legítimos de la misma, y así debe poder deducirse de la motivación de la resolución que la acuerda, aunque en un primer momento estos fines pueden justificarse atendiendo a criterios objetivos como la gravedad de la pena o el tipo de delito [por todas, STC 44/1997, FJ 5.b)].

Finalmente, y partiendo de la insoslayable premisa de que la decisión de este Tribunal debe circunscribirse exclusivamente a apreciar si se ha vulnerado el derecho fundamental a la libertad personal, absteniéndose de cualesquiera otras consideraciones sobre la actuación de los órganos judiciales en virtud de lo establecido en el artículo 54 LOTC (STC 41/1982, de 2 de julio, FJ 1), hemos precisado igualmente que no nos corresponde determinar la concurrencia en cada caso concreto de las circunstancias que legitiman la adopción o mantenimiento de la prisión provisional sino únicamente hacer un control externo, tendente a verificar que la decisión ha sido adoptada de forma fundada, razonada, completa y acorde con los fines de la institución (STC 40/1987, de 3 de abril, FJ 2; 18/1999, de 22 de febrero, FJ 2, y 33/1999, de 8 de marzo, FJ 3).»

(STC 8/2002, de 14 de enero. Recurso de amparo 1496/00. Ponente: D. Pablo Cachón Villar, «BOE» de 8 de febrero de 2002)

Prisión provisional. Motivación y prórroga

«La legitimidad constitucional de la prisión provisional, en tanto que medida cautelar limitativa del derecho a la libertad adoptada dentro de un proceso penal, exige como presupuesto la existencia de indicios racionales de la comisión de un delito y, como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida. Por ello, toda resolución judicial en la que se adopte o mantenga esta medida ha de ponderar necesariamente las circunstancias concretas que, de acuerdo con su presupuesto legal y su finalidad constitucionalmente legítima, permitan tomar una decisión sobre la misma (por todas, SSTC 60/2001, de 26 de febrero, FJ 3, y, muy recientemente, 138/2002, de 3 de junio, FJ 4).

Por lo que se refiere a la finalidad constitucionalmente legítima de la prisión provisional —dejando a un lado lo relativo a la existencia de los indicios de la comisión de un delito, que en este supuesto no se discute realmente— nuestra doctrina ha sido constante a partir de la STC 128/1995, de 26 de julio. Hemos mantenido que los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional están vinculados con la necesidad de garantizar el normal desarrollo del proceso penal en el que se adopta la medida, especialmente el de asegurar la presencia del imputado en el juicio y el de evitar posibles obstrucciones a su normal desarrollo [STC 23/2002, de 28 de enero, FJ 3 a)]. Por ello, el Tribunal ha considerado que no son ajenos a la motivación de la consecución de estos fines, especialmente para el riesgo de fuga, datos objetivos como la gravedad del delito imputado y el estado de tramitación de la causa [STC 23/2002, de 28 de enero, FJ 3 b)]. Pero, como expresa la STC 47/2000, de 17 de febrero, FJ 10, es preciso distinguir dos momentos procesales diferentes en cuanto a la ponderación de estas circunstancias: por un lado, el momento inicial en que se adopta la medida y, por otro, los eventuales pronunciamientos sobre su mantenimiento o prórroga, una vez transcurrido el tiempo. De tal modo, que si en un principio cabe admitir una motivación basada únicamente en datos objetivos como la gravedad del delito y posible pena, el transcurso del tiempo en la aplicación de la medida exige que se ponderen más individualizadamente circunstancias personales del preso preventivo y del caso concreto.

En concreto, y por lo que se refiere a la prórroga o ampliación del plazo máximo inicial de la prisión provisional, nuestra doctrina ha insistido en la necesidad de dictar una resolución judicial específica y anterior a la expiración del plazo que motive tan excepcional decisión con base en alguno de los supuestos que legalmente habilitan para ello (SSTC 98/1998, de 4 de mayo, FJ 3; 142/1998, de 29 de junio, FJ 3; 231/2000, de 2 de octubre, FJ 5, y 272/2000, de 13 de noviembre, FJ 2), lo que obliga a los órganos judiciales a razonar sobre la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos para acordar la prórroga.»

(STC 142/2002, de 17 de junio. Recurso de amparo 3591/99. Ponente: D. Roberto García-Calvo y Montiel, «BOE» de 18 de julio de 2002. En el mismo sentido, STC 138/2002, de 3 de junio. Recursos de amparo 1234/00, 1281/00 y 1344/00 —acumulados—. Ponente: D. Pablo García Manzano, «BOE» de 26 de junio de 2002)

ARTÍCULO 18.1

Derecho a la intimidad. Concepto

«Debe recordarse ahora la reiterada doctrina de este Tribunal (por todas, la STC 115/2000, de 10 de mayo, FJ 4, con cita de las SSTC 134/1999, de 15 de julio; 73/1982, de 2 de diciembre; 110/1984, de 26 de noviembre; 231/1988, de 2 de diciembre; 197/1991, de 17 de octubre; 143/1994, de 9 de mayo, y 151/1997, de 29 de septiembre) según la cual el derecho fundamental a la intimidad reconocido por el artículo 18.1 CE tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares. De suerte que el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal sino también familiar (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, y 197/1991, de 17 de octubre), frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida. No garantiza una intimidad determinada sino el derecho a poseerla, disponiendo a este fin de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público. Lo que el artículo 18.1 CE garantiza es, pues, el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal y, por tanto, veda que sean los terceros, particulares o poderes públicos, quienes decidan cuáles son los contornos de nuestra vida privada.»

(STC 83/2002, de 22 de abril. Recurso de amparo 182/98. Ponente: D. Pablo García Manzano, «BOE» de 22 de mayo de 2002)

Derecho a la intimidad. Injerencia de la Policía Judicial en el ámbito de intimidad del detenido. Proporcionalidad

«a) Es doctrina constitucional reiterada que el derecho a la intimidad personal garantizado por el artículo 18.1 CE, en cuanto derivación de la dignidad de la persona reconocida en el artículo 10.1 CE, implica “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” (SSTC 209/1988, de 27 de octubre; 231/1988, de 1 de diciembre; 197/1991, de 17 de octubre; 99/1994, de 11 de abril; 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3; 98/2000, de 10 de abril, FJ 5, y 156/2001, de 2 de julio, FJ 4, entre otras).

Constituye, igualmente, doctrina reiterada de este Tribunal, que el derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquel haya de experimentar se revele como necesario para lograr un fin constitucionalmente legítimo, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho (SSTC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6; 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6; 98/2000, de 10 de abril, FJ 5, y 186/2000, de 10 de julio, FJ 5, y 156/2001, de 2 de julio, FJ 4).

Precisando la anterior doctrina, en la STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4, establecimos como requisitos que proporcionan una justificación constitucional objetiva y razonable a la injerencia en el derecho a la intimidad los siguientes: la existen-

cia de un fin constitucionalmente legítimo (considerando como tal "el interés público propio de la investigación de un delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal"); que la medida limitativa del derecho esté prevista en la ley (principio de legalidad); que como regla general se acuerda mediante una resolución judicial motivada (si bien reconociendo que debido a la falta de reserva constitucional a favor del Juez, la Ley puede autorizar a la policía judicial para la práctica de inspecciones, reconocimientos e incluso de intervenciones corporales leves, siempre y cuando se respeten los principios de proporcionalidad y razonabilidad) y, finalmente, la estricta observancia del principio de proporcionalidad, concretado en tres requisitos o condiciones: idoneidad de la medida, necesidad de la misma y proporcionalidad en sentido estricto.

Finalmente, y en relación con la exigencia de previsión legal, en la STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4, sostuvimos que "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 (artículo 81.1 CE), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal". Una reserva de ley que "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" y que "no es una mera forma, sino que implica exigencias respecto del contenido de la Ley que, naturalmente, son distintas según el ámbito material de que se trate", pero "que en todo caso el legislador ha de hacer el "máximo esfuerzo posible" para garantizar la seguridad jurídica o dicho de otro modo, "la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho" (STC 36/1991, FJ 5). Y, profundizando en esa exigencia, en la STC 169/2001, 16 de julio, FJ 6, sostuvimos, con abundante cita de Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en cuanto a las características exigidas por la seguridad jurídica respecto de la calidad de la ley habilitadora de las injerencias en un derecho reconocido en el Convenio, que "la ley debe definir las modalidades y extensión del ejercicio del poder otorgado con la suficiente claridad para aportar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad".

b) Aplicando las anteriores líneas jurisprudenciales a la concreción de las posibilidades de actuación de la policía en el momento de la detención respecto de la intimidad del detenido y, en concreto, respecto de la posibilidad de examinar los efectos y documentos intervenidos, cabe realizar las siguientes precisiones:

1. En primer lugar, debe destacarse que, en el momento de la detención, el detenido sigue siendo titular del derecho a la intimidad constitucionalmente tutelado (art. 18.1 CE), si bien, este derecho puede ceder ante la presencia de otros intereses superiores constitucionalmente relevantes, que en estos casos se articulan en torno al interés público en la prevención y la investigación del delito, el descubrimiento de los delincuentes y la recogida de los instrumentos, efectos y pruebas del mismo, lo que ya hemos declarado que constituye un fin constitucionalmente legítimo. Ahora bien, la existencia de esos intereses superiores no puede efectuarse en abstracto o con carácter general, sino que obliga a realizar una adecuada ponderación en el caso concreto.

2. Por lo que respecta a la habilitación legal en virtud de la cual la policía judicial puede practicar la injerencia en el derecho a la intimidad del detenido, en el momento de la detención, las normas aplicables son, en primer lugar el artículo 282 LECrm, que establece como obligaciones de la policía judicial la de "averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delin-

cuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la Autoridad judicial". En la misma línea, el artículo 11.1 de la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, establece como funciones de éstos, entre otras: f) "prevenir la comisión de actos delictivos"; g) "investigar los delitos para descubrir y detener a los presuntos culpables, asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente y elaborar los informes técnicos y periciales procedentes". Por último, el artículo 14 de la LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana, establece que las autoridades competentes podrán disponer las actuaciones policiales estrictamente necesarias para asegurar la consecución de las finalidades previstas en el artículo 1 de esta Ley, finalidades entre las que se encuentra la prevención de la comisión de delitos.

Por tanto, existe una habilitación legal específica que faculta a la policía para recoger los efectos, instrumentos y pruebas del delito y ponerlos a disposición judicial, y para practicar las diligencias necesarias para la averiguación del delito y el descubrimiento del delincuente. Entre esas diligencias (que la ley, ciertamente, no enumera casuísticamente, pero que limita adjetivándolas y orientándolas a un fin) podrá encontrarse la de examinar o acceder al contenido de esos instrumentos o efectos y, en concreto, de documentos o papeles que se le ocupen al detenido, realizando un primer análisis de los mismos, siempre que —como exige el propio texto legal— ello sea necesario (estrictamente necesario, conforme al artículo 14 de la LO 1/1992), estricta necesidad que habrá de valorarse atendidas las circunstancias del caso y que ha de entenderse como la exigencia legal de una estricta observancia de los requisitos dimanantes del principio de proporcionalidad. Así interpretada la norma, puede afirmarse que la habilitación legal existente cumple en principio con las exigencias de certeza y seguridad jurídica dimanantes del principio de legalidad, sin perjuicio de una mayor concreción en eventuales reformas legislativas.

3. En cuanto a la necesidad de autorización judicial, a diferencia de lo que ocurre con otras medidas restrictivas de derechos fundamentales que pueden ser adoptadas en el curso del proceso penal (como la entrada y registro en domicilio del artículo 18.2 CE o la intervención de comunicaciones del art. 18.3 CE), respecto de las restricciones del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) no existe en la Constitución reserva absoluta de previa resolución judicial. No obstante, en la STC 37/1989, de 15 de febrero, en relación con la práctica de diligencias limitativas del ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad, establecimos que era "sólo posible por decisión judicial" (FJ 7), aunque sin descartar la posibilidad de que en determinados casos y con la conveniente habilitación legislativa (que en tal caso no se daba), tales actuaciones pudieran ser dispuestas por la policía judicial (FJ 8). La STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3, respecto de la anterior doctrina, afirma también que "la exigencia de monopolio jurisdiccional en la limitación de los derechos fundamentales resulta, pues, aplicable a aquellas diligencias que supongan una intervención corporal, sin excluir, ello no obstante (debido precisamente a esa falta de reserva constitucional en favor del Juez), que la Ley pueda autorizar a la policía judicial, para disponer, por acreditadas razones de urgencia y necesidad, la práctica de actos que comporten una simple inspección o reconocimiento o, incluso, una intervención corporal leve, siempre y cuando se observen en su práctica los requisitos dimanantes de los principios de proporcionalidad y razonabilidad".

Esta doctrina —establecida ciertamente en otro ámbito diferente, pero conexo— resulta aplicable también a los supuestos que nos ocupan. La regla general es que el ámbito de lo íntimo sigue preservado en el momento de la detención y que sólo pueden llevarse a cabo injerencias en el mismo mediante la preceptiva autorización judi-

cial motivada conforme a criterios de proporcionalidad. De no existir ésta, los efectos intervenidos que puedan pertenecer al ámbito de lo íntimo han de ponerse a disposición judicial, para que sea el juez quien los examine. Esa regla general se exceptiona en los supuestos en que existan razones de necesidad de intervención policial inmediata, para la prevención y averiguación del delito, el descubrimiento de los delincuentes y la obtención de pruebas incriminatorias. En esos casos estará justificada la intervención policial sin autorización judicial, siempre que la misma se realice también desde el respeto al principio de proporcionalidad.

4. Finalmente, y por lo que respecta a la exigencia de proporcionalidad, como señalamos en la STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 7, "desde nuestras primeras resoluciones (STC 62/1982) hasta las más recientes (especialmente SSTC 55/1996 y 161/1997) hemos consagrado el principio de proporcionalidad como un principio general que puede inferirse a través de diversos preceptos constitucionales... y que, en el ámbito de los derechos fundamentales, constituye una regla de interpretación que, por su mismo contenido, se erige en límite de toda injerencia estatal en los mismos, incorporando incluso frente a la ley exigencias positivas y negativas".

Por tanto, para que una injerencia en el ámbito de la intimidad del detenido sea legítima habrá de satisfacer las exigencias del principio de proporcionalidad. Lo cual significa, al igual que establecimos en la STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 3 e), en primer lugar, que sea idónea para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido por ella, esto es, la investigación del delito (juicio de idoneidad); en segundo lugar, que sea necesaria o imprescindible para ello, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de derechos fundamentales o con un sacrificio menor, sean igualmente aptas para dicho fin (juicio de necesidad); y, por último, que se deriven de su aplicación más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto o, dicho de otro modo, que el sacrificio impuesto al derecho fundamental no resulte desmedido en relación con la gravedad de los hechos y las sospechas existentes (juicio de proporcionalidad en sentido estricto).

5. La valoración de la urgencia y necesidad de la intervención policial ha de realizarse *ex ante*, y es susceptible de control judicial *ex post*, al igual que el respeto del principio de proporcionalidad. La constatación *ex post* de la falta del presupuesto habilitante o del respeto al principio de proporcionalidad implicaría la vulneración del derecho fundamental y tendría efectos procesales en cuanto a la ilicitud de la prueba en su caso obtenida, por haberlo sido con vulneración de derechos fundamentales.»

(STC 70/2002, de 3 de abril. Recurso de amparo 3787/01. Ponente: D. Fernando Garrido Falla, «BOE» de 25 de abril de 2002)

ARTÍCULO 18.2

Derecho a la inviolabilidad del domicilio. Entrada y registro en habitaciones de hotel

«6. La Constitución no ofrece una definición expresa del domicilio como objeto de protección del artículo 18.2 CE. Sin embargo, este Tribunal ha ido perfilando una noción de domicilio de la persona física cuyo rasgo esencial reside en constituir un ámbito espacial apto para un destino específico, el desarrollo de la vida privada. Este rasgo, que ha sido señalado de forma expresa en Sentencias recientes

(SSTC 94/1999, de 31 de mayo, FJ 4, y 283/2000, de 27 de noviembre, FJ 2), se encuentra asimismo comprendido en las declaraciones generales efectuadas por este Tribunal sobre la conexión entre el derecho a la inviolabilidad domiciliaria y el derecho a la intimidad personal y familiar, así como en la delimitación negativa que hemos realizado de las características del espacio que ha de considerarse domicilio y de la individualización de espacios que no pueden calificarse de tal a efectos constitucionales.

Con carácter general, como acabamos de recordar, hemos declarado que "el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella" (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5; 137/1985, de 17 de octubre, FJ 2; 69/1999, de 26 de abril, FJ 2; 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5, y 119/2001, de 24 de mayo, FFJJ 5 y 6).

A esta genérica definición hemos añadido una doble consecuencia para el concepto constitucional de domicilio, extraída del carácter instrumental que la protección de la inviolabilidad domiciliaria presenta en la Constitución respecto del derecho a la intimidad personal y familiar, y deducida también del nexo indisoluble que une ambos derechos: en primer término, que "la idea de domicilio que utiliza el artículo 18 de la Constitución no coincide plenamente con la que se utiliza en materia de Derecho privado y en especial en el artículo 40 del Código Civil como punto de localización de la persona o lugar de ejercicio por ésta de sus derechos u obligaciones"; en segundo lugar, que el concepto constitucional de domicilio tiene "mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico-administrativo" (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 2, y 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5), y no "admite concepciones reduccionistas [... como las] que lo equiparan al concepto jurídico-penal de morada habitual o habitación" (STC 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5).

En una delimitación negativa de las características que ha de tener cualquier espacio para ser considerado domicilio hemos afirmado que ni el carácter cerrado del espacio ni el poder de disposición que sobre el mismo tenga su titular determinan que estemos ante el domicilio constitucionalmente protegido. Y, en sentido inverso, que tampoco la falta de habitualidad en el uso o disfrute impide, en todo caso, la calificación del espacio como domicilio. Así, hemos declarado que no todo "recinto cerrado merece la consideración de domicilio a efectos constitucionales", y que, en particular, la garantía constitucional de su inviolabilidad no es extensible a "aquellos lugares cerrados que, por su afectación [como ocurre con los almacenes, las fábricas, las oficinas y los locales comerciales (ATC 171/1989, FJ 2)], tengan un destino o sirvan a cometidos incompatibles con la idea de privacidad" (STC 228/1997, de 16 de diciembre, FJ 7). Igualmente, hemos señalado, que "no todo local sobre cuyo acceso posee poder de disposición su titular debe ser considerado como domicilio a los fines de la protección que el artículo 18.2 garantiza", pues "la razón que impide esta extensión es que el derecho fundamental aquí considerado no puede confundirse con la protección de la propiedad de los inmuebles ni de otras titularidades reales u obligacionales relativas a dichos bienes que puedan otorgar una facultad de exclusión de los terceros" (STC 69/1999, de 26 de abril, FJ 2). Y, finalmente, hemos advertido sobre la irrelevancia a efectos constitucionales de la intensidad, periodicidad o habitualidad del uso privado del espacio si a partir de otros datos como su situación, destino natural, configuración física, u objetos en él hallados, puede inferirse el efectivo desarrollo de vida privada en el mismo (STC 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5, en sentido similar

sobre la irrelevancia de la falta de periodicidad, STEDH 24 de noviembre de 1986, caso *Guillow c. Reino Unido*).

En aplicación de esta genérica doctrina, hemos entendido en concreto que una vivienda es domicilio aun cuando en el momento del registro no esté habitada (STC 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5), y, sin embargo, no hemos considerado domicilio los locales destinados a almacén de mercancías (STC 228/1997, de 16 de diciembre, FJ 7), un bar y un almacén (STC 283/2000, de 27 de noviembre, FJ 2), unas oficinas de una empresa (ATC 171/1989, de 3 de abril), los locales abiertos al público o de negocios (ATC 58/1992, de 2 de marzo), o los restantes edificios o lugares de acceso dependiente del consentimiento de sus titulares a los que el artículo 87.2 LOPJ extiende la necesidad de autorización judicial para su entrada y registro [STC 76/1992, de 14 de mayo, FJ 3.b)].

7. De la jurisprudencia constitucional expuesta se obtiene, como ya hemos anticipado, que el rasgo esencial que define el domicilio a los efectos de la protección dispensada por el artículo 18.2 CE reside en la aptitud para desarrollar en él vida privada y en su destino específico a tal desarrollo aunque sea eventual. Ello significa, en primer término, que su destino o uso constituye el elemento esencial para la delimitación de los espacios constitucionalmente protegidos, de modo que, en principio, son irrelevantes su ubicación, su configuración física, su carácter mueble o inmueble, la existencia o tipo de título jurídico que habilite su uso, o, finalmente, la intensidad y periodicidad con la que se desarrolle la vida privada en el mismo. En segundo lugar, si bien el efectivo desarrollo de vida privada es el factor determinante de la aptitud concreta para que el espacio en el que se desarrolla se considere domicilio, de aquí no se deriva necesariamente que dicha aptitud no pueda inferirse de algunas de estas notas, o de otras, en la medida en que representen características objetivas conforme a las cuales sea posible delimitar los espacios que, en general, pueden y suelen ser utilizados para desarrollar vida privada.

El rasgo esencial que define el domicilio delimita negativamente los espacios que no pueden ser considerados domicilio: de un lado, aquéllos en los que se demuestre de forma efectiva que se han destinado a cualquier actividad distinta a la vida privada, sea dicha actividad comercial, cultural, política, o de cualquier otra índole; de otro, aquéllos que, por sus propias características, nunca podrían ser considerados aptos para desarrollar en ellos vida privada, esto es, los espacios abiertos. En este sentido resulta necesario precisar que, si bien no todo espacio cerrado constituye domicilio, ni deja de serlo una vivienda por estar circunstancialmente abierta, sin embargo, es consustancial a la noción de vida privada y, por tanto, al tipo de uso que define el domicilio, el carácter acotado respecto del exterior del espacio en el que se desarrolla. El propio carácter instrumental de la protección constitucional del domicilio respecto de la protección de la intimidad personal y familiar exige que, con independencia de la configuración física del espacio, sus signos externos revelen la clara voluntad de su titular de excluir dicho espacio y la actividad en él desarrollada del conocimiento e intromisiones de terceros.

8. Precisado en estos términos el concepto constitucional de domicilio, se ha de otorgar la razón al órgano judicial cuestionante en cuanto a que las habitaciones de los hoteles pueden constituir domicilio de sus huéspedes, ya que, en principio, son lugares idóneos, por sus propias características, para que en las mismas se desarrolle la vida privada de aquéllos habida cuenta de que el destino usual de las habitaciones de los hoteles es realizar actividades enmarcables genéricamente en la vida privada. Ello, no obstante, no significa que las habitaciones de los hoteles no puedan ser utilizadas también para realizar otro tipo de actividades de carácter profesional, mercantil o de otra naturaleza, en cuyo caso no se considerarán domicilio de quien las usa a

tales fines. En el caso origen del proceso penal pendiente, no existen dudas de que los periodistas se hospedaban en las habitaciones del hotel que fueron registradas, de modo que constituían en ese momento su domicilio en cuanto en ellas desarrollaban su vida privada.

Desde esta perspectiva, ni la accidentalidad, temporalidad, o ausencia de habitualidad del uso de la habitación del hotel, ni las limitaciones al disfrute de las mismas que derivan del contrato de hospedaje, pueden constituir obstáculos a su consideración como domicilio de los clientes del hotel mientras han contratado con éste su alojamiento en ellas. Siendo las habitaciones de los hoteles espacios aptos para el desarrollo o desenvolvimiento de la vida privada, siempre que en ellos se desarrolle, constituyen ámbitos sobre los que se proyecta la tutela que la Constitución garantiza en su artículo 18.2: su inviolabilidad y la interdicción de las entradas o registros sin autorización judicial o consentimiento de su titular, fuera de los casos de flagrante delito.

La consideración de las habitaciones de los hoteles como domicilio de quienes se alojan en ellas a efectos de la protección que el artículo 18.2 CE establece para el domicilio coincide, por lo demás, con la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (por todas, SSTs de 3 de julio de 1992, 10 de julio de 1992, 5 de octubre de 1992, 17 de marzo de 1993, 15 de febrero de 1995, 2 de octubre de 1995, 21 de noviembre de 1997, 24 de enero de 1998 y 16 de mayo de 2000) y la jurisprudencia de otros países (*Stoner v. California*, 376 U.S. 483).»

(STC 10/2002, de 17 de enero. Cuestión de inconstitucionalidad 2829/94, por la que se declaró inconstitucional y derogado el artículo 557 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ponente: D.ª M.ª Emilia Casas Baamonde, «BOE» de 8 de febrero de 2002)

ARTÍCULO 18.3

Derecho al secreto de las comunicaciones

«Nuestra Jurisprudencia al respecto [desde STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7], puede resumirse en los siguientes puntos: 1.º Se protege la libertad de comunicaciones: "Rectamente entendido, el derecho fundamental 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 decirse también 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 la identidad subjetiva de los interlocutores o de los corresponsales" (STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7). 2.º Se garantiza la impenetrabilidad de la comunicación para terceros: "Sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de comunicación, la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia *erga omnes*) ajenos a la comunicación misma" (STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7). 3.º El concepto de lo secreto

tiene carácter formal: "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" (SSTC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 7, y 34/1996, de 11 de marzo, FJ 4). Más allá, nuestra Jurisprudencia se ha orientado a la definición de las garantías constitucionales que permiten la intervención de las comunicaciones, fundamentalmente telefónicas (previsión legal de la medida con suficiente precisión; autorización judicial mediante una decisión suficientemente motivada y ejecución de la medida con estricta observancia del principio de proporcionalidad; *cfr.*, entre las más recientes, SSTC 49/1996, de 26 de marzo, FJ 3; 121/1998, de 15 de junio, FJ 5; 49/1999, de 5 de abril, FJ 4, 5, 6 y 7; 166/1999, 27 de septiembre, FJ 2; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 2; 14/2001, de 29 de enero, FJ 2). Ciertamente los avances tecnológicos que en los últimos tiempos se han producido en el ámbito de las telecomunicaciones, especialmente en conexión con el uso de la informática, hacen necesario un nuevo entendimiento del concepto de comunicación y del objeto de protección del derecho fundamental, que extienda la protección a esos nuevos ámbitos, como se deriva necesariamente del tenor literal del artículo 18.3 CE.»

(STC 70/2002, de 3 de abril. Recurso de amparo 3787/01. Ponente: D. Fernando Garrido Falla, «BOE» de 25 de abril de 2002. En el mismo sentido, STC 123/2002, de 20 de mayo. Recurso de amparo 5546/99. Ponente: D.^a M.^a Emilia Casas Baamonde, «BOE» de 19 de junio de 2002)

«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) 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: su existencia, contenido y las circunstancias externas del proceso de comunicación antes mencionadas. De modo que la difusión sin consentimiento de los titulares del teléfono o sin autorización judicial de los datos de esta forma captados supone la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones. 6. La aplicación de la doctrina expuesta conduce 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.»

(STC 123/2002, de 20 de mayo. Recurso de amparo 5546/99. Ponente: D.^a M.^a Emilia Casas Baamonde, «BOE» de 19 de junio de 2002)

Derecho al secreto de las comunicaciones de interno en Centro Penitenciario

«Es necesario precisar –siguiendo literalmente la STC 106/2001, de 23 de abril, FJ 6– cuáles son las líneas básicas de nuestra doctrina acerca del derecho al secreto de las comunicaciones de los ciudadanos reclusos en un centro penitenciario y los requisitos que deben cumplir los Acuerdos o medidas de intervención de las mismas (SSTC 183/1994, de 20 de junio; 127/1996, de 9 de julio; 170/1996, de 29 de octu-

bre; 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; ATC 54/1999, de 8 de marzo).

a) El marco normativo constitucional del derecho al secreto de las comunicaciones de que puede gozar una persona interna en un centro penitenciario viene determinado, no sólo por lo dispuesto en el artículo 18.3 CE –que garantiza el derecho al secreto de las comunicaciones, salvo resolución judicial–, sino también y primordialmente por el artículo 25.2 CE, precepto que en su inciso segundo establece que "el condenado a pena de prisión que estuviera cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria". Así pues, la persona recluida en un centro penitenciario goza, en principio, del derecho al secreto de las comunicaciones, aunque puede verse afectada por las limitaciones expresamente mencionadas en el artículo 25.2 CE.

En los supuestos como el presente, en los que ni el contenido del fallo condenatorio, ni el sentido de la pena, han servido de base para la limitación del derecho del recurrente en amparo al secreto de las comunicaciones, es preciso contemplar las restricciones previstas en la legislación penitenciaria, al objeto de analizar su aplicación a la luz de los artículos 18.3 y 25.2 CE (SSTC 170/1996, de 29 de octubre, FJ 4; 175/1997, de 27 de octubre, FJ 2; 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 2, y 175/2000, de 26 de junio, FFJJ 2 y 3).

b) El artículo 51 LOGP reconoce el derecho de los reclusos a las comunicaciones, diferenciando el propio precepto, en cuanto al ejercicio de tal derecho, entre varias modalidades de comunicación, que son de muy diferente naturaleza y vienen, por ello, sometidas a regímenes legales claramente diferenciados. Por lo que se refiere a las limitaciones que pueden experimentar las denominadas comunicaciones genéricas que regulan los artículos 51.1 LOGP y concordantes RP de 1996, esto es, las que los internos pueden celebrar con sus familiares, amigos y representantes de organismos internacionales e instituciones de cooperación penitenciaria, que son las afectadas en este caso por la intervención que cuestiona el recurrente en amparo según él mismo reconoce en sus escritos; el citado artículo 51.1 LOGP, además de mencionar los casos de incomunicación judicial, impone que tales comunicaciones se celebren de manera que se respete al máximo la intimidad, pero autoriza que sean restringidas por razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del Establecimiento. Por su parte, el artículo 51.5 LOGP permite que tales comunicaciones sean intervenidas motivadamente por el Director del centro penitenciario, dando cuenta a la autoridad judicial competente. En suma, el citado precepto legal permite la intervención de las denominadas comunicaciones genéricas por razones de seguridad, interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento, configurándose tales supuestos como causas legítimas para ordenar la intervención de las comunicaciones de un interno.

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, y 175/2000, de 26 de junio, FJ 3).

c) Respecto al requisito de la doble notificación o comunicación de la medida, este Tribunal Constitucional tiene declarado que la notificación de su adopción al

interno en nada frustra la finalidad perseguida, ya que la intervención tiene fines únicamente preventivos, no de investigación de posibles actividades delictivas para lo que se requeriría la previa autorización judicial, a la vez de que supone una garantía para el interno afectado (STC 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4).

De otra parte, la necesidad legal de la comunicación de la medida adoptada a la autoridad judicial competente ha de ser inmediata, con el objeto de que ésta ratifique, anule o subsane la decisión administrativa, es decir, ejerza con plenitud su competencia revisora sobre la restricción del derecho fundamental, articulándose, pues, como una auténtica garantía con la que se pretende que el control judicial de la intervención administrativa no dependa del eventual ejercicio por el interno de los recursos procedentes. Rectamente entendida esta dación de cuentas a la autoridad judicial competente implica, "no sólo la mera comunicación del órgano administrativo al órgano judicial para conocimiento de éste, sino un verdadero control jurisdiccional de la medida efectuado a posteriori mediante una resolución motivada" (STC 175/1997, de 27 de octubre, FJ 3). Conclusión que impone, no sólo una necesaria consideración sistemática del artículo 51.5 LOGP con los artículos 76.1 y 2 g) y 94.1 de la misma, conforme a los cuales corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria salvaguardar los derechos fundamentales de los internos que cumplen condena, sino, igualmente, el artículo 106.1 CE, por el que la Administración, también la penitenciaria, está sujeta al control judicial de la legalidad de su actuación. A ello hay que añadir, para valorar en toda su dimensión la importancia de esta medida, que el recluso puede ponerse en comunicación con ciudadanos libres, a los que también les afecta el acto administrativo de intervención. Por todo ello resulta claro que, si la autoridad judicial competente se limitara a una mera recepción de la comunicación del acto administrativo en el que se acuerda intervenir las comunicaciones y adoptase una actitud meramente pasiva ante la restricción por dicho acto del derecho fundamental del recluso, no estaría dispensando la protección del derecho en la forma exigida (SSTC 183/1984, de 20 de junio, FJ 5; 170/1996, de 29 de octubre, FJ 3; 175/1997, de 27 de octubre, FJ 3; 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4; 141/1999, de 22 de julio, FJ 5, y 188/1999, de 25 de octubre, FJ 5).

d) En relación con el límite temporal de la medida de intervención debe recordarse que el mantenimiento de una medida restrictiva de derechos, como la analizada, más allá del tiempo estrictamente necesario para la consecución de los fines que la justifican podría lesionar efectivamente el derecho afectado (SSTC 206/1991, de 30 de octubre, FJ 4; 41/1996, de 12 de marzo, FJ 2). En este sentido, los artículos 51 y 10.3 LOGP y 41 y ss. RP de 1996 llevan implícita la exigencia del levantamiento de la intervención en el momento en que deje de ser necesaria por cesación o reducción de las circunstancias que la justificaron, en cuanto se justifica exclusivamente como medida imprescindible por razones de seguridad, buen orden del establecimiento o interés del tratamiento. Por todo ello, este Tribunal Constitucional ha venido exigiendo que, al adoptarse la medida de intervención de las comunicaciones, se determine el período de su vigencia temporal, aunque para ello no sea estrictamente necesario fijar una fecha concreta de finalización, sino que ésta puede hacerse depender de la desaparición de la condición o circunstancia concreta que justifica la intervención. El Acuerdo puede, pues, en determinados casos, sustituir la fijación de la fecha por la especificación de esa circunstancia, cuya desaparición pondría de manifiesto que la medida habría dejado de ser necesaria (SSTC 170/1996, de 29 de octubre, FJ 4; 175/1997, de 27 de octubre, FJ 4; 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4; 141/1999, de 22 de julio, FJ 5, y ATC 54/1999, de 8 de marzo).

e) Por último, la exigencia de motivación de la medida no sólo se convierte ex artículo 51.5 LOGP en presupuesto habilitante de toda restricción del derecho al

secreto de las comunicaciones, sino que, aunque faltase esa precisión legal, su concurrencia vendría exigida por la propia Constitución, ya que su ausencia o insuficiencia afecta al propio derecho fundamental en la medida en que sin ella el recluso, que ve limitado el ejercicio de un derecho, desconoce la razón de esa restricción y los órganos judiciales encargados de efectuar el control relativo a la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida carecen de datos indispensables para llevar a cabo esa tarea, que es el objeto principal del control jurisdiccional. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha insistido en la importancia y necesidad de la motivación de la medida de intervención, no sólo porque ello permite acreditar las razones que justifican la medida de restricción del derecho, sino, además, porque constituye el único medio para constatar que la ya limitada esfera jurídica del ciudadano interno en un centro penitenciario no se restringe o menoscaba de forma innecesaria, inadecuada o excesiva.

El contenido de la motivación ha de extenderse, primero, a la especificación de cuál de las finalidades legalmente previstas –seguridad, buen orden del establecimiento e interés del tratamiento– es la perseguida con la adopción de la medida y, segundo, a la explicitación de las circunstancias que permiten concluir que la intervención resulta adecuada para alcanzar la finalidad perseguida. Respecto a dicho requisito este Tribunal Constitucional tiene declarado que la individualización de las circunstancias del caso, e incluso de la persona de interno, no significa que dichas circunstancias deban ser predicables única y exclusivamente del interno afectado por la medida, o que si se trata de características comunes que concurren en un grupo de personas no puedan aducirse como causa justificativa de la intervención. Individualizar no significa necesariamente destacar rasgos que concurren exclusivamente en el recluso afectado. Puede tratarse de unos rasgos comunes a los pertenecientes a ese colectivo o a una organización; en estos casos lo que debe individualizarse es esa característica común que a juicio de la Administración penitenciaria justifica en el supuesto concreto la adopción de la medida. En lo referente a los aspectos formales de la motivación, cuya finalidad sigue siendo hacer posible el control jurisdiccional de la medida, el Acuerdo ha de contener los datos necesarios para que el afectado y posteriormente los órganos judiciales puedan llevar a cabo el juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, aunque no resulta exigible que en el mismo se explicitase ese triple juicio por parte de la Administración, pues los referidos datos pueden completarse con los que de forma clara y manifiesta estén en el contexto en el que se ha dictado el Acuerdo (SSTC 170/1996, de 29 de octubre, FFJJ 5 y 6; 128/1997, de 14 de julio, FJ 4; 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4, y 141/1999, de 22 de julio, FJ 5).»

(STC 192/2002, de 28 de octubre. Recurso de amparo 3201/98. Ponente: D. Eugenio Gay Montalvo, «BOE» de 20 de noviembre de 2002. En el mismo sentido, STC 193/2002, de 28 de octubre. Recurso de amparo 3203/98. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez, «BOE» de 20 de noviembre de 2002 y STC 194/2002, de 28 de octubre. Recurso de amparo 3207/98. Ponente: D. Pablo Cachón Villar, «BOE» de 20 de noviembre de 2002)

Intervención de las comunicaciones. Presupuestos

«De conformidad con nuestra jurisprudencia, la intervención de las comunicaciones telefónicas sólo puede entenderse constitucionalmente legítima cuando está legalmente prevista con suficiente precisión, autorizada 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 prevención y represión de delitos calificables de infracciones punibles graves y es idónea e imprescindible para la investigación de los mismos (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 166/1999, de 27 de septiembre, FFJJ 1 y 2; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; 126/2000, de 16 de mayo, FJ 2; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 2; 14/2001, de 29 de enero, FJ 2, y 202/2001, de 15 de octubre, FJ 2, entre las últimas); de modo que 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).

También incide en la legitimidad de la medida y, por tanto, en el derecho al secreto de las comunicaciones, la falta de expresión o exteriorización, por parte del órgano judicial, tanto de la existencia de los presupuestos materiales de la intervención —datos objetivos que hagan pensar en la posible existencia de delito grave, conexión de los usuarios de los teléfonos con los hechos—, como de la necesidad y adecuación de la medida —razones y finalidad perseguida— (STC 54/1996, FJ 8). El presupuesto habilitante es, como hemos afirmado reiteradamente, un *prius lógico* "pues, de una parte, mal puede estimarse realizado ese juicio, en el momento de adopción de la medida, si no se manifiesta, al menos, que concurre efectivamente el presupuesto que la legitima. Y, de otra, sólo a través de esa expresión podrá comprobarse ulteriormente la idoneidad y necesidad (en definitiva, la razonabilidad) de la medida limitativa del derecho fundamental (SSTC 37/1989, 3/1992, 12/1994, 13/1994, 52/1995, 128/1995, 181/1995 y 34/1996)" (STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 7).

[.../...]

Sobre la proporcionalidad de las intervenciones telefónicas acordadas para la investigación del delito de contrabando ya nos hemos pronunciado en el sentido de que, de un lado, la gravedad del delito no se determina exclusivamente por la pena con la que el mismo se sanciona, sino también en atención al bien jurídico protegido y a la relevancia social de los hechos. De modo que, aunque, conforme al nuevo Código Penal, la pena para este delito sea considerada menos grave, sin embargo, "no cabe sostener que, cuando el contrabando de tabaco se realiza a gran escala a través de una organización,... merece un reproche social muy escaso, dada la incidencia de tal actividad, no sólo sobre los intereses recaudatorios de la Hacienda Pública, sino también sobre la finalidad extrafiscal inherente a la imposición específica sobre consumos, justificada en el caso del tabaco por los costes sociales, sanitarios en concreto, que genera por tratarse de un producto perjudicial para la salud (Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales). El legislador democrático... ha plasmado esa relevancia social que presenta el contrabando de tabaco, mayor que la que se dice en la demanda de amparo, al proclamar que "el impacto social, económico y recaudatorio del comercio legítimo de labores de tabaco obliga a intensificar la reacción jurídica frente a ese delito" (Exposición de Motivos, Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando). Pero es que a la hora de ponderar la relevancia social de los hechos y su gravedad, el elemento de que sean organizaciones complejas las que se dedican a su comisión es, sin duda, un factor de suma importancia a atender, por la potencial eficacia de dichas organizaciones en su embate contra los intereses sociales y públicos garantizados por la legalidad que atacan" (STC 299/2001, de

11 de diciembre, FJ 2; reiterado en SSTC 14/2001, de 29 de enero, FJ 3, y 202/2001, de 15 de octubre, FJ 3).»

(STC 82/2002, de 22 de abril. Recurso de amparo 5369/97. Ponente: D.^a M.^a Emilia Casas Baamonde, «BOE» de 22 de mayo de 2002)

«La doctrina de este Tribunal ha sostenido que al ser la intervención de las comunicaciones telefónicas una limitación del derecho fundamental al secreto de las mismas, exigida por un interés constitucionalmente legítimo, es inexcusable una adecuada motivación de las resoluciones judiciales por las que se acuerda, que tiene que ver con la necesidad de justificar el presupuesto legal habilitante de la intervención y la de hacer posible su control posterior en aras del respeto del derecho de defensa del sujeto pasivo de la medida, habida cuenta de que, por la propia finalidad de ésta, dicha defensa no puede tener lugar en el momento de la adopción de la medida (STC 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4).

En este sentido tenemos dicho que la resolución judicial en la que se acuerda la medida de intervención telefónica o su prórroga debe expresar o exteriorizar las razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de la intervención, esto es, cuáles son los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo grave por una determinada persona, así como determinar con precisión el número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas, que, en principio, deberán serlo las personas sobre las que recaigan los indicios referidos, el tiempo de duración de la intervención, quiénes han de llevarla a cabo y cómo, y los periodos en los que deba darse cuenta al Juez para controlar su ejecución (SSTC 49/1996, de 26 de marzo, FJ 3; 236/1999, de 20 de diciembre, FJ 3, y 14/2001, de 29 de enero, FJ 5). Así pues, también se deben exteriorizar en la resolución judicial, entre otras circunstancias, los datos o hechos objetivos que puedan considerarse indicios de la existencia del delito y la conexión de la persona o personas investigadas con el mismo, indicios que son algo más que simples sospechas, pero también algo menos que los indicios racionales que se exigen para el procesamiento. Esto es, sospechas fundadas en alguna clase de dato objetivo (SSTC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 14/2001, de 29 de enero, FJ 5; 138/2001, de 18 de junio, FJ 3, y 202/2001, de 15 de octubre, FJ 4).

Tales precisiones son indispensables, habida cuenta que el juicio sobre la legitimidad constitucional de la medida exige verificar 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 o imprescindibilidad para asegurar la defensa del interés público, pues la conexión entre la causa justificativa de la limitación pretendida —la averiguación del delito— y el sujeto afectado por ésta —aquél de quien se presume que pueda resultar autor o participe del delito investigado o pueda haberse relacionado con él— es un *prius* lógico del juicio de proporcionalidad (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 126/2000, de 16 de mayo, FJ 7; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 14/2001, de 29 de enero, FJ 5; 138/2001, de 18 de junio, FJ 3, y 202/2001, de 15 de octubre, FJ 4).

La relación entre la persona investigada y el delito se manifiesta en las sospechas que, como tiene declarado este Tribunal, no son tan sólo circunstancias meramente anímicas, sino que precisan para que puedan entenderse fundadas hallarse apoyadas en datos objetivos, que han de serlo en un doble sentido; en primer lugar,

en el de ser accesibles a terceros, sin lo que no serían susceptibles de control; y en segundo lugar, en el de que han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o que se va a cometer el delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona. Esta mínima exigencia resulta indispensable desde la perspectiva del derecho fundamental, pues si el secreto pudiera alzarse sobre la base de meras hipótesis subjetivas, el derecho al secreto de las comunicaciones, tal y como la Constitución lo configura, quedaría materialmente vacío de contenido. Estas sospechas han de fundarse en datos fácticos o indicios que permitan suponer que alguien intenta cometer, está cometiendo o ha cometido, una infracción grave o en 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 Ludí—) o, en los términos en los que se expresa el actual artículo 579 LECrm, en "indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa" (art. 579.1 LECrm) o "indicios de responsabilidad criminal" (art. 579.3 LECrm; SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 14/2001, de 29 de enero, FJ 5; 138/2001, de 18 de junio, FJ 3, y 202/2001, de 15 de octubre, FJ 4).

Se trata, por consiguiente, de determinar si en el momento de pedir y adoptar la medida de intervención se pusieron de manifiesto ante el Juez, y se tomaron en consideración por éste elementos de convicción que constituyan algo más que meras suposiciones o conjeturas de la existencia del delito o de su posible comisión, y de que las conversaciones que se mantuvieran a través de la línea telefónica indicada eran medio útil de averiguación del delito. En consecuencia, la mención de los datos objetivos que permitieran precisar que dicha línea era utilizada por las personas sospechosas de su comisión o de quienes con ella se relacionaban, y que, por lo tanto, no se trataba de una investigación meramente prospectiva, pues el secreto de las comunicaciones no puede ser desvelado para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan de los encargados de la investigación, ya que, de otro modo, se desvanecería la garantía constitucional (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8, y 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8). Será necesario establecer, por lo tanto, para determinar si se ha vulnerado o no el derecho al secreto de las comunicaciones, la relación entre el delito investigado y los usuarios de los teléfonos intervenidos, individualizar los datos que hayan llevado a centrar las sospechas en ellos y analizar, finalmente, si éstos tenían algún fundamento objetivo que justificara la adopción de la medida limitativa (SSTC 14/2001, de 29 de enero, FJ 5, y 202/2001, de 15 de octubre, FJ 4).

De otra parte, aunque lo deseable es que la expresión de los indicios objetivos que justifiquen la intervención quede exteriorizada directamente en la resolución judicial, ésta puede considerarse suficientemente motivada si, integrada incluso con la solicitud policial, a la que puede remitirse, contiene los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias para poder llevar a cabo con posterioridad la ponderación de la restricción de los derechos fundamentales que la proporcionalidad de la medida conlleva (SSTC 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 7; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 6; 126/2000, de 16 de mayo, FJ 7; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4; 138/2001, de 18 de junio, FJ 3, y 202/2001, de 15 de octubre, FJ 5).

[.../...]

Sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de la intervención de las comunicaciones telefónicas, este Tribunal tiene declarado, en línea con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias de 6 de septiembre de 1978 —caso *Klass*—, 2 de agosto de 1984 —caso *Malone*—, 24 de abril de 1990 —caso *Kuslin y Huvig*—, 25 de marzo de 1998 —caso *Haldford*—, 25 de marzo de 1998 —caso *Klopp*—, y 30 de julio de 1998 —caso *Valenzuela*—), que una medida restrictiva del derecho al secreto de las comunicaciones sólo puede entenderse constitucionalmente legítima, desde la perspectiva de este derecho fundamental, si se realiza con estricta observancia del principio de proporcionalidad, es decir, si, como ya hemos tenido ocasión de señalar, la medida se autoriza por ser necesaria para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como, entre otros, para la defensa del orden y prevención de delitos calificables de infracciones punibles graves y es idónea e imprescindible para la investigación de los mismos (SSTC 85/1994, de 14 de marzo, FJ 3; 181/1995, de 11 de diciembre, FJ 5; 49/1996, de 26 de marzo, FJ 3; 54/1996, de 26 de marzo, FFJJ 6 y 7; 123/1997, de 1 de julio, FJ 4; 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 5; 126/2000, de 16 de mayo, FJ 6; 14/2001, de 29 de enero, FJ 2, y 202/2001, de 15 de octubre, FJ 2). Así pues, uno de los presupuestos que habilitan legal y constitucionalmente la adopción de la decisión judicial de intervención de las comunicaciones telefónicas es "la existencia de una investigación en curso por un hecho constitutivo de infracción punible grave, en atención al bien jurídico protegido y a la relevancia social del mismo" [STC 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 3 a)], debiendo de constatarse la comprobación de la proporcionalidad de la medida, desde la perspectiva que ahora nos ocupa, analizando las circunstancias concurrentes en el momento de su adopción (SSTC 126/2000, de 16 de mayo, FJ 8; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 2; 14/2001, de 29 de enero, FJ 2, y 202/2001, de 15 de octubre, FJ 2).

[.../...]

El control judicial de la ejecución de la medida de intervención telefónica se integra en el contenido esencial del derecho ex artículo 18.3 CE, en cuanto es preciso para su corrección y proporcionalidad (STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 11). Ese control judicial puede resultar ausente o deficiente en caso de falta de fijación temporal de los períodos en que debe darse cuenta al Juez de los resultados de la restricción, así como en caso de su incumplimiento por la policía, e igualmente queda afectada la constitucionalidad de la medida, si por otras razones el Juez que la autorizó no efectúa un seguimiento de las vicisitudes del desarrollo y cese de la intervención telefónica, y si no conoce el resultado obtenido en la investigación [SSTC 49/1996, de 27 de marzo, FJ 3; 49/1999, de 5 de abril, FJ 11; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 3 e); 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 7; 138/2001, de 18 de junio, FJ 5, y 202/2001, de 15 de octubre, FJ 5].

Sin embargo no constituyen una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones las irregularidades cometidas en el control judicial a posteriori del resultado de la intervención telefónica, pues no tienen lugar durante la ejecución del acto limitativo de derechos, sino en la incorporación de su resultado a las actuaciones sumariales. En definitiva, todo lo que respecta a la entrega y selección de las cintas grabadas, a la custodia de los originales y a la transcripción de su contenido, no forma parte de las garantías derivadas del artículo 18.3 CE, sin perjuicio de su relevancia a efectos probatorios, pues es posible que la defectuosa incorporación a las actuaciones del resultado de una intervención telefónica legítimamente autorizada no reúna la garantía de control judicial y contradicción suficientes como para convertir la grabación de las escuchas en prueba válida para desvirtuar la presunción de inocencia (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 5; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 2; 236/1999,

de 20 de diciembre, FJ 4; 126/2000, de 16 de mayo, FJ 9; 14/2001, de 29 de enero, FJ 4; 202/2001, de 15 de octubre, FJ 7).»

(STC del Pleno 167/2002, de 18 de septiembre. Recurso de amparo 2060/98. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas, «BOE» de 9 de octubre de 2002. En el mismo sentido, STC 82/2002, de 22 de abril. Recurso de amparo 5369/97. Ponente: D.ª M.ª. Emilia Casas Baamonde, «BOE» de 22 de mayo de 2002)

ARTÍCULO 20

Conflicto entre libertad de información y derecho a la intimidad. Examen de la relevancia pública y la veracidad del contenido

«Estando en juego el honor y la intimidad de particulares, el interés público de la información relativa a los sucesos de trascendencia penal en ningún caso puede exonerar al informador de un atento examen sobre la relevancia pública y la veracidad del contenido de cada una de las noticias que esa información general encierra y que se refieren a personas determinadas (STC 219/1992, de 3 de diciembre, FJ 4). En efecto, la exigencia de tutelar el derecho de información no puede significar que se dejen vacíos de contenido los derechos fundamentales de quienes resulten afectados por el ejercicio de aquél, que sólo han de sacrificarse en la medida en que ello resulte necesario para asegurar la información libre en una sociedad democrática, tal como establece el artículo 10.2 del Convenio europeo de derechos humanos (STC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 5). No merecen, por tanto, protección constitucional aquellas informaciones en que se utilicen insinuaciones insidiosas o vejaciones dictadas por un ánimo ajeno a la función informativa o cuando se comuniquen, en relación a personas privadas, hechos que afecten a su honor o a su intimidad y que sean innecesarios e irrelevantes para lo que constituye el interés público de la información. En tales casos ha de estimarse que el medio de comunicación no se utiliza con una finalidad informativa, sino "en forma innecesaria y gratuita en relación con esa información" (SSTC 105/1990, de 6 de junio, FJ 8, y 171/1990, FJ 5) y que, por tanto, no está amparado en el artículo 20.1 d) CE, por carecer de la necesaria relevancia pública (SSTC 171/1990, FJ 5; 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 6; 40/1992, de 30 de marzo, FJ 3; 85/1992, de 8 de junio, FJ 4, y 138/1996, de 16 de septiembre, FJ 3).»

(STC 121/2002, de 20 de mayo. Recurso de amparo 840/99. Ponente: D.ª Elisa Pérez Vera, «BOE» de 19 de junio de 2002)

«Desde la inicial STC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 3; hemos destacado que la posibilidad de libre ejercicio de los derechos fundamentales a las libertades de expresión e información garantiza un interés constitucional relevante: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia, ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática (STC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 6). Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente, de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapues-

tas (STC 110/2000, de 5 de mayo). Por ello, recibe una especial protección constitucional la información veraz referida a asuntos de interés general o relevancia pública, requisito éste que deriva tanto del contenido como de la finalidad misma del derecho reconocido en el artículo 20.1 d) CE, de manera que el derecho a comunicar y a emitir libremente información veraz no otorga a sus titulares un poder ilimitado sobre cualquier ámbito de la realidad, sino que, al venir reconocido como medio de formación de la opinión pública, solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con la finalidad expresada, careciendo de efecto legitimador cuando se ejercite de modo desmesurado y exorbitante al fin en atención al cual la Constitución le atribuye especial protección.

En cuanto al derecho a la intimidad, ha declarado reiteradamente nuestra jurisprudencia que "tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (artículo 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares. De suerte, que el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal, sino también familiar (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, y 197/1991, de 17 de octubre), frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida. No garantiza una intimidad determinada, sino el derecho a poseerla, disponiendo a este fin de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público. Lo que el artículo 18.1 CE garantiza es, pues, el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal y, por tanto, veda que sean los terceros, particulares o poderes públicos, quienes decidan cuáles son los contornos de nuestra vida privada" (SSTC 83/2002, de 22 de abril, FJ 5, y 99/2002, de 6 de mayo, FJ 6).

Por tanto, conviene recordar que el derecho fundamental que se denuncia como lesionado no es ilimitado, como ninguno lo es (SSTC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 6, y 297/2000, de 11 de diciembre). Conscientes de que un ejercicio sin límites podría lesionar otros bienes constitucionalmente relevantes de igual rango constitucional y, por lo tanto, de obligada coexistencia entre ellos, la intimidad de los ciudadanos, el constituyente, al proclamar el derecho en el artículo 20.4 CE, y este Tribunal, al interpretarlo, han concretado las posibilidades de actuación constitucionalmente protegidas, así como los criterios conforme a los cuales ha de delimitarse el contenido del artículo 20.1 CE frente al derecho a la intimidad reconocido en el artículo 18.1 CE. Sobre la recíproca delimitación que así se produce entre unos y otros de tales derechos existe una muy reiterada doctrina constitucional a la que se habrá de hacer referencia para resolver el caso presente (SSTC 6/1981, de 16 de marzo, FFJJ 3 y 4; 105/1990, de 6 de junio; 85/1992, de 8 de junio; 200/1998, de 14 de octubre; 134/1999, de 15 de julio; 192/1999, de 25 de octubre; 112/2000, de 5 de mayo; 115/2000, de 10 de mayo; 156/2001, de 2 de julio; 186/2001, de 17 de septiembre; 46/2002 y 52/2002, de 25 de febrero; 83/2002, de 22 de abril; 99/2002, de 6 de mayo, y 121/2002, de 20 de mayo).

[.../...]

No es primordial para resolver este recurso la cuestión de si la noticia fue, en este caso, veraz o no, pues la intimidad que la Constitución protege, y cuya garantía civil articula la repetida Ley Orgánica 1/1982, no es menos digna de respeto por el hecho de que resulten veraces las informaciones relativas "a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre" (art. 7.3 de dicha Ley Orgánica), ya que, tratándose de la intimidad, la veracidad no es paliativo, sino presupuesto, en todo caso, de la lesión (SSTC 197/1991, de 17 de octubre, FJ 2, y 115/2000, de 10 de mayo, FJ 7). Lo sustantivo, como hemos señalado antes, es

determinar si los órganos judiciales que aquí intervinieron identificaron con corrección el ámbito de protección constitucional que para sí invocaron los demandantes en el proceso a quo y si tal valoración fue respetuosa, de otra parte, con la definición constitucional del derecho a la libertad de información. La respuesta, como ya anticipamos, no puede ser sino positiva.

Cuando la actividad informativa se quiere ejercer sobre ámbitos que pueden afectar a otros bienes constitucionales, como es, en este caso, la intimidad, es preciso, para que su proyección sea legítima, que lo informado resulte de interés público, pues sólo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten, en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesan a la comunidad. Tal relevancia comunitaria, y no la simple satisfacción de la curiosidad ajena, es lo único que puede justificar la exigencia de que se asuman aquellas perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de una determinada noticia, y reside en tal criterio, por consiguiente, el elemento final de valoración para dirimir, en estos supuestos, el eventual conflicto entre las pretensiones de información y de reserva (SSTC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 5; 20/1992, de 14 de febrero, y 121/2002, de 20 de mayo, FJ 4).

[.../...]

Ninguna duda hay en orden a la conveniencia de que la comunidad sea informada sobre sucesos de relevancia penal, y ello con independencia de la condición de sujeto privado de la persona o personas afectadas por la noticia (SSTC 178/1993, de 31 de mayo, FJ 4; 320/1994, de 28 de noviembre, FJ 5; 154/1999, de 14 de septiembre, FJ 4); más concretamente este Tribunal ha declarado que reviste relevancia o interés público la información sobre los resultados positivos o negativos que alcancen en sus investigaciones las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, especialmente si los delitos cometidos entrañan una cierta gravedad o han causado un impacto considerable en la opinión pública, extendiéndose aquella relevancia o interés a cuantos datos o hechos novedosos puedan ir descubriéndose, por las más diversas vías, en el curso de las investigaciones dirigidas al esclarecimiento de su autoría, causas y circunstancias del hecho delictivo (SSTC 219/1992, de 3 de diciembre, FJ 4; 232/1993, de 12 de julio, FJ 4; 52/2002, de 25 de febrero, FJ 8, y 121/2002, de 20 de mayo, FJ 4). Pero no cabe decir lo mismo en cuanto a la individualización, directa o indirecta, de quienes son víctimas de los mismos, salvo que hayan permitido o facilitado tal conocimiento general. Tal información no es ya de interés público por innecesaria para transmitir la información que se pretende. Y tampoco lo fue aquí, con la consecuencia, ya clara, de que su difusión comportó un daño o, cuando menos, una perturbación injustificada por carente, en rigor, de todo sentido.»

(STC 185/2002, de 14 de octubre. Recurso de amparo 1585/2000. Ponente: D. Tomás S. Vives Antón, «BOE» de 12 de noviembre de 2002. En el mismo sentido, STC 52/2002, de 25 de febrero. Recurso de amparo 5056/99. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas, «BOE» de 3 de abril de 2002)

Conflicto entre libertad de información y derecho a la propia imagen. Conexión con el derecho a la intimidad. Notoriedad pública

«El canon de constitucionalidad aplicable al conflicto entre el derecho a la propia imagen del recurrente y el derecho a la libertad de información, invocado por la editora de la revista, no puede ser otro que el fijado en los fundamentos jurídicos 4 y 5 de la STC 139/2001, puesto que ésta, como se ha dicho, resolvió un supuesto de

hecho idéntico al que se da el presente recurso. Invocando las SSTC 99/1994, de 11 de abril; 117/1994, de 17 de abril, y especialmente, la STC 81/2001, de 26 de marzo, recordamos allí la caracterización constitucional del derecho a la propia imagen como "un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública. La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad —informativa, comercial, científica, cultural, etc.— perseguida por quien la capta o difunde" (STC 81/2001, FJ 2). Y precisando aún los contornos del mismo, afirmamos que "se trata de un derecho constitucional autónomo que dispone de un ámbito específico de protección frente a reproducciones de la imagen que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima, pretendiendo la salvaguarda de un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás. Por ello atribuye a su titular la facultad para evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual (SSTC 231/1988, FJ 3; 99/1994, de 11 de abril, FJ 5)" (STC 81/2001, FJ 2).

[.../...]

Hemos ya avanzado que, dado el carácter autónomo de los derechos garantizados en el artículo 18.1 CE, mediante la captación y reproducción de una imagen pueden lesionarse al mismo tiempo el derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen, lo que ocurriría en los casos en los que la imagen difundida, además de mostrar los rasgos físicos que permiten la identificación de una persona determinada, revelara aspectos de su vida privada y familiar que se han querido reservar del público conocimiento. En tales supuestos la apreciación de la vulneración del derecho a la imagen no impedirá, en su caso, la apreciación de las eventuales lesiones al derecho a la intimidad que se hayan podido causar, pues, desde la perspectiva constitucional, el desvalor de la acción no es el mismo cuando los hechos realizados sólo pueden considerarse lesivos del derecho a la imagen que cuando, además, a través de la imagen pueda vulnerarse también el derecho a la intimidad (STC 156/2001, FJ 3).

Sentado lo anterior, debe recordarse ahora la reiterada doctrina de este Tribunal (por todas, la STC 115/2000, de 10 de mayo, FJ 4, con cita de las SSTC 134/1999, de 15 de julio; 73/1982, de 2 de diciembre; 110/1984, de 26 de noviembre; 231/1988, de 2 de diciembre; 197/1991, de 17 de octubre; 143/1994, de 9 de mayo, y 151/1997, de 29 de septiembre) según la cual el derecho fundamental a la intimidad reconocido por el artículo 18.1 CE tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares. De suerte que el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no sólo personal, sino también familiar (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, y 197/1991, de 17 de octubre), frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida. No garantiza una intimidad determinada, sino el derecho a poseerla, disponiendo, a este fin, de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público. Lo que el artículo 18.1 CE garantiza es, pues, el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal y, por tanto, veda que sean los

terceros, particulares o poderes públicos, quienes decidan cuáles son los contornos de nuestra vida privada.

[.../...]

Como declaramos en la STC 115/2000, de 10 de mayo, FJ 5, si bien los personajes con notoriedad pública inevitablemente ven reducida su esfera de intimidad, no es menos cierto que, más allá de ese ámbito abierto al conocimiento de los demás, su intimidad permanece y, por tanto, el derecho constitucional que la protege no se ve minorado en el ámbito que el sujeto se ha reservado y su eficacia como límite al derecho de información es igual a la de quien carece de toda notoriedad (STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 7, por todas). De otro lado, no toda información que se refiere a una persona con notoriedad pública goza de esa especial protección, sino que para ello es exigible, junto a ese elemento subjetivo del carácter público de la persona afectada, el elemento objetivo de que los hechos constitutivos de la información, por su relevancia pública, no afecten a la intimidad, por restringida que ésta sea (STC 197/1991, FJ 4).

Pues bien, la notoriedad pública del recurrente en el ámbito de su actividad profesional y, en concreto, su proyección pública en el campo de las finanzas, no le priva de mantener, más allá de esta esfera abierta al conocimiento de los demás, un ámbito reservado de su vida como es el que atañe a sus relaciones afectivas, sin que su conducta en aquellas actividades profesionales elimine el derecho a la intimidad de su vida amorosa, si por propia voluntad decide, como en este caso, mantenerla alejada del público conocimiento, ya que corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno. De nuevo, las circunstancias en que las fotografías fueron captadas, difundidas y presentadas ponen de relieve que, en este caso, no se justifica el descenso de las barreras de reserva impuestas por el propio recurrente; a tal efecto, es irrelevante el sólo dato de que las imágenes fueran captadas en una playa, como lugar abierto al uso público, pues ello, no elimina la relevante circunstancia de que aquéllas fueron obtenidas en el círculo íntimo de las personas afectadas, sin que éstas, atendidas todas las circunstancias concurrentes, descuidasen su intimidad personal y familiar, abriéndola al público conocimiento.

Por otra parte, tampoco puede estimarse que la difusión de las controvertidas fotografías estuviera amparada en un interés público constitucionalmente prevalente. Hemos declarado que éste concurre cuando la información que se comunica es relevante para la comunidad, lo cual justifica la exigencia de que se asuman perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de una determinada noticia (SSTC 134/1999, de 15 de julio, FJ 8; 154/1999, de 14 de septiembre, FJ 9; 52/2002, de 25 de febrero, FJ 8). En este punto, como advertimos en la STC 115/2000, FJ 9, resulta decisivo determinar si nos encontramos ante unos hechos o circunstancias susceptibles de afectar al conjunto de los ciudadanos, lo cual es sustancialmente distinto ya sea de la simple satisfacción de la curiosidad humana por conocer la vida de otros, o bien de lo que a juicio de uno de dichos medios puede resultar noticioso en un determinado momento (STC 134/1999, FJ 8, entre otras muchas). Pues hemos declarado que la preservación de ese reducto de inmunidad sólo puede ceder, cuando del derecho a la información se trata, si lo difundido afecta, por su objeto y su valor, al ámbito de lo público, que no coincide, claro es, con aquello que pueda suscitar o despertar, meramente, la curiosidad ajena (STC 29/1992, de 11 de febrero, FJ 3).»

(STC 83/2002, de 22 de abril. Recurso de amparo 182/98. Ponente: D. Pablo García Manzano, «BOE» de 22 de mayo de 2002)

Derecho a comunicar libremente información. Veracidad de la información. Deber de diligencia del informador. Divulgación de antecedentes penales

«Por lo que se refiere específicamente al derecho a comunicar libremente información, (.../...), este Tribunal ha declarado de manera reiterada que su ejercicio legítimo requiere la concurrencia de un requisito esencial, a saber, la veracidad de la información, pues de modo expreso la Constitución configura la libertad de información como el derecho a comunicar información veraz. A ese primer requisito puede añadirse en ocasiones, y singularmente cuando está en juego la intimidad, el interés y la relevancia pública de la información divulgada. En ausencia de alguno de dichos requisitos, la libertad de información no está constitucionalmente respaldada y, por ende, su ejercicio podrá afectar, lesionándolo, a alguno de los derechos que como límite enuncia el artículo 20.4 CE, singularmente, y por lo que a este caso interesa, el derecho fundamental al honor (SSTC 28/1996, de 16 de febrero, FJ 3, y 154/1999, de 13 de julio, FJ 5).

No cabe negar, en principio, que la divulgación de los antecedentes penales de una persona, como sostiene el recurrente en su demanda de amparo, puede constituir una intromisión ilegítima en el derecho al honor del afectado por la información, e, incluso, que la información relativa a un aspecto tan sensible de la vida de un individuo como son sus antecedentes penales, según las circunstancias de esa información, puede llegar a lesionar su intimidad en la medida en que puedan convertirse en una fuente de información sobre la vida privada de una persona o su familia (en este sentido, STC 144/1999, de 22 de julio, FJ 8). Hemos pues de analizar si, en concreto, alguna de esas lesiones se ha producido.

6. El derecho al honor, que el demandante de amparo estima lesionado por la información publicada, y cuya lesión, en su criterio, no han reparado las resoluciones judiciales impugnadas, es un concepto jurídico que, aunque expresa de modo inmediato la dignidad constitucional inherente a toda persona, depende, en parte, de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento, por lo que comporta un margen de imprecisión que ha de irse reduciendo por la concreción judicial. Frente a él, cuando de imputaciones de hechos se trata, cobra especial relieve el requisito de la veracidad: ninguna información que afecte al honor de una persona puede difundirse de modo constitucionalmente legítimo si es inveraz.

Respecto del requisito de la veracidad de información es reiterada doctrina de este Tribunal, desde la STC 6/1988, de 21 de enero (FJ 5), según la cual el requisito no supone la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, de modo que puedan quedar exentas de toda protección o garantía constitucional las informaciones erróneas o no probadas, sino que se debe privar de esa protección o garantía a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúen de manera negligente e irresponsable al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda contrastación o meras invenciones o insinuaciones (SSTC 105/1990, de 6 de junio, FJ 5; 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 8; 172/1990, de 12 de noviembre, FJ 3; 143/1991, de 1 de julio, FJ 6; 197/1991, de 17 de octubre, FJ 2; 40/1992, de 30 de marzo, FJ 2; 85/1992, de 8 de junio, FJ 4, y 240/1992, de 21 de diciembre, FJ 5). Por tanto lo que el citado requisito viene a suponer es que el informador, si quiere situarse bajo la protección del artículo 20.1 d) CE, tiene un especial deber de comprobar la veracidad de los hechos que expone mediante las oportunas averiguaciones y empleando la diligencia exigible a un profesional. Puede que, pese a ello, la información resulte inexacta o errónea, lo que no puede excluirse totalmente, pero la "información rectamente obtenida y difundida es digna de protección (STC 6/1988, FJ 5) aunque su total exactitud sea controvertible o se

incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado" (SSTC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 8; 172/1990, de 12 de noviembre, FJ 3; en el mismo sentido, SSTC 240/1992, de 21 de diciembre, FJ 5; 178/1993, de 31 de mayo, FJ 5; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 8, y 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 9). [.../...]

Ningún deber de diligencia quebranta el informador al transmitir inalterado un dato contenido en la Sentencia que es objeto de la noticia, pues ha de recordarse que información veraz en el sentido del artículo 20.1 d) CE significa información comprobada según los cánones de la profesionalidad informativa, excluyendo invenciones, rumores o insidias (STC 105/1990, de 6 de junio, FJ 5).

En efecto, aunque en todo caso le es exigible al profesional de la información una actuación razonable en la comprobación de la veracidad de los hechos que expone, para no defraudar el derecho de todos a recibir una información veraz, tal obligación, sin embargo, debe ser proporcionada a la trascendencia o características concretas de la información que se comunica, dependiendo necesariamente, de las circunstancias que concurren en el caso de que se trate. La comprobación de la noticia no es, pues, un término unívoco, sino que, más allá de su genérica formulación como deber, exige matizaciones casuísticas. Así, entre otros criterios, cuando la noticia que se divulga puede suponer por su propio contenido un descrédito en la consideración de la persona afectada por la información, esa obligación de comprobar la veracidad del contenido de la información adquiere, en principio, su máxima intensidad, aunque pueden existir circunstancias que modulen dicha obligación, como, entre otras, el carácter del hecho noticioso, la condición pública o privada de la persona cuyo honor resulta afectado, la fuente que proporciona la información, las posibilidades efectivas de contrastarla, etc. (SSTC 219/1992, de 3 de diciembre, FJ 5; 240/1992, de 21 de diciembre, FJ 7; 200/1998, de 14 de octubre, FJ 4, y 21/2000, de 31 de enero, FJ 6). En definitiva, lo que a través del requisito de la veracidad se está exigiendo al profesional de la información es una actuación razonable en la comprobación de la veracidad de los hechos que expone, para no defraudar el derecho de todos a recibir una información veraz (SSTC 28/1996, de 26 de febrero, FJ 3; 192/1999, de 25 de octubre, FJ 4, y 21/2000, de 31 de enero, FJ 6).

En el presente caso, como resulta de las actuaciones judiciales y han estimado acreditado en el proceso civil, tanto la Sección Vigésimo Primera de la Audiencia Provincial de Madrid, como la Sala Primera del Tribunal Supremo, el dato relativo a los antecedentes penales por hurto del demandante de amparo, que se divulgó en la información publicada, constaba expresamente recogido, sin que se hiciera referencia alguna a su cancelación, en los antecedentes de hecho de la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Zaragoza, que reprodujo textualmente en su primera Sentencia la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, la cual constituyó, no sólo el elemento central y relevante de la noticia, sino también la fuente informativa para su elaboración. La fuente, pues, que proporciona aquel dato, reúne las características objetivas que la hacen fidedigna, seria, fiable y solvente, no siendo necesario en tales casos, según tiene declarado este Tribunal, mayor comprobación por parte del autor de la información que la exactitud o la identidad de la fuente (SSTC 178/1993, de 31 de mayo, FJ 5, y 154/1999, de 13 de junio, FJ 5); máxime, si, como acontece en el caso que nos ocupa, la divulgación del dato proporcionado no va acompañada de personales y sesgados criterios del periodista que trasmite la información (STC 154/1999, de 13 de junio, FJ 7).»

(STC 46/2002, de 25 de febrero. Recurso de amparo 3251/98. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas, «BOE» de 3 de abril de 2002)

«Es lugar común en nuestra doctrina cuando se alude al requisito de la veracidad, que la verdad que satisface la exigencia constitucional no necesariamente ha de suponer una coincidencia exacta entre lo informado y los hechos realmente acaecidos, pues el artículo 20.1 d) CE "ampara, en su conjunto, la información rectamente obtenida y difundida, aun cuando su total exactitud sea controvertible"; así pues, basta con demostrar que el informante desplegó una diligencia que pueda considerarse suficiente en relación con la averiguación o constatación de los extremos informados para entender satisfecha aquella exigencia (STC 6/1998, de 13 de enero, FJ 5).»

(STC 47/2002, de 25 de febrero. Recurso de amparo 4273/98. Ponente: D.^a Elisa Pérez Vera, «BOE» de 3 de abril de 2002)

«En cuanto a la diligencia del periodista y de su medio de comunicación en la indagación de la veracidad de lo comunicado ha de recordarse que información veraz en el sentido del artículo 20.1 d) CE significa información comprobada según los cánones de la profesionalidad informativa, excluyendo invenciones, rumores o insidias (STC 105/1990, de 6 de junio, FJ 5). Aunque en todo caso le es exigible al profesional de la información una actuación razonable en la comprobación de la veracidad de los hechos que expone, para no defraudar el derecho de todos a recibir una información veraz, tal obligación, sin embargo, debe ser proporcionada a la trascendencia o características concretas de la información que se comunica, dependiendo necesariamente de las circunstancias que concurran en el caso de que se trate. La contrastación de la noticia no es, pues, un término unívoco, sino que, más allá de su genérica formulación como deber, exige matizaciones casuísticas (por todas, SSTC 240/1992, de 21 de diciembre, FJ 7; 28/1996, de 26 de febrero, FJ 3; 192/1999, de 25 de octubre, FJ 4, y 21/2000, de 31 de enero, FJ 6).

Según ha señalado este Tribunal, para poder apreciar si la diligencia empleada por el informador es suficiente, a efectos de entender cumplido el requisito constitucional de la veracidad, deben tenerse en cuenta diversos criterios. En primer lugar, el nivel de diligencia exigible adquiere 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, y 21/2000, de 31 de enero, FJ 6). De igual modo debe ser un criterio que debe de ponderarse el respeto a la presunción de inocencia (SSTC 219/1992, de 3 de diciembre, FJ 5; 28/1996, de 26 de febrero, FJ 3, y 21/2000, de 31 de enero, FJ 6). Ha de valorarse también la trascendencia de la información, criterio, no obstante, cuya aplicación puede deparar consecuencias diferentes, pues, si bien es verdad que la trascendencia de la información puede exigir un mayor cuidado de contraste (SSTC 219/1992, de 3 de diciembre, FJ 5; 240/1992, de 21 de diciembre, FJ 7, y 21/2000, de 31 de enero, FJ 6), este mismo motivo apunta también a la mayor utilidad social de una menor angostura en la fluidez de la noticia (SSTC 28/1996, de 26 de febrero, FJ 3, y 21/2000, de 31 de enero, FJ 5). No se detienen ahí los cánones a utilizar en la precisión de la frontera entre la actividad informativa y el derecho al honor, pues constituye también un criterio de modulación el de la condición pública o privada de la persona cuyo honor queda afectado por la información (SSTC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 5; 173/1995, de 21 de noviembre, FJ 3; 28/1996, de 26 de febrero, FJ 3, y 21/2000, de 31 de enero, FJ 6). Resulta asimismo relevante cuál sea el objeto de la información, si la ordenación y presentación de hechos, que el medio

asume como propios, o la transmisión neutra de manifestaciones de otro (SSTC 41/1994, de 15 de febrero, FJ 5; 28/1996, de 26 de febrero, FJ 3, y 21/2000, de 31 de enero, FJ 6). Finalmente, otras circunstancias pueden contribuir a perfilar el comportamiento debido del informador en la búsqueda de la verdad, tales como el carácter del hecho noticioso, la fuente que proporciona la noticia, las posibilidades efectivas de contrastarla, etc. (SSTC 240/1992, de 21 de diciembre, FJ 7; 28/1996, de 16 de febrero, FJ 3; 192/1999, de 25 de octubre, FJ 4, y 21/2000, de 31 de enero, FJ 6).»

(STC 52/2002, de 25 de febrero. Recurso de amparo 5056/99. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas, «BOE» de 3 de abril de 2002)

Distinción entre el derecho a la libertad de expresión y de información. Conflicto entre ambos derechos y el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen

«Tal y como se recuerda en la STC 144/1998, de 30 de julio, FJ 2; este Tribunal ha elaborado un cuerpo consolidado de doctrina en relación a los derechos regulados en el artículo 20.1 CE (respecto de la que cabe citar desde la contenida en la STC 104/1986, de 17 de julio, hasta la recogida en la STC 49/2001, de 26 de febrero, FJ 6), distinguiendo entre los 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).

Ahora bien, la reputación ajena (artículo 10.2 CEDH, SSTEDH caso *Lingens*, de 8 de julio de 1986, 41, 43 y 45, y caso *Bladet Tromso y Stensaas*, de 20 de mayo de 1999, 66, 72 y 73) o el honor, constituyen un límite del derecho a expresarse libremente y de la libertad de informar (SSTC 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 7, y 49/2001, de 26 de febrero, FJ 5). Y es doctrina reiterada de este Tribunal, coincidente en lo sustancial con la elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el artículo 10.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que en los supuestos de conflicto entre el derecho a la libre emisión de información y los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen, garantizados en el artículo 18.1 CE, la adecuada solución exige que se explicita la toma en consideración de ambos derechos en presencia (SSTC 104/1986, de 17 de julio, FJ 5, y 76/1995, de 22 de mayo, FJ 5, entre otras). Además dicha consideración de uno y otro derecho puede ser realizada por este Tribunal, que no está vinculado por la realizada por la resolución judicial objeto de revisión (SSTC 134/1999, de 15 de julio, FJ 2, 297/2000, de 11 de diciembre, FJ 3, y 49/2001, de 26 de febrero, FJ 3) y que no se limita a controlar si la resolución impugnada es irrazonable, arbitraria o errónea, sino que la revisa en su integridad, con criterio propio (SSTC 180/1999, de 11 de octubre, FJ 3, y 49/2001, de 26 de febrero, FJ 4).

3. Las pautas que debe seguir la consideración conjunta de los derechos fundamentales que entran en juego han sido sintetizadas, entre otras, en las SSTC 132/1995, de 11 de septiembre, FJ 4, y 11/2000, de 17 de enero, FJ 8. En lo que aquí interesa, han de señalarse las siguientes: 1) Tanto la libre comunicación de información como la libertad de expresión tienen una dimensión especial en nuestro Ordenamiento en razón de su doble carácter de libertad individual y de garantía de la posibilidad de existencia de la opinión pública, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático (SSTC 104/1986, de 17 de julio, y 78/1995, de 22 de mayo, entre otras muchas). 2) En el enjuiciamiento de la corrección del ejercicio de estos derechos y libertades ha de tomarse en consideración la trascendencia pública o no de los hechos u opiniones emitidos y si la información que, en su caso, se ofrezca es o no veraz, habida cuenta de la relevancia de la información que reúne dichas características como base de una sociedad democrática (SSTC 172/1990, de 12 de noviembre, FJ 2; 178/1993, de 31 de mayo; 320/1994, de 28 de noviembre, y 138/1996, de 16 de septiembre, FJ 3). 3) Entre los elementos a tener en cuenta en la valoración de la trascendencia pública de los hechos divulgados cobran especial relevancia la materia de la información, su interés público y su contribución a la formación de una opinión pública libre (STC 49/2001, de 26 de febrero, FJ 6); así como el vehículo utilizado para difundir la información, en particular si éste es un medio de comunicación social (SSTC 107/1988, de 8 de junio, y 15/1993, de 18 de enero). 4) La veracidad de la información no debe confundirse con una exigencia de concordancia con la realidad incontrovertible de los hechos, sino que en rigor únicamente hace referencia a una diligente búsqueda de la verdad que asegure la seriedad del esfuerzo informativo (SSTC 219/1992, de 3 de diciembre, y 41/1994, de 15 de febrero); ahora bien, esta libertad no protege a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con menosprecio de la verdad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones insidiosas (STC 172/1990, de 12 de noviembre, FJ 3). Las noticias, para gozar de protección constitucional, deben ser diligentemente comprobadas y sustentadas en hechos objetivos (SSTC 192/1999, de 25 de octubre, FJ 7, y 110/2000, de 5 de mayo, FJ 8, y SSTEDH caso *Sunday Times*, de 26 de abril de 1979, y caso *Duroy y Malaurie*, 3 de octubre de 2000), debiendo acreditarse la malicia del informador (STC 192/1999, de 25 de octubre, FJ 6).

También es doctrina de este Tribunal que el específico deber de diligencia que incumbe al informador es exigible con diferente grado de intensidad en función de que la noticia se presente como una comunicación neutra, en cuanto procedente de la originaria información de otro medio de comunicación o fuente informativa, de la que simplemente se da traslado (SSTC 336/1993, de 15 de noviembre, y 41/1994, de 15 de febrero), o bien, de que se trate de una información asumida por el medio y su autor como propia, en cuyo caso el deber de diligencia para contrastar la veracidad de los hechos comunicados no admite atenuación o flexibilidad alguna, sino que su cumplimiento debe ser requerido en todo su rigor. Para los supuestos de reportaje neutral el deber de diligencia se satisface con la constatación de la verdad del hecho de la declaración, pero no se extiende en principio a la necesidad de constatar la verdad de lo declarado, pues tal responsabilidad sólo sería exigible por lo general al autor de la declaración (STC 52/1996, de 26 de marzo).»

(STC 76/2002, de 8 de abril. Recurso de amparo 3830/98. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez, «BOE» de 25 de abril de 2002)

Función del Tribunal Constitucional en los recursos de amparo interpuestos a consecuencia del conflicto entre las libertades proclamadas en el artículo 20.1 de la Constitución y los derechos de la personalidad reconocidos en el artículo 18.1.

«La función de este Tribunal en los recursos de amparo interpuestos a consecuencia de un conflicto entre las libertades proclamadas en el artículo 20.1 a) y d) CE, y los derechos de la personalidad reconocidos en el artículo 18.1 CE, no debe limitarse a examinar la razonabilidad de la motivación de las resoluciones judiciales impugnadas, ya que no se trata aquí de comprobar si dichas resoluciones han infringido o no el artículo 24.1 CE, por manifiestamente irrazonables, arbitrarias o incurrir en error patente, sino que consiste en dilucidar si el juicio sobre la confrontación de los derechos en presencia ha sido realizado de modo que se respete su respectivo contenido constitucional, para, de llegar a una conclusión afirmativa, confirmar la decisión judicial, o, en caso contrario, reputarla lesiva de uno u otro derecho fundamental (SSTC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 4; 172/1990, de 12 de noviembre, FJ 6; 40/1992, de 30 de marzo, FJ 1; 219/1992, de 3 de diciembre, FJ 2, y 240/1992, de 21 de diciembre, FJ 3). En dicho enjuiciamiento este Tribunal no se encuentra vinculado por las valoraciones efectuadas por los órganos jurisdiccionales, sino que debe determinar por sí si la restricción que aquéllos impusieron a un derecho, en este caso, al derecho a comunicar libremente información de los demandantes de amparo, está o no constitucionalmente justificada por la limitación que en caso contrario sufriría los derechos de la otra parte al honor y a la intimidad (SSTC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 4; 40/1992, de 30 de marzo, FJ 1; 134/1990, de 19 de julio; 240/1992, de 21 de diciembre, FJ 3; 178/1993, de 31 de mayo, FJ 2; 200/1998, de 14 de octubre, FJ 4; 180/1999, de 25 de octubre, FJ 3; 112/2000, de 5 de mayo, FJ 5; 115/2000, de 10 de mayo, FJ 2, y 49/2001, de 26 de febrero, FFJJ 3 y 4).»

(STC 52/2002, de 25 de febrero. Recurso de amparo 5056/99. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas, «BOE» de 3 de abril de 2002. En el mismo sentido, STC 46/2002, de 25 de febrero. Recurso de amparo 3251/98. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas, «BOE» de 3 de abril de 2002)

Reportaje neutral

«Nuestra jurisprudencia ha caracterizado lo que denomina "reportaje neutral" en los siguientes términos: a) El objeto de la noticia ha de hallarse constituido por declaraciones que imputan hechos lesivos del honor, pero que han de ser por sí mismas, esto es, como tales declaraciones, noticia y han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas (SSTC 41/1994, de 15 de febrero, FJ 4, y 52/1996, de 26 de marzo, FJ 5). De modo que se excluye el reportaje neutral cuando no se determina quién hizo tales declaraciones [STC 190/1996, de 25 de noviembre, FJ 4 b)].

b) El medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia (STC 41/1994, de 15 de febrero, FJ 4). De modo que si se reelabora la noticia no hay reportaje neutral (STC 144/1998, de 30 de junio, FJ 5) y tampoco lo hay cuando es el medio el que provoca la noticia, esto es, en el llamado periodismo de investigación (STC 6/1996, de 16 de enero, VP), sino que ha de limitarse a reproducir algo que ya sea, de algún modo, conocido.

c) En los casos de reportaje neutral propio la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración, quedando el medio exonerado de responsabilidad respecto de su contenido (STC 232/1993, de 12 de julio, FJ 3). Consecuentemente la mayor o menor proximidad al reportaje neutral propio modula la responsabilidad por el contenido de las declaraciones (SSTC 240/1992, FJ 7, y 144/1998, FJ 5).»

(STC 76/2002, de 8 de abril. Recurso de amparo 3830/98. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez, «BOE» de 25 de abril de 2002)

ARTÍCULO 21

«Históricamente la libertad de reunión surge como un derecho autónomo intermedio entre las libertades de expresión y de asociación, con las que sigue manteniendo una “íntima conexión doctrinal”, hasta el punto de que “bien puede decirse, en una primera aproximación al tema, que el derecho de reunión es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria, siendo concebido por la doctrina científica como un derecho individual en cuanto a sus titulares y colectivo en su ejercicio, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones, constituyendo, por lo tanto, un cauce del principio democrático participativo, cuyos elementos configuradores son, según la opinión dominante, el subjetivo –una agrupación de personas–, el temporal –su duración transitoria–, el finalístico –licitud de la finalidad– y el real u objetivo –lugar de celebración–” (STC 85/1988, de 28 de abril, FJ 2; doctrina reiterada en la STC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 3). Tras examinar estos dos elementos, en la primera de las resoluciones citadas se concluye que, en nuestro ordenamiento jurídico, “son elementos delimitadores o definidores del derecho de reunión, entre otros, el concierto de las personas que reúnen y la presencia de un fin lícito que actúa como condición externa de legitimidad del derecho”.

Por otro lado, en la segunda de dichas Sentencias se hace hincapié en el relieve fundamental que este derecho, “cauce del principio democrático participativo”, posee “tanto en su dimensión subjetiva como en la objetiva, en un Estado social y democrático de Derecho como el proclamado en la Constitución”, de modo que “para muchos grupos sociales este derecho es, en la práctica, uno de los pocos medios de los que disponen para poder expresar públicamente sus ideas y reivindicaciones”.

De igual modo, este Tribunal ha examinado el sentido y finalidad de la supeditación del ejercicio de este derecho a la comunicación previa a la autoridad “en los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones” (artículo 21.2 CE), poniendo al respecto de manifiesto, ya desde la STC 36/1982, de 16 de junio, FJ 6; que se trata de un requisito con el que se persigue compatibilizar su efectividad con la salvaguarda de la seguridad ciudadana y del orden general.

A su vez, en la STC 59/1990, de 29 de marzo, FJ 5; se examinan separadamente los dos “límites o requisitos constitucionales que han de cumplir los ciudadanos que decidan manifestarse en una vía pública: que la reunión sea pacífica y que anuncien a la autoridad el ejercicio de su derecho”. En relación con el primero se subraya su inexcusable cumplimiento en todo tipo de manifestaciones, “pues el único derecho que la Constitución protege es el de –reunión pacífica y sin armas–” (Sentencia citada, que menciona expresamente, además, en este punto, la STEDH de 21 de junio de 1988, caso *Plattform Ärzte für das Leben*, y la STC 2/1982, de 29 de enero). En

relación con el segundo punto señala la STC 59/1990 que “la obligación de comunicar, previamente, a la Autoridad gubernativa la realización de la manifestación es, por el contrario, tan sólo exigible con respecto a las reuniones –en lugares de tránsito público– (art. 21.2)”, precisión esta última que había sido recogido anteriormente en la STC 101/1985, de 4 de octubre, FJ 4.

Finalmente, hemos insistido en que el deber de comunicación previa, establecido en el artículo 21.2 CE y desarrollado por los artículos 8 y ss. LODR, no debe confundirse con una solicitud de autorización, pues el ejercicio de este derecho fundamental se impone por su eficacia inmediata y directa, sin que pueda conceptuarse como un derecho de configuración legal, “sino tan sólo una declaración de conocimiento a fin de que la autoridad administrativa pueda adoptar las medidas pertinentes para posibilitar tanto el ejercicio en libertad del derecho de los manifestantes, como la protección de derechos y bienes de titularidad de terceros, estando legitimada en orden a alcanzar tales objetivos a modificar las condiciones de ejercicio del derecho de reunión e incluso a prohibirlo, siempre que concurran los motivos que la Constitución exige, y previa la realización del oportuno juicio de proporcionalidad” (STC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 2, y, en el mismo sentido, SSTC 59/1990, de 29 de marzo, FJ 5, y 42/2000, de 14 de enero, FJ 2, entre otras).»

(STC 196/2002, de 28 de octubre. Recurso de amparo 4719/98. Ponente: D. Pablo Cachón Villar, «BOE» de 20 de noviembre de 2002)

ARTÍCULO 24

Aplicación de las garantías del artículo 24 al Derecho administrativo sancionador

«Desde la STC 18/1981, de 8 de junio, este Tribunal Constitucional ha venido declarando no sólo la aplicabilidad a las sanciones administrativas de los principios sustantivos derivados del artículo 25.1 CE, considerando que “los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado” (FJ 2), sino que también ha proyectado sobre las actuaciones dirigidas a ejercer las potestades sancionadoras de la Administración las garantías procedimentales ínsitas en el artículo 24 CE, en sus dos apartados, no mediante una aplicación literal, sino “en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 de la Constitución”, si bien ha precisado que no se trata de una aplicación literal, dadas las diferencias entre uno y otro orden sancionador, sino “con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional” (ibídem). En relación con esa operación de traslación de las garantías del artículo 24 CE al procedimiento administrativo sancionador, que viene condicionada a que se trate de garantías que resulten compatibles con la naturaleza de dicho procedimiento, se ha ido elaborando progresivamente en numerosas resoluciones una consolidada doctrina constitucional, en la que se citan como aplicables, sin ánimo de exhaustividad, el derecho de defensa, que proscribiera cualquier indefensión; el derecho a la asistencia letrada, trasladable con ciertas condiciones; el derecho a ser informado de la acusación, con la ineludible consecuencia de la inalterabilidad de los hechos imputados; el derecho a la presunción de inocencia, que implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración, con la prohibición absoluta de utili-

zar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales; el derecho a no declarar contra sí mismo; o, en fin, el derecho a la utilización de los medios de prueba adecuados para la defensa, del que deriva la obligación de motivar la denegación de los medios de prueba propuestos (por todas, SSTC 7/1998, de 13 de enero, FJ 6; 14/1999, de 22 de febrero, FJ 3.a, 81/2000, de 27 de marzo, FJ 2.a).

Descendiendo de lo general a lo particular, en cuanto a la traslación de aquellas garantías al procedimiento disciplinario penitenciario, el Tribunal Constitucional asimismo, ha venido destacando que las peculiaridades del internamiento en un establecimiento penitenciario en modo alguno pueden implicar que "la justicia se detenga a la puerta de las prisiones" (SSTC 2/1987, de 21 de enero, FJ 4; 297/1993, de 18 de octubre, FJ 3; 97/1995, de 20 de junio, FJ 2; 143/1995, de 3 de octubre, FJ 2; 127/1996, de 9 de julio, FJ 2; 192/1996, de 26 de noviembre, FJ 2; 39/1997, de 27 de febrero, FJ 6; 83/1997, de 22 de abril, FJ 2; 175/2000, de 26 de junio, FJ 2, y STEDH de 28 de junio de 1984, caso *Campbell y Fell* contra el Reino Unido), y concretando el alcance de esta regla general, en lo que al presente recurso de amparo interesa, en la aplicación en los procedimientos disciplinarios penitenciarios del derecho de defensa y a la actividad probatoria (SSTC 2/1987, de 21 de enero, FJ 6; 297/1993, de 18 de octubre, FJ 3; 97/1995, de 20 de junio, FJ 2; 195/1995, de 19 de diciembre, FJ 7; 128/1996, de 9 de julio, FJ 5; 169/1996, de 29 de octubre, FJ 7; 35/1997, de 25 de febrero, FJ 5; 39/1997, de 27 de febrero, FJ 6; 83/1997, FJ 2; 181/1999, de 11 de octubre, FJ 2; 81/2000, de 27 de marzo, FJ 2, y 27/2001, de 29 de enero, FJ 8).»

(STC 116/2002, de 20 de mayo. Recurso de amparo 1669/98. Ponente: D. Fernando Garrido Falla, «BOE» de 19 de junio de 2002)

«Una adecuada respuesta a la queja expuesta por la recurrente en este proceso de amparo ha de partir de la premisa, establecida tempranamente por este Tribunal, de que "los principios esenciales reflejados en el artículo 24 de la Constitución en materia de procedimiento han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 de la Constitución" (STC 18/1981, de 8 de junio, FJ 2). Y es que, como ya entonces advertíamos, "tales valores no quedarían salvaguardados si se admitiera que la Administración, por razones de orden público, puede incidir en la esfera jurídica de los ciudadanos imponiéndoles una sanción sin observar procedimiento alguno, y, por tanto, sin posibilidad de defensa previa a la toma de la decisión, con la consiguiente carga de recurrir para evitar que tal acto se consolide y haga firme. Por el contrario, la garantía del orden constitucional exige que el acuerdo se adopte a través de un procedimiento en el que el presunto inculpado tenga oportunidad de aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes y alegar lo que a su derecho convenga" (STC 18/1981, FJ 3; en el mismo sentido, STC 194/2000, de 19 de julio, FJ 10).

Junto con esa garantía de procedimiento, este Tribunal ha ido depurando la traslación de las garantías procesales constitucionalizadas en el apartado segundo del artículo 24 CE al ámbito del procedimiento administrativo sancionador sobre la premisa de su compatibilidad con la naturaleza de éste (al respecto, SSTC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 7, y 7/1998, de 13 de enero, FJ 5). Así, con carácter general y sin ánimo de exhaustividad, hemos entendido aplicables el derecho a la defensa, que proscribiera cualquier indefensión; el derecho a la asistencia letrada, trasladable con ciertas matizaciones; el derecho a ser informado de la acusación, que conlleva la inalterabilidad de los hechos imputados; el derecho a la presunción de inocencia, que

implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción pesa sobre la Administración, con la prohibición absoluta de utilización de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales; el derecho a no declarar contra sí mismo; o el derecho a la utilización de los medios de prueba adecuados para la defensa, del que se infiere que vulnera el artículo 24.2 CE la denegación inmotivada de medios de prueba [entre otras muchas, SSTC 7/1998, de 13 de enero, FJ 5; 3/1999, de 25 de enero, FJ 4, y 14/1999, de 22 de febrero, FJ 3 a)].

Por lo que respecta a la doctrina constitucional atinente al derecho fundamental a ser informado de la acusación, proclamado en el artículo 24.2 CE, este Tribunal ha hecho especial hincapié en el contenido normativo complejo que encierra, pues junto al mandato obvio de poner en conocimiento de quien se ve sometido al ejercicio del *ius puniendi* del Estado la razón de ello, presupone la existencia de la acusación misma y es, a su vez, instrumento indispensable para poder ejercitar el derecho de defensa, pues representa una garantía para evitar la indefensión que resultaría del hecho de que alguien pueda ser condenado por cosa distinta de la que se le acuse y de la que, consecuentemente, no haya podido defenderse (por todas, SSTC 19/2000, de 31 de enero, FJ 4, y 287/2000, de 27 de noviembre, FJ 14). Las resoluciones ahora citadas se pronunciaron en relación con el proceso penal, en cuyo ámbito también hemos matizado la sujeción existente entre la condena y la acusación formulada, advirtiendo que no puede llegar tan lejos como para impedir que el órgano judicial modifique la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio, operando aquí los conceptos de identidad fáctica y homogeneidad de la calificación jurídica (STC 4/2002, de 14 de enero, FJ 3, que resume la doctrina constitucional en la materia). En conclusión, como ya señaláramos en la STC 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 4, in fine, y hemos reiterado nuevamente en la mencionada STC 4/2002, FJ 3, "desde la perspectiva constitucional del derecho de defensa, lo que resulta relevante es que la condena no se produzca por hechos o perspectivas jurídicas que de facto no hayan sido o no hayan podido ser plenamente debatidas. La homogeneidad entre la acusación y la condena es, sobre todo, un instrumento útil, extraordinariamente útil, si se quiere, para enjuiciar la posibilidad real de debate". Finalmente, importa advertir que la traslación de estos criterios al ámbito de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas ha de efectuarse teniendo en todo momento presentes las diferencias estructurales del procedimiento establecido para su ejercicio, que no conoce una diferenciación orgánica tajante entre acusación, instrucción y decisión ni una nítida frontera entre un período de preparación o instrucción y otro de enjuiciamiento (STC 56/1998, de 16 de marzo, FJ 4, aquí por referencia al derecho a la prueba).»

(STC 117/2002, de 20 de mayo. Recurso de amparo 2395/98. Ponente: D. Pablo Cachón Villar, «BOE» de 19 de junio de 2002)

ARTÍCULO 24.1

Derecho a la tutela judicial efectiva. Acceso al proceso

«El derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) tiene como primer contenido el acceso a la jurisdicción (que es donde se sitúa la vulneración constitucional alegada en el presente supuesto) sin limitación de garantías ni impedimentos para alegar y demostrar en el proceso los propios derechos y mediante la obtención de una respuesta judicial razonada, motivada y fundada en Derecho, tanto si resuelve acerca

del fondo de la pretensión de las partes como si inadmite la acción en virtud de la aplicación razonada y no arbitraria de una causa legal debidamente acreditada (por todas, SSTC 108/2000, de 5 de mayo, FJ 3; 198/2000, de 24 de julio, FJ 2; 71/2001, de 26 de marzo, FJ 3; 88/2001, de 2 de abril, FJ 3, y 89/2001, de 2 de abril, FJ 3). Ahora bien, cuando la decisión judicial cuestionada cierra el acceso a la jurisdicción, el control de constitucionalidad ha de realizarse de modo más riguroso, puesto que estamos ante el derecho que constituye el núcleo de la tutela judicial efectiva (por todas, SSTC 154/1992, de 19 de octubre, FJ 2; 112/1997, de 3 de junio, FJ 3, y 16/1999, de 22 de febrero, FJ 2).

Como hemos dicho en anteriores ocasiones, aunque la verificación de la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales constituye una cuestión de estricta legalidad ordinaria, cuya resolución compete exclusivamente a los órganos judiciales en el ejercicio de la potestad que privativamente les confiere el artículo 117.3 CE, a este Tribunal le corresponde revisar aquellas decisiones judiciales en las que tales presupuestos procesales se hayan interpretado de forma arbitraria, manifiestamente irrazonable o incurriendo en un error patente; y, cuando del acceso a la jurisdicción se trata, en los casos en que la normativa procesal se haya interpretado de forma rigurosa, excesivamente formalista o desproporcionada en relación con los fines que preserva y los intereses que se sacrifican (por todas, SSTC 119/1998, de 4 de junio; 39/1999, de 22 de marzo, FJ 3; 122/1999, de 28 de junio, FJ 2; 285/2000, de 27 de noviembre, FJ 4; 16/2001, de 29 de enero, FJ 4, y 71/2001, de 26 de marzo, FJ 3). Tratándose, pues, de acceso a la jurisdicción, y estando consecuentemente en juego la obtención de una primera decisión judicial, los cánones de control de constitucionalidad se amplían como consecuencia de la mayor intensidad con la que se proyecta el principio *pro actione*, con el objeto de evitar que determinadas aplicaciones o interpretaciones de los presupuestos procesales eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida (SSTC 158/2000, de 12 de junio, FJ 5, y 10/2001, de 29 de enero, FJ 4, entre otras muchas).

También hay que tener en cuenta que tales requisitos formales de acceso al proceso no constituyen valores autónomos con sustantividad propia, sino que únicamente suponen instrumentos para conseguir una finalidad legítima, por lo que su incumplimiento no presenta siempre igual valor obstativo, con independencia de la trascendencia práctica que revista. Antes al contrario, los requisitos formales han de examinarse teniendo en cuenta la finalidad que con ellos se pretende para, de existir defectos, proceder a una justa adecuación de las consecuencias jurídicas por la entidad real del defecto apreciado, pues debe existir proporcionalidad entre éste y aquéllas (por todas, SSTC 63/1999, de 26 de abril, FJ 2, y 285/2000, de 27 de noviembre, FJ 4).»

(STC 58/2002, de 11 de marzo. Recurso de amparo 4177/98. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez, «BOE» de 16 de abril de 2002)

«Ni la Constitución otorga un derecho a obtener condenas penales (entre muchas, SSTC 199/1996, de 3 de diciembre, FJ 5; 41/1997, de 10 de marzo, FJ 4, y 163/2001, de 11 de julio, FJ 2), ni puede confundirse el derecho a la jurisdicción penal, como instrumento para la aplicación del *ius puniendi*, con el derecho material a penar, de exclusiva naturaleza pública y cuya titularidad corresponde al Estado (SSTC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 4; 31/1996, de 27 de febrero, FJ 10, y 115/2001, de 10 de mayo, FJ 11).

Hemos de reiterar que el ejercicio de la acción penal no comporta en el marco del artículo 24.1 CE un derecho incondicionado a la apertura y plena substanciación del proceso penal, sino sólo a obtener un pronunciamiento motivado del Juez en la fase instructora sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos, expresando las razones por las que inadmite su tramitación, o acuerda el sobreseimiento y archivo de las actuaciones. De modo que las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva se verán satisfechas por la resolución de inadmisión si se fundamenta de forma razonable en la exclusión *ab initio* del carácter delictivo de los hechos imputados, y, si se admite la querrela, por la resolución que acuerda la terminación anticipada del proceso penal, sin apertura de la fase de plenario, en caso de que se sustente razonablemente en la concurrencia de los motivos legalmente previstos de sobreseimiento libre o provisional de conformidad con los artículos 637, 641 y 789.5.1 LECrm [entre otras muchas, SSTC 148/1987, de 28 de septiembre, FJ 2; 175/1989, de 30 de octubre, FJ 1; 297/1994, de 14 de noviembre, FJ 6; 111/1995, de 4 de julio, FJ 3; 31/1996, de 27 de febrero, FJ 10; 177/1996, de 11 de noviembre, FJ 11; 138/1997, de 4 de junio, FJ 5; 115/ 2001, de 10 de mayo, FJ 11; 129/2001, de 4 de junio, FJ 2, y 178/2001, de 17 de septiembre, FJ 2.b).»

(STC 63/2002, de 11 de marzo. Recurso de amparo 4185/99. Ponente: D.ª M.ª Emilia Casas Baamonde, «BOE» de 16 de abril de 2002)

«Pese a que reiteradamente hemos afirmado que la Constitución no otorga ningún derecho fundamental a obtener condenas penales (SSTC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 4; 31/1996, de 27 de febrero, FJ 10; 177/1996, de 11 de noviembre, FJ 11; 199/1996, 3 de diciembre, FJ 5; 41/1997, de 10 de marzo, FJ 4; 74/1997, de 21 de abril, FJ 5; 67/1998, de 18 de marzo, FJ 2, y 138/1999, de 22 de julio, FJ 5; 215/1999, de 29 de noviembre, FJ 1; 21/2000, de 31 de enero, FJ 2, y 16/2001, de 29 de enero, FJ 4), hemos precisado que 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. Tampoco comporta que en el seno de dicho proceso no puedan verse lesionados, no ya sus derechos procesales, sino también sus derechos sustantivos con consideraciones o declaraciones judiciales que atenten a su contenido" (STC 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2).

Este Tribunal "ha configurado el derecho de acción penal esencialmente como un *ius ut procedatur*, es decir, no como parte de ningún otro derecho fundamental sustantivo, sino estrictamente como manifestación específica del derecho a la jurisdicción" (por todas, SSTC 31/1996, de 27 de febrero, FJ 10 y 11; 199/1996, de 3 de diciembre, FJ 5; 41/1997, 10 de marzo, FJ 5; 16/2001, de 29 de enero, FJ 4), "que ha de enjuiciarse en sede de amparo constitucional desde la perspectiva del artículo 24.1 CE y al que, desde luego, son aplicables las garantías del artículo 24.2 CE" (STC 41/1997, de 10 de marzo, FJ 5, y, reproduciéndola, SSTC 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2, y 16/2001, de 29 de enero, FJ 4). De ello se deduce que ese *ius ut procedatur* no puede "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" (SSTC 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 2; 215/1999, de 29 de noviembre, FJ 1, y 16/2001, de 29 de enero, FJ 4), que no se agotan, en el proceso penal, "con el mero respeto de las garantías allí establecidas a favor del imputado, procesado o acusado, según las distintas fases de aquél", sino que

se extienden a todos los partícipes (SSTC 116/1997, de 23 de junio, FJ 5; 138/1999, de 22 de julio, FJ 5, y 16/2001, de 29 de enero, FJ 4).»

(STC 81/2002, de 22 de abril. Recurso de amparo 4397/97. Ponente: D. Pablo Cachón Villar, «BOE» de 22 de mayo de 2002)

Derecho a la tutela judicial efectiva. Acceso al proceso. Exigencia de fianza al que no ha sido ofendido por el delito para el ejercicio de la acción penal

«Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el derecho a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución razonada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, se erige en un elemento esencial del contenido del derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 CE; no obstante, al ser el derecho a la tutela judicial efectiva un derecho prestacional de configuración legal, su ejercicio y prestación están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que, en cada caso, haya establecido el legislador, que no puede, sin embargo, fijar obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que impidan el acceso al proceso, vulnerando la tutela judicial garantizada constitucionalmente (STC 185/1987, de 18 de noviembre), razón por la cual también se satisface el derecho a la tutela judicial con la obtención de una resolución de inadmisión, que impide entrar en el fondo de la cuestión planteada, si esta decisión se funda en la existencia de una causa legal que así lo justifique, aplicada razonablemente por el órgano judicial (SSTC 19/1981, de 8 de junio; 69/1984, de 11 de junio; 6/1986, de 21 de enero; 118/1987, de 8 de julio; 57/1988, de 5 de abril; 124/1988, de 23 de junio; 216/1989, de 21 de diciembre; 154/1992, de 19 de octubre; 55/1995, de 6 de marzo; 104/1997, de 2 de junio; 108/2000, de 5 de mayo, y 201/2001, de 15 de octubre, entre otras muchas).

A su vez, los órganos judiciales están constitucionalmente obligados a aplicar las normas que regulan los requisitos y presupuestos procesales, teniendo siempre presente el fin perseguido por el legislador al establecerlos, evitando cualquier exceso formalista que los convierta en obstáculos procesales impeditivos de acceso a la jurisdicción que garantiza el artículo 24.1 CE; ahora bien, el criterio antiformalista tampoco puede conducir a que se prescindiera de los requisitos establecidos por las leyes que ordenan el proceso y los recursos, en garantía de los derechos de todas las partes (SSTC 17/1985, de 9 de febrero; 157/1989, de 5 de octubre; 64/1992, de 29 de abril).

En tal sentido, los Jueces y Tribunales deben llevar a cabo una adecuada ponderación de los defectos que adviertan en los actos procesales de las partes, guardando la debida proporcionalidad entre la irregularidad cometida y la sanción que debe acarrear, a fin de procurar, siempre que sea posible, la subsanación del defecto o irregularidad, a fin de favorecer la conservación de la eficacia de los actos procesales y del proceso como instrumento para alcanzar la efectividad de la tutela judicial (artículos 11.3, 240.2, 242 y 243 LOPJ; SSTC 163/1985, de 2 de diciembre; 117/1986, de 13 de octubre; 140/1987, de 23 de julio; 5/1988, de 21 de enero; 39/1988, de 9 de marzo; 57/1988, de 5 de abril, y 164/1991, de 18 de julio). En dicha ponderación deben tomarse en consideración la entidad del defecto y su incidencia en la consecución de la finalidad perseguida por la norma infringida, junto a su trascendencia para las garantías procesales de las demás partes del proceso y a la voluntad y grado de diligencia procesal apreciada en la parte, en orden al cumplimiento

del requisito procesal omitido o irregularmente observado (SSTC 41/1992, de 30 de marzo; 64/1992, de 29 de abril; 331/1994, de 19 de diciembre, y 145/1998, de 30 de junio).

No obstante, también ha declarado este Tribunal, con ocasión de las fianzas que la ley exige al que no ha sido ofendido por el delito para el ejercicio de la acción penal, que la exigencia de fianza como condición para ser parte en el proceso no es en sí misma contraria al contenido esencial del derecho reconocido por el artículo 24.1 CE, pues no impide por sí misma el acceso a la jurisdicción (SSTC 62/1983, de 11 de julio; 113/1984, de 29 de noviembre; 147/1985, de 29 de octubre; 326/1994, de 12 de diciembre; 50/1998, de 2 de marzo, y 79/1999, de 26 de abril).

Por esta razón, como ya precisamos en la citada doctrina constitucional, cuando la ley autorice la exigencia de fianza, no es competencia de este Tribunal sustituir a los órganos de la jurisdicción ordinaria en la fijación de la cuantía de las que deben prestar los litigantes para el ejercicio de las correspondientes acciones legales. Así pues, en la vía del amparo, su función se limita al control de la arbitrariedad e irrazonabilidad de las decisiones judiciales en la materia, con el fin de valorar, desde la perspectiva del derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 CE, si la cuantía de la fianza impuesta por los Tribunales en el caso satisface el canon de razonabilidad o, por el contrario, resulta desproporcionada en relación con los medios económicos de quien deba prestarla, erigiéndose de este modo en un impedimento u obstáculo insalvable para el ejercicio de la acción, lo que conduciría, en la práctica, a la indefensión.»

(STC 45/2002, de 25 de febrero. Recurso de amparo 26321/98. Ponente: D.^a Elisa Pérez Vera, «BOE» de 3 de abril de 2002)

Derecho a la tutela judicial efectiva. Acceso al proceso. Interpretación de las normas relativas a los plazos de prescripción y caducidad

«Constituye doctrina reiterada de este Tribunal que la interpretación efectuada por los Jueces y Tribunales de Justicia de las normas relativas tanto a los plazos de caducidad como a los de prescripción es una cuestión de legalidad ordinaria, es decir, de la exclusiva competencia de aquéllos (SSTC 27/1984, de 24 de febrero; 89/1992, de 8 de junio; 201/1992, de 30 de noviembre; 101/1993, de 22 de marzo; 164/1993, de 18 de mayo; 245/1993, de 19 de julio; 322/1993, de 8 de noviembre; 47/1997, de 11 de marzo, y 160/1997, de 2 de octubre, dictada por el Pleno). Sólo por excepción, hemos afirmado, la interpretación de tal legalidad ordinaria alcanzará relevancia constitucional desde la perspectiva de la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) cuando haga imposible en la práctica el ejercicio de la acción (así, en los supuestos que dieron lugar a las SSTC 262/1988, de 22 de diciembre; 47/1989, de 21 de febrero, y 220/1993, de 30 de junio); cuando en la determinación de dicho plazo se incurra en un error patente (así, en el caso que motivó nuestra STC 201/1992, de 19 de noviembre), y, finalmente, cuando se apoye en un razonamiento puramente arbitrario o, lo que es igual, sencillamente absurdo (como consecuencia de nuestra doctrina general sobre las resoluciones judiciales manifiestamente arbitrarias: SSTC 89/1992, 245/1993 y 322/1993, entre otras).

En este sentido, hemos concretamente declarado que "no corresponde a este Tribunal revisar la legalidad aplicada ni establecer, en concreto, la interpretación que haya de darse a las normas que regulan los plazos de prescripción en el ejercicio de los derechos y acciones o establecen el cómputo de dichos plazos" (STC 220/1993).

Ahora bien, nos hemos ocupado inmediatamente de advertir (en la última Sentencia citada) que "cuando este Tribunal, en innumerables ocasiones, declara que una determinada cuestión de Derecho es "de legalidad ordinaria" o expresión similar, con la ineluctable consecuencia de declararla ajena a su propia competencia, y propia exclusivamente de la de los Tribunales ordinarios, no por ello está despojando de toda consideración de constitucionalidad a dicha cuestión. La Constitución, por el contrario, y muy particularmente los derechos fundamentales, inspiran y alientan todo nuestro ordenamiento, hasta sus últimas o más modestas manifestaciones. Ahora bien, ello no puede implicar el que este Tribunal esté llamado a imponer su criterio determinando, hasta el último extremo, la medida en que todas y cada una de las interpretaciones de la legalidad, llamada ordinaria, deben quedar influidas por los contenidos constitucionales. Tal cosa equivaldría a extender el ámbito de las "garantías constitucionales" (art. 123.1 CE) que marca el límite de nuestra jurisdicción a la interpretación de todo el ordenamiento. Consecuencia de todo ello es que este Tribunal, en algunos casos, puede llegar a entender que interpretaciones de la legalidad ordinaria distintas de las que en el caso sometido a su consideración se hicieron acaso hubieran respondido más plenamente a los valores incorporados a los preceptos constitucionales y, muy en particular, a los relativos a los derechos fundamentales, lo que puede llevarle a sentirse distanciado respecto de la solución alcanzada. Pero una cosa es la garantía de los derechos fundamentales, tal como le está encomendada, y otra, necesariamente muy distinta, la de la máxima irradiación de los contenidos constitucionales en todos y cada uno de los supuestos de interpretación de la legalidad; esto último puede no ocurrir sin que ello implique siempre la vulneración de un derecho fundamental". Inmediatamente hemos precisado, y tenemos que reiterar con énfasis ahora, que de ello no se deduce que este Tribunal comparta o haga suya la interpretación de la legalidad llevada a cabo por la Sentencia objeto de la demanda de amparo, ni desde el punto de vista de los institutos legales en sí mismos considerados, sobre los que este Tribunal no tiene porqué pronunciarse, ni desde la anteriormente señalada perspectiva del máximo influjo de los contenidos constitucionales en la interpretación de la legalidad, en lo que ciertamente debe admitirse la autoridad de este Tribunal.

Finalmente, en cuanto a la relevancia del momento procesal en el que la apreciación de la prescripción, y vale ello ahora también para la caducidad, hemos puntualizado en varias ocasiones (últimamente en la STC 298/2000, de 11 de diciembre) que cuando la aplicación de la concurrencia de la prescripción se realiza tras el completo y regular desarrollo del proceso judicial, y en decisión adoptada por el propio juzgador del fondo de la pretensión, y no *in limine litis*, éste no se halla necesariamente vinculado por la regla hermenéutica *pro actione*, pues debe considerarse que ha existido auténtico acceso a la justicia. En definitiva, lo que ha podido existir es una desestimación de la pretensión de fondo y no una denegación del acceso a la justicia (STC 42/1997, de 10 de marzo, FJ 3), lo que no excluye la posible existencia de una lesión constitucional que, sin embargo, deberá abordarse desde la exigencia de una respuesta judicial razonada, motivada y fundada en Derecho, que tanto existe si resuelve acerca del fondo de la pretensión o pretensiones de las partes como si se inadmite la acción por una causa legal debidamente acreditada, siempre y cuando el órgano judicial en este caso aplique el Derecho razonadamente y no de modo arbitrario.»

(STC 77/2002, de 8 de abril. Recurso de amparo 4643/98. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez, «BOE» de 25 de abril de 2002)

Derecho a la tutela judicial efectiva. Baremos de indemnizaciones en accidentes de tráfico

«Como declaramos en la STC 181/2000, la aplicación automática de los baremos contenidos en la tabla V apartado B) del anexo de la Ley 30/1995, vulnera este derecho en la medida en que impida la reparación íntegra de los perjuicios causados, siempre que se acrediten perjuicios superiores derivados de daños de carácter personal, determinantes de "incapacidad temporal", y en la medida en que tengan "su causa exclusiva en una culpa relevante y, en su caso, judicialmente declarada imputable al agente causante del hecho lesivo" (FJ 21).»

(STC 49/2002, de 25 de febrero. Recurso de amparo 651/99. Ponente: D.^a M.^a Emilia Casas Baamonde, «BOE» de 3 de abril de 2002)

Derecho a la tutela judicial efectiva. Contradicción en recurso de queja

«La cuestión que se plantea en el presente recurso de amparo es sustancialmente similar a la decidida por la Sala Segunda de este Tribunal en la STC 178/2001, de 17 de septiembre. En esta Sentencia, en la que se otorgó el amparo, se enjuició un caso semejante al presente, consistente en la tramitación de un recurso de queja con absoluto desconocimiento del entonces demandante de amparo, personado como acusación particular en un proceso penal en el que se acordó el sobreseimiento. En el fundamento jurídico 4 de la citada Sentencia se razonó en el siguiente sentido: "Los preceptos que regulan el recurso de queja, si bien es cierto que no prevén dicho trámite (el de dar traslado a las partes personadas), no lo prohíben en forma alguna, y la necesidad del mismo resulta de una interpretación de tal normativa procesal a la luz de los preceptos y principios constitucionales, al ser obligado, en todo caso, preservar el derecho de defensa de las partes en el proceso, de modo que, a la vista de lo dispuesto en el artículo 24 CE, procedía integrar tales preceptos legales de origen preconstitucional (arts. 233 y 234 LECrm) con las garantías que impone el artículo constitucional citado, que incluye la contradicción e igualdad de armas entre las partes y, por tanto, en este supuesto, haber dado traslado a la demandante de amparo del recurso de queja al objeto de que pudiera contradecir y rebatir los argumentos expuestos por la parte contraria y formular cuantas alegaciones tuviera por conveniente en defensa de sus derechos e intereses (en este sentido, SSTC 66/1989, de 17 de abril, FJ 12; 53/1987, de 7 de mayo, FJ 3; 162/1997, de 3 de octubre, FJ 3; 16/2000, de 31 de enero, FFJJ 6 y 7; 79/2000, de 27 de marzo, FJ 3; 93/2000, de 10 de abril, FJ 4, y 101/2001, de 23 de abril, FJ 3). La necesidad de tal intervención, además, aparece reforzada en casos como el presente por la propia configuración legal, como ya hemos tenido ocasión de señalar, del recurso de queja en el procedimiento penal abreviado, en el que ha perdido su caracterización inicial de medio de impugnación de la inadmisión de otros recursos o como recurso de tipo residual (arts. 218, 862 y ss. LECrm), y se ha convertido en un recurso ordinario más, que procede contra todos los Autos del Juez de Instrucción y del Juez de lo Penal denegatorios del recurso de reforma, que no sean susceptibles de recurso de apelación, el cual únicamente se admitirá en los casos expresamente señalados (art. 787.1 LECrm). La generalización del recurso de queja como un recurso ordinario más en el seno del procedimiento penal abreviado frente a las resoluciones interlocutorias del Juez Instructor y del Juez de lo Penal, y, por consiguiente, la trascendencia de las decisiones judiciales a adoptar con ocasión del mismo en orden a las pretensiones e intereses en juego de las partes, como acontecía en el presente supuesto,

impone, de acuerdo con los artículos 24 CE y 5.1 y 7.2 LOPJ, una interpretación integradora de la normativa procesal reguladora de su tramitación con el fin de preservar las garantías de defensa de las partes personadas".»

(STC 179/2002, de 14 de octubre. Recurso de amparo 4843/98. Ponente: D. Pablo García Manzano, «BOE» de 12 de noviembre de 2002)

Derecho a la tutela judicial efectiva. Cosa juzgada. Intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes

«Plantea también este caso el problema de los efectos que las decisiones judiciales han de tener sobre las que se dicten posteriormente. Tradicionalmente se ha venido tratando esta problemática bajo el encabezamiento dogmático de la institución de la cosa juzgada y a este concepto hace referencia la recurrente. Recordemos que la misma tiene dos facetas: la formal, consistente en la cualidad que adquiere una resolución cuando es declarada inimpugnable por la ley o cuando, susceptible de impugnarse, no se interpone o formaliza el recurso en los plazos previstos; y la material, o efecto propio de algunas resoluciones firmes consistente en una precisa y determinada fuerza de vincular en otros procesos a cualesquiera órganos jurisdiccionales respecto del contenido de esas resoluciones. Este efecto vinculante se proyecta en las denominadas función negativa y función positiva de la cosa juzgada material. La primera consiste en impedir o poner fin a un segundo proceso cuyo objeto es idéntico a otro anterior sobre el que ya recayó una resolución o sentencia firme. La segunda, la positiva, es la vinculación prejudicial que a lo jurídicamente decidido en una resolución firme sobre el fondo debe existir en procesos posteriores en que lo juzgado sea parte del objeto de estos procesos.

Por otra parte, se afirma en nuestra STC 15/2002, de 28 de enero, en su fundamento jurídico 3, que el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE protege y garantiza la eficacia de la cosa juzgada material, tanto en su aspecto negativo o excluyente de nuevos pronunciamientos judiciales con idéntico objeto procesal al ya resuelto en Sentencia firme, como 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. Ya hemos tenido ocasión de decir reiteradamente (como, por ejemplo, en la STC 135/2001, de 18 de junio, FJ 3), que si se desconociera el efecto de cosa juzgada material se privaría de eficacia a lo que se decidió con firmeza en el proceso, lesionándose así la seguridad jurídica de quien se vio protegido judicialmente por una Sentencia dictada en un proceso anterior entre las mismas partes (SSTC 59/1996, de 4 de abril; 18/1997, de 10 de febrero; 106/1999, de 14 de junio; 190/1999, de 25 de octubre; 53/2000, de 28 de febrero, FJ 6, y 55/2000, de 28 de febrero, FJ 4, entre otras muchas).

Igualmente este Tribunal ha afirmado que la determinación del alcance que quepa atribuir a la cosa juzgada constituye una cuestión que compete a 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, y 43/1998, de 24 de febrero, FJ 4).»

(STC 135/2002, de 3 de junio. Recurso de amparo 746/99. Ponente: D. Tomás S. Vives Antón, «BOE» de 26 de junio de 2002)

«El deber de observar el principio de inmodificabilidad de las Sentencias y demás resoluciones judiciales firmes, consecuencia de la garantía procesal de la cosa juzgada material (SSTC 77/1983, 135/1994 y 80/1999, entre otras), ha sido reiteradamente considerado por la doctrina de este Tribunal como integrante del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE (SSTC 39/1994 y 92/1998). Mientras el derecho a la ejecución de lo juzgado es obligada consecuencia de la necesaria eficacia de la tutela judicial, el derecho a que esa ejecución se lleve a cabo en sus propios términos, es decir, con sujeción al principio de inmodificabilidad de lo juzgado, se traduce en un derecho subjetivo del justiciable que actúa como límite y fundamento que impide que los Jueces y Tribunales puedan revisar las Sentencias y demás resoluciones al margen de los supuestos taxativamente previstos en la ley (STC 119/1988, FJ 3)" (SSTC 106/1999, de 14 de junio, FJ 3; 58/2000, de 28 de febrero, FJ 6, y 56/2002, de 11 de marzo, FJ 4).

A ello habrá que añadir que "las personas recluidas en centros penitenciarios gozan de los derechos fundamentales previstos en el Capítulo Segundo del Título I de la CE, a excepción de los constitucionalmente restringidos, es decir, de aquéllos que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena, y la Ley penitenciaria (por todas, STC 170/1996, de 29 de octubre, FJ 4)" (STC 175/2000, de 26 de junio, FJ 2).

Así, hemos declarado: "Ejecución e inmodificabilidad de las resoluciones judiciales que alcanza también, como ampliamente se razona en la STC 174/1989, a las dictadas por los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria que adquieren firmeza de no interponerse contra ellas recurso alguno en tiempo y forma por parte de los sujetos legitimados (FJ 3), y, por ello, se evidencia que, efectivamente, el Auto del Juez de Vigilancia Penitenciaria de Ocaña era una resolución firme que no podía ya ser modificada. Su modificación sin base legal para ello –concluye esta Sentencia (FJ 6)– ha vulnerado, por tanto, el derecho a la tutela judicial efectiva como derecho a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes." (STC 67/1991, de 22 de marzo, FJ 2).

Y, más concretamente, la Sentencia que acabamos de citar (FJ 3) advierte que si "se admitiera que, en el ámbito penitenciario, el traslado de los reclusos de un establecimiento carcelario a otro comportara la posibilidad de alterar las resoluciones judiciales firmes que causan estado por referirse al status de los internos, la inseguridad jurídica sería absolutamente intolerable, pues dependería de un acto administrativo –la orden de traslado– la efectividad y el cumplimiento de las resoluciones judiciales. Es, pues, cierto lo que afirma el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones ya aludido: de admitirse que puedan reabrirse temas que por su naturaleza están ya cerrados por resoluciones firmes, concretamente por Autos, y que ello fuera debido, como aquí ocurre, al traslado de los internos, se permitiría que, arbitrariamente, pudieran conseguirse nuevas resoluciones judiciales que alterasen las preexistentes. Naturalmente que éste no es el caso de aquellas resoluciones de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria que por obedecer a hechos o motivos circunstanciales (permisos de salida, por ejemplo, u otras autorizaciones similares) se agoten con su propio cumplimiento, ni el de los supuestos de Sentencias de condenas de futuro cuando se produzca una alteración de las circunstancias que las motivaron. La plena jurisdicción que territorialmente corresponde a los órganos judiciales de La Rioja no afecta a la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales anteriores y firmes mientras no se produzcan nuevas y decisivas circunstancias, permaneciendo vivas, como ocurre en este caso, las resoluciones originales".».

(STC 140/2002, de 3 de junio. Recurso de amparo 6270/00. Ponente: D. Javier Delgado Barrio, «BOE» de 26 de junio de 2002)

«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), y 216/2001, de 29 de octubre (FJ 2).

a) 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, que no se ha erigido por el texto constitucional en derecho fundamental de los ciudadanos, ni se ha otorgado respecto a él la vía del amparo constitucional, 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, y 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 fuera del correspondiente recurso establecido al efecto por el legislador quedaría asimismo 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 definitivas y firmes al margen de los supuestos y casos taxativamente previstos por la Ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendiesen que la decisión judicial no se ajusta a la legalidad (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; 69/2000, de 13 de marzo, FJ 2; 111/2000, de 5 de mayo, FJ 12; 262/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 286/2000, de 27 de noviembre, FJ 2; 140/2001, de 18 de junio, FJ 3, y 216/2001, de 29 de octubre, FJ 2).

b) El principio de invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales opera, como es evidente, 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.

Esta vía aclaratoria, como el Tribunal Constitucional tiene declarado en reiteradas ocasiones, es plenamente compatible con el principio de invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales, siendo éste una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, e instrumento para garantizarlo; mas no se integra en él la facultad de beneficiarse de oscuridades, omisiones o errores materiales que con toda certeza pueden deducirse del propio texto de la resolución judicial (SSTC 380/1993, de 20 de diciembre, FJ 3, y 23/1996, de 13 de febrero, FJ 2). Ahora bien, tal remedio procesal no permite alterar sus elementos esenciales, debiendo atenerse 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 (SSTC 119/1988, de 20 de junio, FJ 2; 19/1995, de 24 de enero, FJ 2; 82/1995, de 5 de julio, FJ 3; 180/1997, de 27 de octubre, FJ 2; 48/1999, de 22 de marzo, FJ 2, y 112/1999, de 14 de junio, FJ 2).»

(STC 187/2002, de 14 de octubre. Recurso de amparo 1544/2001. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas, «BOE» de 12 de noviembre de 2002)

Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho de acceso a los recursos

«Conforme a doctrina reiterada de este Tribunal, el derecho de acceso a los recursos (salvo en materia penal, en la que la doble instancia es una exigencia constitucional) sólo surge de las leyes procesales que regulan dichos medios de impugnación, por lo que la interpretación de las normas que contemplan causas de inadmisión de recursos es competencia exclusiva de los órganos judiciales. Por ello, cuando se alega una supuesta lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho de acceso a los recursos, el control constitucional de esas resoluciones judiciales es meramente externo y debe limitarse a comprobar si tienen motivación y si han incurrido en error material patente, en arbitrariedad o en manifestación irrazonabilidad lógica, evitando toda ponderación acerca de la corrección jurídica de las mismas (SSTC 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5; 58/1995, de 10 de marzo, FJ 2; 142/1996, de 16 de septiembre, FJ 2; 211/1996, de 17 de diciembre, FJ 2; 76/1997, de 21 de abril, FJ 2; 39/1998, de 17 de febrero, FJ 2; 23/1999, de 8 de marzo, FJ 2, y 258/2000, de 30 de octubre, FJ 2, entre otras muchas).»

(STC 48/2002, de 25 de febrero. Recurso de amparo 30/99. Ponente: D. Fernando Garrido Falla, «BOE» de 3 de abril de 2002)

«Será de recordar la reiterada doctrina de este Tribunal respecto del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a los recursos, tal como la resume la STC 128/98, de 16 de junio:

a) "Con la salvedad de las resoluciones penales condenatorias, la garantía de la doble instancia judicial es de configuración legal (SSTC 42/1982, 37/1988 ó 184/1997, entre otras muchas). Por otra parte, como hemos venido declarando reiteradamente, el acceso a los recursos legalmente ordenados tiene una distinta relevancia constitucional que el acceso al proceso: mientras el derecho a la obtención de una resolución judicial razonada y fundada goza de una protección constitucional directamente dimanante del artículo 24.1 CE 'el derecho a la revisión de esta resolución es, en principio, un derecho de configuración legal' (STC 160/1996, FJ 2)".

b) "La prestación judicial que satisface este derecho a los recursos, cuando se ha incorporado a la tutela judicial de acuerdo con lo establecido en las leyes procesales, será normalmente la de una decisión de fondo sobre la legitimidad de la resolución recurrida, aunque también una 'explicación razonada y fundada en Derecho de la inadmisión de los recursos interpuestos,... satisface el derecho a la tutela judicial efectiva' (STC 179/1995, FJ 4)."

c) "La interpretación de los requisitos procesales y supuestos en que, conforme a la ley, proceden los recursos corresponde a los Tribunales ordinarios, no debiendo este Tribunal Constitucional revisar sus decisiones en la vía de amparo más que

cuando se haya producido una denegación de la admisión a trámite del mismo arbitraria, irrazonable, *intuitu personae*, o incurriendo en error patente (SSTC 37/1995, 160/1996 ó 93/1997, entre otras muchas)."

d) "Ahora bien, lo dicho no implica que la posibilidad o no de recurrir resulte constitucionalmente irrelevante, con la sola y exclusiva excepción de las Sentencias penales condenatorias. También con posterioridad a la STC 37/1995, que de modo singular subrayó la consideración de lo relativo a la admisibilidad de los recursos como cuestiones predominantemente de legalidad, se han venido otorgando numerosos amparos por infracción del mencionado derecho a los recursos, sin ceñirnos a los supuestos de Sentencias penales condenatorias (así, las SSTC 100/1995, 172/1995, 149/1996, 160/1996, 194/1996, 9/1997, 93/1997; 127/1997, etc.), implicando así que existen circunstancias ante las que la privación del recurso representa una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva.".»

(STC 65/2002, de 11 de marzo. Recurso de amparo 3400/00. Ponente: D. Javier Delgado Barrio, «BOE» de 16 de abril de 2002)

«Este Tribunal, en una reiterada jurisprudencia, tiene declarado que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende no sólo el acceso a los Tribunales, sino también el derecho a los recursos que se encuentren previstos en el Ordenamiento jurídico para cada género de procesos y que, así como el acceso a la jurisdicción es un elemento esencial del contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, el sistema de recursos frente a las diferentes resoluciones judiciales se incorpora al meritado derecho fundamental en la concreta configuración que reciba en cada una de las leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales (por todas, SSTC 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5; 94/2000, de 10 de abril, FJ 4; 184/2000, de 10 de julio, FJ 4; 258/2000, de 30 de octubre, FJ 2, y 181/2001, de 17 de septiembre, FJ 2).

Así pues, el legislador, en principio, es libre para disponer cuál sea el régimen de recursos dentro de cada proceso, pero esa disponibilidad, como también hemos señalado, tiene un límite específico en el proceso penal. En relación con este tipo de procesos el derecho a someter el fallo condenatorio y la pena ante un Tribunal superior integra el derecho al proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24.2 CE, en relación con el artículo 14.5 del Pacto internacional sobre derechos civiles y políticos (firmado el 19 de diciembre de 1966, ratificado por España, en septiembre de 1976, y vigente en el ordenamiento español desde el 27 de julio de 1977). Hay que recordar que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 10.2 CE, dicho Pacto ha de servir para interpretar las normas sobre derechos fundamentales reconocidos por la propia Constitución, y que el mencionado artículo 14.5 consagra el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a que "el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley", lo que obliga a considerar que entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere la Constitución se encuentra la del recurso ante un Tribunal superior (SSTC 42/1982, de 5 de junio, FJ 3; 7/1986, de 21 de enero, FJ 2; 37/1988, de 3 de marzo, FJ 5; 106/1988, de 8 de junio, FJ 2; 113/1992, de 14 de septiembre, FJ 5; 41/1998, de 24 de febrero, FJ 9; 185/1998, de 28 de septiembre, FJ 3; 64/2001, de 17 de marzo, FJ 5, y 12/2002, de 28 de enero, FJ 2). Y esta garantía rige también para los juicios de faltas, como hemos afirmado, entre otras, en las SSTC 22/1987, de 20 de febrero (FJ 3), y 150/1996, de 30 de septiembre (FJ 3).

Como precisan las SSTC 42/1982, de 5 de junio (FJ 3), y 140/1985, de 21 de octubre (FJ 2), si bien estas consideraciones no son suficientes por sí mismas para crear recursos inexistentes, sí obligan a entender que entre las garantías del proceso penal se encuentra la del recurso ante un Tribunal superior. En efecto, es doctrina de este Tribunal que cuando se trata del acceso a un recurso penal de quien resultó condenado en la primera instancia judicial, la vinculación constitucional del Juez ex artículo 24.1 CE en la interpretación de las causas de inadmisión es más rigurosa, siendo aquí de aplicación el principio de interpretación *pro actione* en virtud de la exigencia constitucional de una doble instancia en favor del reo, entendido como la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que, por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican (SSTC 91/1994, de 21 de marzo, FJ 2, y 88/1997, de 5 de mayo, FJ 2).

Ahora bien, el derecho a un recurso como integrante del derecho a la tutela judicial efectiva resulta satisfecho no sólo a través de un pronunciamiento del órgano judicial sobre el fondo del asunto, sino también por medio de una resolución razonada de inadmisibilidad (por todas, STC 37/1988, de 3 de marzo, FJ 5). Y es que el principio *pro actione* no implica ni siquiera en este ámbito la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles de las normas que la regulan, pues: "A partir del amplísimo margen que ofrecen potencialmente a la interpretación las normas jurídicas, y, en el ámbito de la regulación de la admisión de recursos, peculiarmente las que contemplan causas de índole material, un tal entendimiento acarrearía perniciosas consecuencias. No sólo constreñiría sobremanera las legítimas facultades judiciales de ordenación del proceso, sino que podría poner en cuestión los importantes fines a los que sirven los requisitos legales de acceso al recurso, tales como la seguridad jurídica, la economía procesal, la celeridad del procedimiento y la preservación de los derechos e intereses de todas las partes del mismo" (STC 88/1997, de 5 de mayo, FJ 2). Como se señala en la STC 190/1994, de 20 de junio, FJ 2; la interpretación flexible de la norma procesal, teleológicamente fundada y orientada a no impedir el acceso al conocimiento judicial por formalismos irrazonables, "no empece a que no sería constitucionalmente ilegítima una resolución que, incluso en materia penal, se abstuviera de conocer del fondo del asunto por razones estrictamente procesales. Debe subrayarse, sin embargo, que en este ámbito las exigencias de racionalidad interpretativa de las normas y de proporcionalidad en las sanciones forzarían a restringir tan drástico resultado a los solos casos en que los actos u omisiones de la parte, fundados en motivos sólo a ella imputables, ocasionaran un quebrantamiento de las formas establecidas de tal entidad que frustrase gravemente la finalidad legítima perseguida por ellas".»

(STC 91/2002, de 22 de abril. Recurso de amparo 2692/99. Ponente: D.ª Elisa Pérez Vera, «BOE» de 22 de mayo de 2002)

«Dijimos en la STC 119/1998, de 4 de junio, FJ 1; dictada por el Pleno de este Tribunal, lo siguiente: "Mientras que el derecho a una respuesta judicial sobre las pretensiones esgrimidas goza de naturaleza constitucional, en tanto que deriva directamente del artículo 24.1 CE, el derecho a la revisión de una determinada respuesta judicial tiene carácter legal. El sistema de recursos, en efecto, se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le otorga cada una de las leyes reguladoras de los

diversos órdenes jurisdiccionales, sin que, como hemos precisado en el fundamento jurídico 5 de la STC 37/1995, ni siquiera exista un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real, la eventualidad de que no existan, salvo en lo penal (SSTC 140/1985, 37/1988 y 106/1988). En fin, no puede encontrarse en la Constitución –hemos dicho en el mismo lugar– ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos, siendo posible en abstracto su inexistencia o condicionar su admisibilidad al cumplimiento de ciertos requisitos. El establecimiento y regulación, en esta materia, pertenece al ámbito de libertad del legislador (STC 3/1983) (STC 37/1995, FJ 5)".

Como consecuencia de lo anterior, "el principio hermenéutico *pro actione* no opera con igual intensidad en la fase inicial del proceso, para acceder al sistema judicial, que en las sucesivas, conseguida que fue una primera respuesta judicial a la pretensión", que "es la sustancia medular de la tutela y su contenido esencial, sin importar que sea única o múltiple, según regulen las normas procesales el sistema de recursos" (SSTC 37/1995, FJ 5).

El lógico corolario de la doctrina expuesta es la imposibilidad de imponer una concreta interpretación de la norma procesal que permita el acceso al recurso (.../...). La decisión sobre su admisión o no –así como la verificación de la concurrencia de los requisitos materiales y procesales exigidos a tal fin– constituye una cuestión de mera legalidad ordinaria que corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que les atribuye el artículo 117.3 CE, sin que este Tribunal pueda intervenir, salvo que, como hemos señalado en muchas ocasiones, la interpretación o aplicación de la norma que se adopte sea arbitraria, irrazonable o manifiestamente infundada o bien producto de un error patente (SSTC 50/1984, de 5 de abril; 23/1987, de 23 de febrero; 50/1988, de 22 de marzo; 90/1990, de 23 de mayo, y 359/1993, de 29 de noviembre, entre otras).

La doctrina, a la que acabamos de referirnos, ha sido aplicada reiteradamente en la jurisprudencia posterior (SSTC 162/1998, de 14 de julio; 192/1998, de 29 de septiembre; 10/1999, de 8 de febrero; 23/1999, de 8 de marzo; 121/1999, de 28 de junio; 94/2000, de 10 de abril; 116/2000, de 5 de mayo; 251/2000, de 30 de octubre; 258/2000, de 30 de octubre; 57/2001, de 26 de febrero; 218/2001, de 31 de octubre; 33/2002, de 11 de febrero, y 71/2002, de 8 de abril) sin que el hecho de que se aduzcan derechos fundamentales pueda otorgar al principio *pro actione* mayor virtualidad cuando de sucesivos grados jurisdiccionales (en definitiva, del acceso a los recursos) se trata.»

(STC 164/2002, de 17 de septiembre. Recurso de amparo 2886/98. Ponente: D. Pablo Cachón Villar, «BOE» de 9 de octubre de 2002)

Derecho a la tutela judicial efectiva. Derecho de defensa. Acceso al proceso en condición de imputado desde que se atribuya a una persona la comisión de un hecho punible

«Nuestra Jurisprudencia reiteradamente viene exigiendo que se garantice el acceso al proceso de toda persona a la que se atribuya la comisión de un hecho punible y que dicho acceso lo sea en condición de imputado, sin que se retrase el otorgamiento de tal condición a alguien de quien fundadamente se sospeche de su participación en los hechos objeto del proceso (SSTC 44/1985, de 22 de marzo, FJ 3; 37/1989, de 15 de febrero, FJ 3; 135/1989, de 19 de julio, FJ 3; 100/1996, de 11 de

junio, FJ 3; 41/1998, de 24 de febrero, FFJJ 27 y 28; 134/1998, de 29 de junio, FJ 2; 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 2, y 68/2001, de 17 de marzo, FJ 3), siendo la razón de tal garantía la de asegurar la plena efectividad del derecho de defensa, por lo que la quiebra de tal garantía conduciría a una situación de indefensión material (SSTC 134/1998, de 29 de junio, FJ 2; 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 2, y 68/2001, de 17 de marzo, FJ 3).»

(STC 70/2002, de 3 de abril. Recurso de amparo 3787/01. Ponente: D. Fernando Garrido Falla, «BOE» de 25 de abril de 2002)

Derecho a la tutela judicial efectiva. Ejecución de Sentencias

«El derecho a la ejecución de sentencia forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), ya que en caso contrario las decisiones judiciales y los derechos que en ellas se reconocen no serían más que meras declaraciones de intenciones y, por tanto, no estaría garantizada la efectividad de la tutela judicial (SSTC 202/1998, de 14 de octubre, FJ 2; 240/1998, de 15 de diciembre, FJ 2; 108/1999, de 14 de junio, FJ 4; 110/1999, de 14 de junio, FJ 3, y 170/1999, de 27 de septiembre, FJ 3). Con todo, hemos advertido que "el alcance de las posibilidades de control, por parte de este Tribunal, del cumplimiento de la potestad jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado (artículo 117.3 CE) no es ilimitado" (STC 240/1998, FJ 2). Y es también doctrina constitucional consolidada que la interpretación del sentido del fallo de las resoluciones judiciales es una función estrictamente jurisdiccional que, como tal, corresponde en exclusiva a los órganos judiciales. Por esta razón, según hemos establecido en la STC 144/2000, de 29 de mayo, FJ 6, "el control que este Tribunal puede ejercer sobre el modo en que los Jueces y Tribunales ejercen esta potestad se limita a comprobar si estas decisiones se adoptan de forma razonablemente coherente con el contenido de la resolución que se ejecuta. De ahí que sólo en los casos en los que estas resoluciones sean incongruentes, arbitrarias, irrazonables [entre las más recientes SSTC 87/1996, de 21 de mayo, FJ 5; 163/1998, de 14 de julio, FJ 2.b); 202/1998, FJ 2; 240/1998, FJ 2; 106/1999, de 14 de junio, FJ 3] o incurran en error patente, podrán considerarse lesivas del derecho que consagra el artículo 24.1 CE".»

(STC 3/2002, de 14 de enero. Recurso de amparo 815/98. Ponente: D.^a M.^a Emilia Casas Baamonde, «BOE» de 8 de febrero de 2002)

Derecho a la tutela judicial efectiva. Error patente con relevancia constitucional. Requisitos para entender vulnerado el derecho

«Ha de traerse a colación, pues, la doctrina elaborada por este Tribunal en torno al error patente con relevancia constitucional, recogida recientemente, entre otras resoluciones, en las SSTC 96/2000, de 10 de abril (FJ 5); 150/2000, de 12 de junio (FJ 2); 217/2000, de 18 de septiembre (FJ 3); 55/2001, de 26 de febrero (FJ 4); 134/2001, de 13 de junio (FJ 6); 172/2001, de 19 de julio (FJ 3), y 177/2001, de 17 de septiembre (FJ 4), a fin de comprobar si efectivamente la denunciada equivocación sufrida por el Tribunal *ad quem* puede calificarse como tal y ha supuesto la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

De acuerdo con la mencionada doctrina constitucional, aunque en alguna ocasión este Tribunal se ha referido a las particularidades de la figura del error patente que recae sobre la argumentación jurídica (STC 214/1999, de 29 de noviembre), esta institución viene relacionada primordialmente con aspectos de carácter fáctico. Así se ha aludido a ella como "indebida apreciación de datos de la realidad condicionantes de la resolución adoptada" (STC 68/1998, de 30 de marzo) o, de modo similar, se ha relacionado "con la determinación de los hechos objeto de juicio o con la determinación y relación del material de hecho sobre el que se asienta la decisión" (STC 112/1998, de 1 de junio), aplicándose también a un "dato fáctico indebidamente declarado como cierto" (STC 110/1999, de 31 de mayo).

Para que el error llegue a determinar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva es preciso que concurren varios requisitos. En primer lugar, se requiere que el error sea determinante de la decisión adoptada, esto es, que constituya el soporte único o básico de la resolución (*ratio decidendi*), de modo que, constatada su existencia, la fundamentación jurídica pierda el sentido y alcance que la justificaba, y no pueda conocerse cuál hubiese sido el sentido de la resolución, de no haberse incurrido en el mismo. Es necesario, en segundo término, que la equivocación sea atribuible al órgano judicial; es decir, que no sea imputable a la negligencia de la parte, pues en caso contrario no existirá en sentido estricto una vulneración del derecho fundamental, tal y como presupone el artículo 44.1 b) LOTC. En tercer lugar, el error ha de ser, como ya se ha advertido, patente o, lo que es lo mismo, inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia. Y, por último, la equivocación ha de producir efectos negativos en la esfera del ciudadano, de modo que las meras inexactitudes que no produzcan efectos para las partes carecen, pues, de relevancia constitucional (por todas, SSTC 96/2000, de 10 de abril, FJ 4; 55/2001, de 26 de febrero, FJ 4, y 177/2001, de 17 de septiembre, FJ 4).»

(STC 36/2002, de 11 de febrero. Recurso de amparo 2319/00. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas, «BOE» de 14 de marzo de 2002. En el mismo sentido, STC 43/2002, de 25 de febrero. Recurso de amparo 4304/97. Ponente: D. Javier Delgado Barrio, «BOE» de 3 de abril de 2002)

Derecho a la tutela judicial efectiva. Incongruencia

«Como señalamos en STC 189/2001, de 24 de septiembre, FJ 1; constituye reiterada doctrina de este Tribunal que "la congruencia exigible, desde la perspectiva del respeto al derecho fundamental que consagra el artículo 24.1 CE, comprende la obtención de una respuesta razonada a las pretensiones de las partes, pero no un razonamiento autónomo y pormenorizado a todos y cada uno de los fundamentos jurídicos en que aquéllas se sustenten. Y también se ha mantenido constantemente por este Tribunal que las exigencias derivadas de aquel precepto constitucional han de entenderse cumplidas en la denominada motivación implícita y no sólo y necesariamente en la expresa o manifiesta".»

(STC 70/2002, de 3 de abril. Recurso de amparo 3787/01. Ponente: D. Fernando Garrido Falla, «BOE» de 25 de abril de 2002)

«No está de más volver aquí sobre la consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto a la incongruencia, sintetizada y resumida en el FJ 2 de la STC 15/1999, de 22 de febrero, fundamento repetido en el FJ 3 de la STC 124/2000, de 16 de mayo.

En ambos lugares se nos recuerda que este Tribunal ha declarado reiteradamente que el vicio de incongruencia, entendido como desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o menos o cosa distinta de lo pedido, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción, lesiva del derecho a la tutela judicial, siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en que discurrió la controversia procesal (SSTC 177/1985, de 18 de diciembre; 191/1987, de 1 de diciembre; 88/1992, de 8 de junio; 369/1993, de 13 de diciembre; 172/1994, de 7 de junio; 311/1994, de 21 de noviembre; 11/1997, de 27 de enero, y 220/1997, de 4 de diciembre). El juicio sobre la congruencia de la resolución judicial presupone la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por referencia a sus elementos subjetivos –partes– y objetivos –causa de pedir y *petitum*–. Ciñéndonos a estos últimos la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener como a los hechos que sustentan la pretensión y al fundamento jurídico que la nutre, sin que las resoluciones judiciales puedan modificar la *causa petendi* alterando de oficio la acción ejercitada, pues, se habrían dictado sin oportunidad de debate ni de defensa sobre las nuevas posiciones en que el órgano judicial sitúa el *thema decidendi*.

Hemos distinguido dos tipos de incongruencia: De una parte, la llamada incongruencia omisiva o *ex silentio*, que se producirá cuando el órgano judicial deje sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración 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 y sin que sea necesaria, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento a su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales (SSTC 91/1995, de 19 de junio; 56/1996, de 15 de abril; 58/1996, de 15 de abril; 85/1996, de 21 de mayo, y 26/1997, de 11 de febrero). Y, de otra parte, la denominada incongruencia *extra petitum*, que se da cuando el pronunciamiento judicial recaiga sobre un tema no incluido en las pretensiones deducidas en el proceso, de tal modo, que se haya impedido a las partes la posibilidad de efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses relacionados con lo decidido, provocando su indefensión al defraudar el principio de contradicción (SSTC 154/1991, de 10 de julio; 172/1994, de 7 de junio; 116/1995, de 17 de julio; 60/1996, de 15 de abril, y 98/1996, de 10 de junio, entre otras).

En algunas ocasiones ambos tipos de incongruencia pueden presentarse unidos, concurriendo la que, en ocasiones, se ha llamado incongruencia por error, denominación adoptada en la STC 28/1987, de 13 de febrero, y seguida por las SSTC 369/1993, de 13 de diciembre; 111/1997, de 3 de junio, y 136/1998, de 29 de junio, que define un supuesto en el que, por el error de cualquier género sufrido por el órgano judicial, no se resuelve sobre la pretensión formulada en la demanda o sobre el motivo del recurso, sino que erróneamente se razona sobre otra pretensión absolutamente ajena al debate procesal planteado, dejando al mismo tiempo aquélla sin respuesta.»

(STC 135/2002, de 3 de junio. Recurso de amparo 746/99. Ponente: D. Tomás S. Vives Antón, «BOE» de 26 de junio de 2002)

«Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el vicio de incongruencia, entendido como desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, concediendo más o cosa distinta de lo pedido, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción, lesiva del derecho a la tutela judicial, siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en que discurrió la controversia procesal (SSTC 177/1985, de 18 de diciembre; 191/1987, de 1 de diciembre; 88/1992, de 8 de junio; 369/1993, de 13 de diciembre; 172/1994, de 7 de junio; 311/1994, de 21 de noviembre, 11/1997, de 27 de enero, y 220/1997, de 4 de diciembre).

Por lo que se refiere a la llamada incongruencia omisiva o *ex silentio*, que se producirá cuando el órgano judicial deje sin respuesta alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita de aquéllas, hemos establecido que no es necesaria para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento de la pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales (SSTC 91/1995, de 19 de junio; 56/1996, de 15 de abril; 58/1996, de 15 de abril; 85/1996, de 21 de mayo; 26/1997, de 11 de febrero; 118/2000, de 5 de mayo, y 135/2002, de 3 de junio), así como también hemos entendido que para comprobar si existe incongruencia omisiva debe constatar, en primer lugar, que la cuestión cuyo conocimiento y decisión, se dice quedó imprejuizada, fue efectivamente planteada ante el órgano judicial en el momento procesal oportuno. Como dijimos en la STC 215/1999, de 29 de noviembre, FJ 3, citada a su vez por la STC 5/2001, de 15 de enero, FJ 4; “el juicio sobre la congruencia de la resolución judicial exige confrontar ‘la parte dispositiva de la Sentencia y el objeto del proceso, delimitado por referencia a sus elementos subjetivos –partes– y objetivos –causa de pedir y *petitum*–’; de manera que en relación a estos últimos elementos ‘la adecuación debe extenderse tanto al resultado que el litigante pretende obtener, como a los hechos y fundamentos jurídicos que sustentan la pretensión’ (por todas, SSTC 136/1998, FJ 2; 29/1999, FJ 2)”. Pues bien, con arreglo a esta doctrina, deben tomarse en consideración las concretas circunstancias del caso, pues, como reiteradamente hemos sostenido, las hipótesis de incongruencia omisiva vulneradora del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no pueden resolverse genéricamente sino que “es preciso ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar si el silencio de la resolución judicial representa una auténtica lesión del artículo 24.1 CE o, por el contrario, pueden interpretarse razonablemente como una desestimación tácita que satisface las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva” (STC 5/2001, FJ 4, y las por ella citadas).

También es pertinente recordar, a estos efectos, que la congruencia es una categoría legal y doctrinal cuyos contornos no corresponde determinar a este Tribunal; nuestra función se limita a garantizar que la tutela que prestan los Juzgados y Tribunales cumple el mínimo establecido por el artículo 24 CE (SSTC 15/1987, de 11 de febrero, FJ 3; 311/1994, de 21 de noviembre, FJ 2, y 144/1996, de 16 de septiembre, FJ 4). Por lo tanto, la incongruencia es un quebrantamiento de forma del proceso que sólo determina vulneración del artículo 24.1 CE si provoca la indefensión de alguno de los justiciables o deja sin resolver el fondo del litigio (STC 191/1995, de 18 de diciembre, FJ 3). La llamada incongruencia omisiva sólo tiene, pues, relevancia constitucional cuando, por dejar imprejuizada la pretensión oportunamente planteada, el órgano judicial no tutela los derechos e intereses legítimos sometidos a su jurisdic-

ción, provocando una denegación de justicia (SSTC 53/1991, de 11 de marzo, FJ 2; 57/1997, de 18 de marzo, FJ 5, y 118/2000, de 5 de mayo, FJ 2).»

(STC 169/2002, de 30 de septiembre. Recurso de amparo 3717/98. Ponente: D. Pablo García Manzano, «BOE» de 24 de octubre de 2002)

«De conformidad con la reiterada doctrina de este Tribunal, la incongruencia omisiva se produce cuando el órgano judicial deja sin respuesta a alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, de modo que el fallo contiene menos que lo pedido en las pretensiones de 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 para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva no es necesaria una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento a su pretensión, pudiendo ser suficiente, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita una respuesta individualizada y expresa respecto de alegaciones concretas no sustanciales (por todas STC 124/2000, de 16 de mayo, FJ 3, y jurisprudencia en ella citada).

En efecto, en la medida en que no toda ausencia de respuesta a las cuestiones planteadas ocasiona la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, el examen de la concurrencia de incongruencia omisiva lesiva de este derecho requiere distinguir entre las alegaciones de las partes en defensa de sus derechos o intereses y las pretensiones en sí mismas consideradas, pues si con respecto a las primeras puede no ser necesaria una respuesta explícita y pormenorizada a todas ellas –y, además, la eventual lesión del derecho fundamental deberá enfocarse desde el prisma del derecho a la motivación de toda resolución judicial–, respecto de las segundas, la exigencia de respuesta congruente se muestra con todo rigor, sin más posible excepción que la existencia de una desestimación tácita de la pretensión sobre la que se denuncia la omisión de respuesta explícita (por todas STC 141/2002, de 17 de junio, FJ 3, y jurisprudencia allí citada).

Ahora bien, este Tribunal tiene declarado que para que sea posible apreciar la existencia de una respuesta tácita a las pretensiones sobre las que se denuncia la omisión de pronunciamiento es preciso que la motivación de la respuesta pueda deducirse del conjunto de los razonamientos de la decisión (por todas, SSTC 91/1995, de 19 de junio, FJ 4, y 1/2001, de 15 de enero, FJ 4).

Finalmente, ha de comprobarse también que la pretensión omitida sea efectivamente llevada al juicio en momento procesal oportuno para ello (SSTC 91/1995, de 19 de junio, FJ 4; 212/1999, de 29 de noviembre, FJ 2, y 23/2000, de 31 de enero, FJ 2), así como que la ausencia de respuesta cause un efectivo perjuicio de los derechos de defensa de quien se queja en amparo (SSTC 56/1996, de 12 de abril, FJ 4; 1/1999, de 25 de enero, FJ 2, y 34/2000, de 14 de febrero, FJ 2, entre otras muchas), todo ello, sin olvidar que es preciso ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso (por todas, SSTC 253/2000, de 30 de octubre, FJ 2, y 27/2002, de 11 de febrero, FJ 3).

En definitiva, para que pueda apreciarse que concurre el vicio de incongruencia omisiva en una resolución judicial se requieren, según nuestra doctrina reiteradamente expuesta, los siguientes requisitos: a) la falta de respuesta del órgano judicial ha de referirse a las pretensiones de las partes, dejando sin contestar la cuestión planteada a la consideración del órgano judicial; b) no debe tratarse de un supuesto de desestimación tácita; c) la cuestión ha debido ser planteada en el momento procesal

oportuno; d) la incongruencia debe haber causado un perjuicio concreto, una indefensión real y efectiva, una verdadera denegación de justicia, y, finalmente; e) es preciso ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso.»

(STC 186/2002, de 14 de octubre. Recurso de amparo 3221/2000. Ponente: D.^a M.^a Emilia Casas Baamonde, «BOE» de 12 de noviembre de 2002)

Derecho a la tutela judicial efectiva. Motivación

«El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva exige siempre, desde luego, y sin perjuicio de los específicos requerimientos que imponen cada una de sus distintas facetas o vertientes, que las resoluciones judiciales sean motivadas y fundadas en Derecho, sin incurrir en irrazonabilidad, arbitrariedad o error patente. En particular, el deber de motivación supone (por todas, STC 214/2000, de 18 de septiembre, FJ 4) que las resoluciones judiciales han de venir apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, cuál ha sido *su ratio decidendi*. No obstante, como recuerda la STC 116/1998, de 2 de junio (FJ 4), existen diversos supuestos en que es exigible un específico y reforzado deber de motivación de las resoluciones judiciales, entre los que cabe citar, en lo que ahora interesa, aquellos en que se ven afectados otros derechos fundamentales o libertades públicas o en que se incide de alguna manera sobre la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico. Asimismo, este Tribunal ha tenido ocasión de declarar que la técnica de la motivación por remisión no resulta contraria a las exigencias constitucionales, aun cuando las resoluciones judiciales se refieran a derechos fundamentales o libertades públicas e, incluso, en el caso de que adopten medidas restrictivas de los mismos [por todas, STC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3.c)]. También hemos puesto de manifiesto (por todas, STC 214/2000, citada, FJ 4) que la suficiencia de la motivación no puede ser apreciada apriorísticamente, con criterios generales, requiriendo por el contrario examinar el caso concreto para comprobar si, a la vista de las circunstancias concurrentes, se ha cumplido o no este requisito; e incluso en los supuestos en que se precisa una específica motivación, la determinación del concreto alcance del reforzamiento de la misma obligará asimismo a estar a las circunstancias presentes en cada caso. Por fin, debemos recordar que este Tribunal ha admitido la posibilidad de que los defectos de motivación padecidos por una resolución judicial puedan ser subsanados y reparados por la resolución que resuelve la impugnación formulada frente a aquélla (STC 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 7, o ATC 321/1992, de 26 de octubre, FJ 5).»

(STC 5/2002, de 14 de enero. Recurso de amparo 5341/98. Ponente: D. Pablo García Manzano, «BOE» de 8 de febrero de 2002)

«La obligación de motivar las Sentencias no es sólo una obligación impuesta a los órganos judiciales por el artículo 120.3 CE, sino también, y principalmente, un derecho de los intervinientes en el proceso que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado por el artículo 24.1 CE, que únicamente se satisface si la resolución judicial, de modo explícito o implícito, contiene los elementos de juicio suficientes para que el destinatario y, eventualmente, los órganos encargados de revisar sus decisiones puedan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. Es, por lo tanto –y sobre todo– una garantía esencial

para el 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. En conclusión, una Sentencia que no dé respuesta a las cuestiones planteadas en el proceso, o de cuyo contenido no puedan extraerse cuáles son las razones próximas o remotas que justifican aquélla, es una decisión judicial que no sólo viola la Ley, sino que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (por todas, SSTC 13/1987, de 5 de febrero, FJ 3; 56/1987, de 14 de mayo, FJ 3; 14/1991, de 28 de enero, FJ 2; 122/1991, de 3 de junio, FJ 2; 165/1993, de 18 de mayo, FJ 4; 122/1994, de 25 de abril, FJ 5; 5/1995, de 10 de enero, FJ 3; 115/1996, de 25 de junio, FJ 2; 79/1996, de 20 de mayo, FJ 3; 50/1997, de 18 de marzo, FJ 4, y 139/2000, de 29 de mayo, FJ 4).»

(STC 6/2002, de 14 de enero. Recurso de amparo 2974/99. Ponente: D. Fernando Garrido Falla, «BOE» de 8 de febrero de 2002)

«En relación con las Sentencias penales, dijimos en la STC 174/1992, de 2 de noviembre, FJ 2; que "el requisito de la motivación impone al juzgador la realización de un doble juicio: de una parte, la existencia de una motivación fáctica o antecedentes de hecho, inferida a partir de la prueba practicada, en la que deberán consignarse, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 248.3 LOPJ y 142.2 LECrM, los hechos enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse en fallo, haciendo declaración expresa y terminante de los que se estimen probados. De otra parte, una valoración jurídica suficientemente razonada acerca de los hechos declarados probados. ... Ahora bien, la exigencia de que las Sentencias penales contengan una expresa declaración de hechos probados no impide que el Juez o Tribunal pueda realizar en los fundamentos de Derecho las deducciones e inferencias necesarias respecto de los hechos para subsumirlos en unas concretas normas jurídico-penales, pues ello es propio de la función de juzgar y únicamente podría llevarse a cabo el control de su constitucionalidad cuando las deducciones o inferencias sean injustificadas por su irracionalidad o cuando introdujeran nuevos hechos relevantes para la calificación jurídica y éstos no hayan sido consignados entre los declarados probados".»

(STC 68/2002, de 21 de marzo. Recurso de amparo 3147/00. Ponente: D.^a Elisa Pérez Vera, «BOE» de 16 de abril de 2002)

«La exigencia de motivación de las Sentencias está directamente relacionada con los principios de un Estado de Derecho (art. 1.1 CE) y con el carácter vinculante que para Jueces y Magistrados tiene la Ley, a cuyo imperio están sometidos en el ejercicio de su potestad jurisdiccional (art. 117 CE, párrafos 1 y 3; SSTC 24/1990, de 15 de febrero, FJ 4, y 35/2002, de 11 de febrero, FJ 3). Por ello, hemos dicho que la existencia de una motivación adecuada y suficiente, en función de las cuestiones que se susciten en cada caso concreto, constituye una garantía esencial para el justiciable, ya que la exteriorización de los rasgos más esenciales del razonamiento que han llevado a los órganos judiciales a adoptar su decisión –haciendo explícito que ésta corresponde a una determinada interpretación y aplicación de la ley–, permite apreciar su racionalidad, además de facilitar el control de la actividad jurisdiccional por los Tribunales superiores, y, consecuentemente, mejorar las posibilidades de defensa por parte de los ciudadanos de sus derechos mediante el empleo de los recursos que en cada supuesto litigioso procedan (STC 209/1993, de 28 de junio, FJ 1). De ahí, que

este deber sea más riguroso cuando el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra conectado con otro derecho fundamental (SSTC 62/1996, de 16 de abril, FJ 2; 34/1997, de 25 de febrero, FJ 2; 175/1997, de 27 de octubre, FJ 4; 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4; 116/1998, de 2 de junio, FJ 4, y 2/1999, de 25 de enero, FJ 2, entre otras).

Esta exigencia constitucional no significa, como también hemos dicho, que las resoluciones judiciales deban contener un razonamiento exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que tengan las partes de la cuestión que se decide, sino que es suficiente, desde el prisma del precepto constitucional citado, que las resoluciones judiciales vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión o, lo que es lo mismo, su *ratio decidendi* (por todas, SSTC 196/1988, de 24 de octubre, FJ 2; 215/1998, de 11 de noviembre, FJ 3, y 68/2002, de 21 de marzo, FJ 4).»

(STC 128/2002, de 3 de junio. Recurso de amparo 309/98. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo, «BOE» de 26 de junio de 2002)

Derecho a la tutela judicial efectiva. Motivación. Irrazonabilidad de las resoluciones judiciales

«Resulta pertinente recordar, respecto del vicio de irrazonabilidad, que, como hemos afirmado recientemente, "la validez de un razonamiento desde el plano puramente lógico es independiente de la verdad o falsedad de sus premisas y de su conclusión, pues, en lógica, la noción fundamental es la coherencia y no la verdad de hecho, al no ocuparse esta rama del pensamiento de verdades materiales, sino de las relaciones formales existentes entre ellas. Ahora bien, dado que es imposible construir el Derecho como un sistema lógico puro, este Tribunal ha unido a la exigencia de coherencia formal del razonamiento la exigencia de que el mismo, desde la perspectiva jurídica, no pueda ser tachado de irrazonable. A tal efecto, es preciso señalar, como lo ha hecho este Tribunal, que no pueden considerarse razonadas ni motivadas aquellas resoluciones judiciales que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas (STC 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4)" (STC 164/2002, de 17 de septiembre, FJ 4).

De otra parte, hemos de reiterar que si bien el derecho a la tutela judicial efectiva no garantiza el acierto de los Tribunales en cuanto a la solución del caso concreto, sin embargo, "los errores patentes o inexactitudes cometidos por los órganos judiciales no deben producir efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano (SSTC 172/1985, de 16 de diciembre; 190/1990, de 26 de noviembre, y 101/1992, de 25 de junio), a menos que aquellos hubieran sido imputables a la negligencia de la parte, pues, de ser así, se estaría causando una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 190/1990, de 26 de noviembre, y 107/1987, de 25 de junio). Por ello, este tipo de situaciones, al no existir otro remedio jurisdiccional, han de ser corregidas por este Tribunal a través de la vía de amparo, puesto que dentro de este recurso tiene cabida la corrección de 'cualquier interpretación arbitraria o totalmente infundada o que resulte de un error patente con relevancia constitucional' (STC 55/1993,

de 15 de febrero, FJ 2)" (STC 150/2001, de 2 de julio, FJ 4, y 229/2001, de 26 de noviembre, FJ 4).

En atención a todo ello, hemos declarado que la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE) puede garantizarse a través del derecho a la tutela judicial efectiva contenido en el artículo 24.1 CE (SSTC 91/1990, de 23 de mayo, FJ 2; 81/1995, de 5 de junio, FJ 4; 150/2001, de 2 de julio, FJ 4; 162/2001, de 5 de julio, FJ 4; 229/2001, de 26 de noviembre, FJ 4), cuando el resultado finalmente producido en el proceso, "sean cuales fueran las razones... que lo puedan justificar, ... no puede considerarse conforme con el derecho a obtener la tutela judicial efectiva" (STC 150/2001, de 2 de julio, FJ 4). De modo que el derecho a la tutela judicial efectiva puede quedar afectado también en atención al resultado producido a pesar de que las resoluciones impugnadas estén formalmente razonadas.»

(STC 186/2002, de 14 de octubre. Recurso de amparo 3221/2000. Ponente: D.ª M.ª Emilia Casas Baamonde, «BOE» de 12 de noviembre de 2002)

Derecho a la tutela judicial efectiva. Prejudicialidad

«Respecto de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con el instituto de la prejudicialidad, hemos sostenido (SSTC 171/1994, de 7 de junio, FJ 4; 30/1996, de 27 de febrero, FJ 5; 50/1996, de 26 de marzo, FJ 3; 59/1996, de 4 de abril, FJ 2; 102/1996, de 11 de junio, FJ 3; 89/1997, de 5 de mayo, FJ 3; 190/1999, de 25 de octubre, FJ 4, y 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 6) que no existiendo norma legal alguna que establezca la necesidad de deferir a un concreto orden jurisdiccional el conocimiento de una cuestión prejudicial, corresponde a cada uno de ellos, en el ejercicio independiente de la potestad que les confiere el artículo 117.3 CE, decidir si se han cumplido o no los presupuestos de las pretensiones que ante ellos se ejercitan y que, como regla general, carece de relevancia constitucional que puedan producirse resultados contradictorios entre resoluciones de órganos judiciales de distintos órdenes, cuando esta contradicción tiene como soporte el haber abordado, bajo ópticas distintas, unos mismos hechos sometidos al conocimiento judicial, pues, en estos casos, los resultados contradictorios son consecuencia de los criterios informadores del reparto de competencias llevado a cabo por el legislador entre los diversos órdenes jurisdiccionales.»

(STC 170/2002, de 30 de septiembre. Recurso de amparo 4677/98. Ponente: D.ª Elisa Pérez Vera, «BOE» de 24 de octubre de 2002)

Derecho a la tutela judicial efectiva. Régimen de emplazamientos, notificaciones y citaciones procesales

«Este Tribunal ha venido reiterando que es una garantía contenida en el artículo 24.1 CE 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, FJ 4). El correcto emplazamiento de las partes para la celebración de una vista oral en un juicio de faltas exige un especial cuidado en el órgano judicial, 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. El legal y correcto emplazamiento al denunciado, además, se ve especialmente exigido por la posibilidad de que, conforme al artículo 971 LECrM, se produzca la celebración y resolución del juicio de faltas en su ausencia cuando conste habersele citado con las formalidades prescritas en la ley (STC 123/1991, de 3 de junio, FJ 4).

Por otra parte, también ha sido reiterado por este Tribunal que la validez constitucional de un emplazamiento, cuando de ello depende la personación de la parte en el proceso, no se colma con el mero envío de la notificación, si no se tiene constancia fehaciente en las actuaciones de que la citación ha llegado efectivamente a su destinatario en la fecha requerida, ya que, de lo contrario, la exigencia de citación se convertiría en un mero formalismo, ignorándose su verdadera esencia de medio de comunicación que posibilita el ejercicio del derecho a la defensa (por todas, STC 155/1994, de 23 de mayo, FJ 2).

De ese modo, un emplazamiento erróneo o no practicado en legal forma, que impida al denunciado conocer la convocatoria de la vista oral, le imposibilita hacer efectivo el ejercicio de derechos fundamentales en el proceso y conduce a una condena en su ausencia, no imputable a su voluntad o actuar negligente, constituye, sin duda alguna, una vulneración de la tutela judicial efectiva, que causa indefensión.»

(STC 134/2002, de 3 de junio. Recurso de amparo 4229/98. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo, «BOE» de 26 de junio de 2002)

Indefensión

«De acuerdo con la doctrina constitucional (STC 52/1999, de 12 de abril, FJ 5), por indefensión constitucionalmente relevante sólo puede entenderse la situación en la que, normalmente con infracción de una norma procesal, el órgano judicial en el curso del proceso impide a una parte el ejercicio del derecho de defensa, privando o limitando, bien su facultad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos, bien de replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del indispensable principio de contradicción, siempre que la actuación judicial produzca un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa (SSTC 48/1984, de 4 de abril; 155/1988, de 22 de julio; 145/1990, de 1 de octubre; 188/1993, de 14 de junio; 185/1994, de 20 de junio; 1/1996, de 15 de enero; 89/1997, de 5 de mayo, y 186/1998, de 28 de septiembre); en efecto, sobre la indefensión que el artículo 24.1 CE proscribire, se ha dicho reiteradamente por este Tribunal que sólo cabe otorgar relevancia constitucional a aquélla que resulta efectiva, de tal forma, que no toda infracción o irregularidad procesal cometida por los órganos judiciales provoca, en todos los casos, la eliminación o disminución material de los derechos que corresponden a las partes en el proceso (SSTC 35/1989, de 14 de febrero; 52/1989, de 22 de febrero, y 91/2000, de 30 de marzo).»

(STC 2/2002, de 14 de enero. Recurso de amparo 4122/97. Ponente: D.^a Elisa Pérez Vera, «BOE» de 8 de febrero de 2002. En el mismo sentido, STC 68/2002, de 21 de marzo. Recurso de amparo 3147/00. Ponente: D.^a Elisa Pérez Vera, «BOE» de 16 de abril de 2002)

Principio acusatorio

«Entre las garantías que incluye el principio acusatorio se encuentra la de que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le ha acusado y la de que, por lo tanto, haya podido defenderse. Ahora bien, por "cosa" en este contexto no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un "factum", sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae "no sólo sobre los hechos sino también sobre su calificación jurídica", tal como hemos sostenido en las SSTC 12/1981, de 10 de abril; 95/1995, de 19 de junio, y 225/1997, de 15 de diciembre. En la última Sentencia citada recordábamos cómo ya la STC 53/1987, de 7 de mayo, ponía de manifiesto la estrecha relación existente entre el principio acusatorio y el derecho de defensa al señalar que: "El principio acusatorio admite y presupone el derecho de defensa del imputado y, consecuentemente, la posibilidad de contestación o rechazo de la acusación. Provoca en el proceso penal la aplicación de la contradicción, o sea, el enfrentamiento dialéctico entre las partes, y hace posible el conocer los argumentos de la otra parte, el manifestar ante el Juez los propios, el indicar los elementos fácticos y jurídicos que constituyen su base, y el ejercitar una actividad plena en el proceso" (STC 53/1987, FJ 2). Así pues, "nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez, significa en última instancia que ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia" (SSTC 11/1992, de 27 de enero, FJ 3; 95/1995, de 19 de junio, FJ 2, y 36/1996, de 11 de marzo, FJ 4). "De lo que se desprende que el debate procesal en el proceso penal vincula al juzgador, impidiéndole excederse de los términos en que viene formulada la acusación o 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 (STC 205/1989, FJ 2; reiterado en la STC 161/1994)" (STC 95/1995, FJ 2).

En la STC 225/1997, de 15 de diciembre, añadíamos a las consideraciones anteriores que:

"Sin embargo, so pena de frustrar la solución más adecuada al conflicto que se ventila en el proceso, la sujeción de la condena a la acusación no puede ir tan lejos como para impedir que el órgano judicial modifique la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio. No existe infracción constitucional si el Juez valora los hechos y los calibra de modo distinto a como venían siéndolo (STC 204/1986, recogiendo doctrina anterior), siempre, claro, que no se introduzca un elemento o dato nuevo al que la parte o partes, por su lógico desconocimiento, no hubieran podido referirse para contradecirlo en su caso (STC 10/1988, FJ 2). En este sentido, el órgano judicial, si así lo considera, no está vinculado por la tipificación o la imputación que en la acusación se verifique (STC 11/1992, FJ 3)".

"A esto es a lo que se refieren los conceptos de identidad fáctica y de homogeneidad en la calificación jurídica: A la existencia de una analogía tal entre los elementos esenciales de los tipos delictivos que la acusación por un determinado delito posibilita también per se la defensa en relación con los homogéneos respecto a él. En palabras del ATC 244/1995, son delitos o faltas generalmente homogéneos los que constituyan modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal, de tal

suerte que, estando contenidos todos los elementos del segundo tipo en el tipo delictivo objeto de la acusación, no haya en la condena ningún elemento nuevo del que el acusado no haya podido defenderse (FJ 2). Debe así advertirse, en primer lugar, que aquellos elementos no comprenden sólo el bien o interés protegido por la norma, sino también, obviamente, las formas de comportamiento respecto de las que se protegen; en segundo lugar, que podría no bastar que un elemento esencial constitutivo del tipo por el que se condena esté genéricamente contenido en el tipo por el que se acusa cuando esta genericidad sea tal que no posibilite un debate pleno y frontal acerca de su concurrencia. En suma, el apartamiento del órgano judicial de las calificaciones propuestas por la acusación requiere el cumplimiento de dos condiciones: 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. La segunda condición es que ambos delitos, el sentado en la Sentencia recurrida y el considerado como el más correcto por el Tribunal ante el que se ha recurrido aquella decisión sean homogéneos, es decir, tengan la misma naturaleza porque el hecho que configure los tipos correspondientes sea sustancialmente el mismo (STC 12/1981, FJ 5)” [STC 95/1995, FJ 3.a)].»

Más adelante matizábamos que habían de realizarse dos precisiones de singular importancia sobre el alcance de la función de este Tribunal en la fiscalización de si se respetó o no el principio acusatorio. La primera matización hacía referencia a que:

«No forma parte de nuestra función jurisdiccional, sino que corresponde a la jurisdicción ordinaria, la interpretación de las normas penales, ni, con ello, la determinación de sus elementos esenciales. De ahí que tampoco nos compete establecer las relaciones de homogeneidad entre los tipos penales (ATC 36/1996, FJ 3), siquiera desde la perspectiva del derecho fundamental de defensa. El análisis pertinente de esta jurisdicción es un análisis externo relativo a la razonabilidad del juicio de homogeneidad realizado por los órganos judiciales, razonabilidad que toma como punto de partida la configuración de cada uno de los tipos que, en el plano de la legalidad ordinaria, ha llevado a cabo el órgano judicial y tiene como perspectiva el derecho fundamental mencionado y, por ende, la de la inherencia del nuevo tipo –el tipo por el que se condena– al que formaba parte de la acusación, o la de una cercanía tal de ambos que la acusación por uno de ellos integre implícitamente la acusación por el otro.»

En la segunda de las precisiones nos referíamos:

«Al necesario carácter material de la lesión del derecho fundamental para la afirmación de su relieve constitucional. Para constatar la correspondiente infracción del artículo 24.2 CE no es lo finalmente decisivo la falta de homogeneidad formal entre objeto de la acusación y objeto de la condena, sino la efectiva constancia de que hubo elementos esenciales de la calificación final que de hecho no fueron ni pudieron ser plena y frontalmente debatidos (ATC 36/1996, FJ 3): “es imprescindible ponderar las circunstancias concretas que concurren en cada caso, comprobando cuidadosamente cuáles han sido los términos en que se desarrolló el debate procesal” (ATC 11/1992, FJ 3).»

En definitiva, concluíamos que:

«Desde la perspectiva constitucional del derecho de defensa lo que resulta relevante es que la condena no se produzca por hechos o perspectivas jurídicas que de facto no hayan sido o no hayan podido ser plenamente debatidas. La homogeneidad entre la acusación y la condena es, sobre todo, un instrumento útil, extraordinariamente útil, si se quiere, para enjuiciar la posibilidad real de debate.»

(STC 4/2002, de 14 de enero. Recurso de amparo 4597/98. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez, «BOE» de 8 de febrero de 2002)

«Hemos sostenido reiteradamente que "forman parte indudable de las garantías que derivan del principio acusatorio las que son contenido del derecho a ser informado de la acusación" (STC 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 3), derecho que encierra un "contenido normativo complejo" (por todas, SSTC 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 13; 182/2001, de 17 de septiembre, FJ 4), cuya primera perspectiva consiste en la exigencia constitucional de que el acusado tenga conocimiento previo de la acusación formulada contra él, en términos suficientemente determinados, para poder defenderse de ella de manera contradictoria (SSTC 12/1981, de 10 de abril, FJ 4; 95/1995, de 19 de junio, FJ 3a, y 302/2000, de 11 de diciembre, FJ 2), convirtiéndose en un instrumento indispensable para poder ejercitar el derecho de defensa, pues mal puede defenderse de algo quien no sabe qué hechos en concreto se le imputan (por todas, SSTC 11/1992, de 27 de enero, FJ 3; 36/1996, de 11 de marzo, FJ 4; 19/2000, de 31 de enero, FJ 4; 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 14, y 182/2001, de 17 de septiembre, FJ 4). Desde esta primera perspectiva hemos señalado que, a efectos de fijación de la acusación en el proceso, el instrumento procesal esencial es el escrito de conclusiones definitivas (por todas, SSTC 174/2001, de 26 de julio, FJ 5), que debe contener "los hechos relevantes y esenciales para efectuar una calificación jurídica e integrar un determinado delito", que es lo que ha de entenderse "por hecho punible a los efectos de la necesidad constitucional de conocer la acusación para poder ejercer el derecho de defensa" (STC 87/2001, de 2 de abril, FJ 6).

La segunda perspectiva del principio acusatorio, cuya vulneración también alega el recurrente, hace referencia a la necesaria correlación que ha de existir entre la acusación y el fallo, impuesta por el deber de congruencia. 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, y 4/2002, de 14 de enero, FJ 3). 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, y 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, y 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, y 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).»

(STC 170/2002, de 30 de septiembre. Recurso de amparo 4677/98. Ponente: D.ª Elisa Pérez Vera, «BOE» de 24 de octubre de 2002)

ARTÍCULO 24.2

Derecho a la defensa y a la asistencia de letrado. Derecho a la libertad de expresión en el ejercicio de la defensa letrada

«Resta por examinar, llegados a este punto, si las resoluciones impugnadas han vulnerado el derecho fundamental a la libertad de expresión en el ejercicio de la defensa letrada, pues las restantes quejas esgrimidas en la demanda de amparo se cifran, en último término, en una supuesta infracción del derecho fundamental a la libre expresión. En ella pueden subsumirse, en efecto, las referidas al derecho a la legalidad penal (art. 25.1 CE), a la tutela judicial efectiva en cuanto a la motivación de las resoluciones impugnadas (art. 24.1 CE) y a la defensa (art. 24.2 CE), pues lo que verdaderamente se denuncia es que la sanción impuesta a la Letrada demandante de amparo lo ha sido sin haber reparado en el hecho de que la actuación por la que ha sido corregida se explica y justifica en atención a las exigencias propias del ejercicio de la libertad de expresión en el marco de la defensa letrada de intereses y derechos de un tercero. Esta afirmación, por consiguiente, requiere una reflexión previa acerca de esta especial manifestación de la libertad de expresión en el ejercicio del derecho de defensa, siguiendo la doctrina de este Tribunal relativa a esta cuestión, la cual aparece sintetizada en la ya citada STC 157/1996 (FJ 5), recogida posteriormente en SSTC 113/2000, de 5 de mayo (FJ 6), 184/2001, de 17 de septiembre (FJ 4), y 226/2001, de 26 de noviembre (FJ 2). Como se recuerda en esta última Sentencia, tal doctrina parte de la premisa de que los bienes y derechos en juego en el procedimiento sancionador regulado en los artículos 448 y ss. LOPJ no pueden estimarse ajenos al ámbito propio del recurso de amparo, ya que lo establecido en tales preceptos sobre la corrección disciplinaria de los Abogados que intervengan en los pleitos no constituye sólo una regulación de la potestad disciplinaria atribuida a los Jueces o a las Salas sobre dichos profesionales, "que cooperan con la Administración de Justicia" –según el epígrafe del Libro V de la LOPJ–, sino también un reforzamiento de la función de defensa que les está encomendada. De ahí, que resulte preciso cohonestar dos exigencias potencialmente opuestas, pero complementarias: el respeto a la libertad del Abogado en la defensa del ciudadano, por una parte, y el respeto por parte del Abogado de las demás partes y sujetos procesales, que también participan en la fun-

ción de administrar justicia (SSTC 38/1998, de 9 de marzo, FJ 2; 205/1994, de 11 de julio, FJ 5), por otra. La primera exigencia aparece contemplada en el artículo 437.1 LOPJ, al disponer que "en su actuación ante los Jueces y Tribunales, los Abogados son libres e independientes, se sujetarán al principio de buena fe, gozarán de los derechos inherentes a la dignidad de su función y serán amparados por aquellos en su libertad de expresión y defensa". La segunda de las exigencias antes apuntadas requiere, en reciprocidad, el respeto por parte del Abogado de las demás personas que también participan en la función de administrar justicia, y que tiene como consecuencia el que, a tenor del artículo 449.1 LOPJ, los Abogados y Procuradores serán corregidos disciplinariamente por su actuación ante los Juzgados y Tribunales "cuando en su actuación forense faltasen oralmente, por escrito o por obra, al respeto debido a los Jueces y Tribunales, Fiscales, Abogados, Secretarios Judiciales o cualquier persona que intervenga o se relacione con el proceso" (STC 38/1988, de 9 de marzo, FJ 2).

En definitiva, este reforzamiento de la libertad de expresión del Abogado en el ejercicio de defensa de su patrocinado, es decir, la especial cualidad de la libertad ejercitada en tales casos, ha de valorarse en el marco en el que se ejerce y atendiendo a su funcionalidad para el logro de las finalidades que justifican su privilegiado régimen, sin que ampare el desconocimiento del respeto debido a las demás partes presentes en el procedimiento y a la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial, que el artículo 10.2 del Convenio europeo de derechos humanos erige en límite explícito a la libertad de expresión (SSTC 205/1994, de 11 de julio, FJ 5; 157/1996, de 15 de octubre, FJ 5; 226/2001, de 26 de noviembre, FJ 2; STEDH, de 22 de febrero de 1989, caso *Barford*).

[.../...]

Resulta, pues, una actuación procesalmente incorrecta el intento de la Letrada de escribir de su puño y letra en el lugar del acta reservado para las firmas su disconformidad con el contenido de la misma. Es el Secretario Judicial el único competente (salvo el supuesto de habilitación a Oficial previsto en el artículo 282 LOPJ) para escribir en el acta, en la que deja constancia de lo actuado, dando plena fe pública de ello con su firma en la propia acta y autorizando así la actuación judicial (arts. 279.1, 280.1 y 281 LOPJ y arts. 249 y 252 LEC 1881). El acta de la prueba de confesión será firmada por el Juez y el Secretario Judicial, así como por el confesante y los Letrados asistentes (art. 589 LEC), sin que sea admisible que éstos escriban en el acta otra cosa que no sea su firma.»

(STC 79/2002, de 8 de abril. Recurso de amparo 4839/99. Ponente: D. Fernando Garrido Falla, «BOE» de 25 de abril de 2002)

Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas

«Este Tribunal ha ido acuñando una consolidada jurisprudencia sobre el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE) que puede encontrarse, entre las recientes, en las SSTC 58/1999, de 12 de abril, FJ 6; 124/1999, de 28 de junio, FJ 2; 160/1999, de 14 de septiembre, FJ 3; 230/1999, de 13 de diciembre, FJ 2, y 103/2000, de 10 de abril, FJ 2. Para lo que aquí interesa cabe sintetizar nuestra doctrina diciendo que el artículo 24.2 CE consagra el derecho, no al estricto cumplimiento de los plazos procesales, sino a la tramitación de los asuntos ante los Tribunales de Justicia en un "plazo razonable" (según señala el art. 6.1 CEDH), y que son varios los criterios para determinar si este "plazo razonable" ha sido respetado o no: la complejidad del litigio; el margen ordinario de duración normal de procesos simi-

lares; y el comportamiento procesal tanto de los litigantes como del órgano jurisdiccional. Ello, naturalmente, siempre que quien solicita el amparo por tal motivo haya denunciado oportunamente la dilación ante el órgano jurisdiccional y, asimismo, se haya dado a éste un tiempo que razonablemente le permita remediar la dilación, al objeto de respetar el carácter subsidiario del recurso de amparo constitucional. El canon de constitucionalidad a que hemos hecho referencia rige sin excepción en fase de ejecución de sentencia, según viene declarando este Tribunal desde la STC 26/1983, de 13 de abril, FJ 3, y ha reiterado –entre otras– en las SSTC 313/1993, de 25 de octubre, FJ 4; 33/1997, de 24 de febrero, FJ 2; 78/1998, de 31 de marzo, FJ 3, y 32/1999, de 8 de marzo, FJ 2.»

(STC 7/2002, de 14 de enero. Recurso de amparo 4338/99. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez, «BOE» de 8 de febrero de 2002)

«La denunciada vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas carece de sentido cuando el procedimiento ya ha finalizado (SSTC 51/1985, de 10 de abril, FJ 4; 152/1987, de 7 de octubre, FJ 2; 137/1988, de 3 de octubre, FJ 3; 83/1989, de 10 de mayo, FJ 3; 224/1991, de 25 de noviembre, FJ 2; 205/1994, de 1 de julio, FJ 3; 146/2000, de 29 de mayo, FJ 3, y 237/2001, de 18 de diciembre, FJ 3). Así, en relación con demandas de amparo similares a la presente, este Tribunal ha declarado que no cabe denunciar ante él las dilaciones indebidas una vez que ha concluido el proceso penal en ambas instancias, pues la apreciación en esta sede de las pretendidas dilaciones no podría conducir a que este Tribunal adoptase medida alguna para hacerla cesar (STC 224/1991, de 25 de noviembre, FJ 2), pues "no siendo posible la *restitutio in integrum* del derecho fundamental, dado que el proceso ha fenecido, el restablecimiento solicitado por la recurrente en la integridad de su derecho con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación [artículo 55.1 c) LOTC] sólo podrá venir por la vía indemnizatoria" (STC 180/1996, de 12 de noviembre, FJ 8; doctrina que reitera la STC 237/2001, de 18 de diciembre, FJ 3). En consecuencia, las demandas de amparo por dilaciones indebidas, formuladas una vez que el proceso ya ha finalizado, carecen de viabilidad y han venido siendo rechazadas por este Tribunal por falta de objeto (STC 146/2000, de 29 de mayo, FJ 3; doctrina que reitera la STC 237/2001, de 18 de diciembre, FJ 3).»

(STC del Pleno 167/2002, de 18 de septiembre. Recurso de amparo 2060/98. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas, «BOE» de 9 de octubre de 2002)

Derecho a un proceso con todas las garantías. Contenido. Derecho a un juicio justo. Imparcialidad del Juez

«Hemos afirmado que el ejercicio por el Estado del *ius puniendi* ha de llevarse a cabo exclusivamente en un proceso con todas las garantías, y con rigurosa observancia de las normas que regulan dicho proceso (SSTC 16/1981, de 16 de junio, FFJJ 5 y 6) ya que el proceso penal, a través del que el Estado ejerce de forma más intensa su derecho a castigar, no sólo puede conducir a la imposición de la sanción más grave prevista en el Ordenamiento jurídico (la sanción criminal), sino también puede comprometer el derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE) del acusado y, en su caso, los derechos fundamentales de otros intervinientes en el juicio penal; aunque su posición y los términos en los que disfrutaban los derechos fundamentales que extienden

su hábito protector en el proceso penal no sea la misma (STC 70/1999, de 26 de abril, FJ 3).

En correspondencia con este significado y alcance del proceso penal, la Constitución ha establecido para este proceso, y a favor del imputado o acusado, un sistema complejo de garantías vinculadas entre sí en su artículo 24 (SSTC 205/1989, de 11 de diciembre, 161/1994, de 23 de mayo, y 277/1994, de 17 de octubre). De suerte que cada una de las fases del proceso penal –iniciación (STC 111/1995, de 4 de julio, FJ 3); imputación judicial (STC 135/1989, de 19 de julio, FJ 6); adopción de medidas cautelares (STC 108/1994, de 11 de abril, FJ 3); Sentencia condenatoria (SSTC 31/1981, de 28 de julio; 229/1991, de 28 de noviembre, y 259/1994, de 3 de octubre); derecho al recurso y a la doble instancia (STC 190/1994, de 20 de junio, FJ 2)– está sometida a exigencias constitucionales específicas, destinadas a garantizar, en cada estadio del desarrollo de la pretensión punitiva e incluso antes de que el mismo proceso penal comience (STC 109/1986, de 24 de septiembre, FJ 1), la presunción de inocencia y otros derechos fundamentales de la persona contra la que se dirige tal pretensión (por todas STC 19/2000, de 31 de enero, FJ 3) y, muy en particular, el derecho a un juicio justo, por emplear la expresión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El conjunto de derechos establecido en el artículo 24 CE, dirigidos a garantizar una tutela judicial efectiva de los intereses legítimos y derechos de las personas, no se agota con el mero respeto de las garantías allí enumeradas establecidas de forma evidente a favor del procesado. El artículo 24 CE incorpora, también, el interés público en un juicio justo, cuya relevancia constitucional no es posible desconocer, garantizado en el artículo 6 del Convenio europeo de derechos humanos (en adelante, CEDH), instrumento hermenéutico insoslayable para la interpretación de los derechos fundamentales de nuestra Constitución (art. 10.2 CE), donde quedan intactas las garantías que asisten a todos sus partícipes y, especialmente, de quien se ve sometido al ejercicio del *ius puniendi* del Estado (SSTC 116/1997, de 23 de junio, FJ 5, reiterado en la STC 138/1999, de 22 de julio, FJ 5).

La función del derecho fundamental a un proceso judicial con todas las garantías (artículo 24.2 CE) en el ámbito de los procesos penales es, precisamente, asegurar ese interés público en que la condena penal, entroncada también con otro interés constitucional como es el de la persecución del delito (por todas STC 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 2, y las allí citadas), resulte de un juicio justo; interés constitucional en un juicio justo asentado en los principios del Estado de Derecho y en los valores constitucionales de libertad y justicia (art. 1.1 CE).

Por esta razón hemos dicho que la primera y más importante garantía debida del proceso penal, a los efectos de que éste pueda tenerse por un juicio justo, es indudablemente aquella que impone al Juez (hasta el punto de constituir parte de su estatuto constitucional, art. 117.1 CE), y en lo que ahora interesa, al Juez penal, la inquebrantable obligación de someterse de forma exclusiva y sin desfallecimiento o excepciones al ordenamiento jurídico. Especialmente, a las normas procesales que establecen la forma en la que debe ejercer su función jurisdiccional en los procesos penales. Pues su estricta sujeción a la Ley, en este caso, a la Ley procesal, garantiza la objetividad e imparcialidad del resultado de su enjuiciamiento del asunto que se someta a su examen.

La estricta sujeción del Juez a la ley penal sustantiva y procesal que rige sus actos y decisiones constituye la primera y más importante garantía del juicio justo en la medida en que dicha sujeción asegura a las partes en el proceso que el Juez penal es un tercero ajeno a los intereses en litigio y, por tanto, a sus titulares y a las funciones que desempeñen en el proceso. Alejamiento que le permite decidir justamente la

controversia, situándose por encima de las partes acusadoras e imputadas. Por esta razón le está vedado constitucionalmente asumir en el proceso funciones de parte (STC 18/1989, de 30 de enero, FJ 1, con cita de la STC 53/1987, de 7 de mayo, FFJJ 1 y 2), o realizar actos en relación con el proceso y sus partes que puedan poner de manifiesto que ha adoptado una previa posición a favor o en contra de una de ellas, lo que es aún más relevante cuando se trata del imputado en el proceso penal (por todas STC 162/1999, de 27 de septiembre, FJ 5).

De ahí que la imparcialidad objetiva del Juez penal resulta sin duda una garantía esencial y debida del proceso penal justo. El Juez debe garantizar que el órgano judicial ha actuado de forma que se excluya toda duda legítima sobre su neutralidad. Hemos tenido ocasión de afirmar que en esta materia "las apariencias son muy importantes porque lo que está en juego es la confianza que, en una sociedad democrática, los Tribunales deben inspirar al acusado y al resto de los ciudadanos" (STC 162/1999, FJ 5). También hemos sostenido que aquél puede traspasar el límite que le impone el principio acusatorio cuando, perdiendo su apariencia de juez objetivamente imparcial, ha llevado a cabo una actividad inquisitiva encubierta al desequilibrar la inicial igualdad procesal de las partes en litigio, al respaldar una petición de una de ellas formulada en clara conculcación de lo dispuesto en la legalidad sustantiva o procesal y que puede deparar un perjuicio a la otra (STC 188/2000, de 10 de julio, FJ 2).

El derecho a un proceso judicial con todas las garantías (art. 24.2 CE), por lo tanto, otorga al acusado y procesado el derecho a exigir del Juez penal la observancia inexcusable de una actitud neutra respecto de las posiciones de las partes en el proceso, lo que obviamente tiene lugar si actúa en el proceso penal con estricta sujeción a lo que la normas procesales establecen. Esta estricta sujeción a lo dispuesto en la ley procesal garantiza su neutralidad y asegura la igualdad procesal entre las partes en el proceso. Pues esa igualdad, que constituye un principio constitucional de todo proceso integrado en el objeto del derecho a un proceso judicial con todas las garantías (art. 24.2 CE), significa que los órganos judiciales vienen constitucionalmente obligados a aplicar la ley procesal de manera igualitaria de modo que se garantice a todas las partes, dentro de las respectivas posiciones que ostentan en el proceso y de acuerdo con la organización que a éste haya dado la ley, el equilibrio de sus derechos de defensa, sin conceder trato favorable a ninguna de ellas en las condiciones de otorgamiento y utilización de los trámites comunes, a no ser que existan circunstancias singulares determinantes de que ese equilibrio e igualdad entre las partes sólo pueda mantenerse con un tratamiento procesal distinto que resulte razonable, y sea adoptado con el fin precisamente de restablecer dichos equilibrio e igualdad (STC 101/1989, de 5 de junio, FJ 4).»

(STC 130/2002, de 3 de junio. Recurso de amparo 1904/98. Ponente: D. Roberto García-Calvo y Montiel, «BOE» de 26 de junio de 2002)

Derecho a un proceso con todas las garantías. Derecho a la doble jurisdicción en materia penal

«a) Ciertamente, el artículo 14.5 PIDCP, ratificado por España y cuyo contenido ha de tenerse en cuenta en la interpretación de las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales (art. 10.2 CE), consagra el derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal en los siguientes términos: "Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal Superior, conforme a lo pres-

crito por la ley". También es cierto que existe un Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de fecha 11 de agosto de 2000, en el caso *Gómez Vázquez v. España*, según el cual España habría vulnerado el artículo 14.5 del Pacto. La queja, en aquel asunto, se sustentaba básicamente en que el recurso de casación no permite la revisión del fallo condenatorio y la pena en el sentido del citado artículo, ya que sólo puede ser interpuesto por razones jurídicas muy limitadas y sin posibilidad de que el Tribunal de Casación efectúe una nueva valoración de las pruebas. El Dictamen del Comité, en su párrafo 11.1 establece: "El Comité concluye que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, ..., limitándose dicha revisión a aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14, del Pacto".

Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que las competencias del Comité, en virtud de los artículos 41 y 42 del Pacto y del Protocolo Facultativo de 16 de diciembre de 1966, le habilitan exclusivamente para recibir y examinar comunicaciones tanto de Estados parte que aleguen que otro Estado parte incumple las obligaciones del Pacto, como de individuos que aleguen ser víctimas de violaciones de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. Y, respecto de las comunicaciones individuales, en virtud del artículo 5 párrafo 4 del Protocolo, para presentar sus observaciones al Estado parte y al individuo, haciendo constar, en su caso, la existencia de una violación del Pacto en el caso concreto. Y esto es lo que se produce en el Dictamen de 11 de agosto de 2000, en el que el Comité "considera que los hechos examinados revelan una violación del párrafo 5 del artículo 14 del Pacto, respecto del Sr. Cesario Gómez Vázquez" (párrafo 12) supuesto bien distinto al que aquí se analiza.

Además, ha de tenerse en cuenta que las "observaciones" que en forma de Dictamen emite el Comité no son resoluciones judiciales, puesto que el Comité no tiene facultades jurisdiccionales (como claramente se deduce de la lectura de los arts. 41 y 42 del Pacto), y sus Dictámenes no pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto, dado que en ningún momento, ni el Pacto ni el Protocolo Facultativo le otorgan tal competencia.

Por tanto, 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".

No obstante, las "observaciones" del Comité no han de ser interpretadas necesariamente como la puesta en cuestión de la idoneidad del recurso de casación penal para cumplir con las exigencias del Pacto sino que, interpretadas en el estricto ámbito de su competencia, se limitan a señalar que en un caso concreto, un individuo concreto no tuvo la posibilidad de que su condena fuera revisada de acuerdo con los requisitos del artículo 14.5 del Pacto. Ciertamente, se afirma en el párrafo 13 la obligación del Estado de tomar las disposiciones necesarias para que en lo sucesivo no ocurran violaciones parecidas, pero tales disposiciones no han de consistir en una reforma legislativa, pues –como en numerosas ocasiones ha puesto de relieve este Tribunal– una correcta interpretación de la casación penal permite que este recurso cumpla con las exigencias de revisión de la declaración de culpabilidad y de la pena por un Tribunal Superior derivadas del artículo 14.5 del Pacto.

b) Nuestra Jurisprudencia respecto de la cuestión del doble grado de jurisdicción se inicia, con la STC 42/1982, de 5 de julio, y puede concretarse en los siguientes puntos: 1.º El mandato del artículo 14.5 PIDCP, aún cuando no tiene un reconocimiento constitucional expreso, "obliga a considerar que entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere la Constitución en su artículo 24.2 se encuentra la del recurso ante un Tribunal Superior y que, en consecuencia, deben ser interpretadas en el sentido más favorable a ese género todas las normas del Derecho Procesal Penal de nuestro ordenamiento" (STC 42/1982, de 5 de julio, FJ 3; en el mismo sentido, integrándolo en el derecho a un proceso con todas las garantías, SSTC 76/1982, de 14 de diciembre, FJ 5; 30/1986, de 20 de febrero, FJ 2; 133/2000, de 16 de mayo, FJ 3, y 64/2001, de 17 de marzo, FJ 5, entre otras muchas). 2.º De la lectura del artículo 14.5 PIDCP "se desprende claramente que no se establece propiamente una "doble instancia", sino una sumisión del fallo condenatorio y de la pena a un "Tribunal Superior", sumisión que habrá de ser conforme "a lo prescrito por la Ley", por lo que ésta en cada país fijará sus modalidades (STC 76/1982, de 14 de diciembre, FJ 5). 3.º El mandato del artículo 14.5 PIDCP se ha incorporado a nuestro Derecho interno y aunque no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes (SSTC 42/1982, de 5 de julio, FJ 3; 51/1985, de 10 de abril, FJ 3; 30/1986, de 20 de febrero, FJ 2), el recurso de casación en materia penal puede cumplir con sus exigencias, siempre y cuando se realice una interpretación amplia del mismo ("requiere del intérprete el entendimiento más favorable a un recurso de este género de las normas procesales", STC 60/1985, de 6 de mayo, FJ 2), que permita "apurar las posibilidades del recurso de casación" (STC 140/1985, de 21 de octubre, FJ 2). Por tanto hemos de recordar la doctrina general según la cual la casación penal cumple en nuestro Ordenamiento el papel de "Tribunal Superior" que revisa las Sentencias de instancia en la vía criminal a que se refiere el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y que la regulación de la casación ha de ser interpretada en función de aquel derecho fundamental y "en el sentido más favorable para su eficacia" (STC 123/1986, de 22 de octubre, FJ 2).

En esta línea son numerosas las sentencias que otorgan el amparo en casos en que se había inadmitido el recurso de casación penal, o alguno de los motivos planteados en el mismo, con una interpretación que este Tribunal calificó de restrictiva y formalista (así, entre otras, SSTC 60/1985, de 6 de mayo; 140/1985, de 21 de octubre; 57/1986, de 14 de mayo; 123/1986, de 22 de octubre; 79/1987, de 27 de mayo; 69/1990, de 5 de abril; 71/1992, de 13 de mayo; 190/1994, de 20 de junio; 184/1997, de 28 de octubre, y 221/2000, de 18 de septiembre).

Igualmente, la STC 37/1988, de 3 de marzo, declaró la inconstitucionalidad del inciso final del párrafo segundo del artículo 876 LECrm, por su contradicción con el artículo 24 CE, estableciendo en su FJ 5 las consecuencias "ineludibles" que "la interpretación integradora entre el derecho a la tutela judicial, el derecho al sometimiento a un Tribunal superior y la regulación interna de la casación penal impone". "Es la primera que la casación penal 'no está sólo al servicio de los intereses objetivos ligados a la necesaria depuración en Derecho del obrar judicial, sino que al desenvolver esta función (la del art. 14.5 del Pacto) protege también al justiciable' (STC 60/1985). Es la segunda, muy ligada a la anterior, que de todo ello deriva no sólo un mandato al legislador interno, sino un derecho fundamental para el ciudadano, de tal manera que la norma que lo contradiga será inconstitucional, 'inconstitucionalidad que no nace de su contradicción directa con el artículo 14.5 del Pacto, sino de su contradicción con el artículo 24 de la Constitución' (STC 76/1982). La tercera consecuencia, válida para casos ya resueltos aquí y también para el presente, es que ese recurso puede ser la casación penal, y ese Tribunal superior, el Tribunal Supremo 'juzgando en casa-

ción'; 'recurso al que, si previsto en la Ley y con las condiciones por ella requerida, tendrá derecho aquel contra quien se hubiere dictado Sentencia condenatoria' (STC 60/1985)".

En definitiva, 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 de efectuada por el TEDH, en relación con los artículos 6.1 CEDH y 2 del Protocolo número 7 del citado Convenio (STEDH de 13 de febrero de 2001, caso *Krombach v. 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).

c) Conviene, no obstante, realizar alguna precisión adicional respecto de las posibilidades de revisión en sede casacional y, en concreto, de la posibilidad de examinar los hechos probados. Y ello para poder responder a la cuestión de si existe o no la posibilidad de una "revisión íntegra" del fallo condenatorio y la pena impuesta, entendiendo por tal la que permite, junto a la revisión de los aspectos formales o legales de la Sentencia (lo que, conforme al Dictamen del Comité, por sí solo no cumple con las garantías derivadas del Pacto), la revisión de los hechos probados en los que se fundamenta el fallo condenatorio.

Al respecto ha de señalarse, en primer lugar, que no es correcto afirmar, como pretende el recurrente, que nuestro sistema casacional se limite al análisis de cuestiones jurídicas y formales y que no permita revisar las pruebas salvo en el estrecho cauce que ofrece el artículo 849.2 LECrm. Actualmente, en virtud del artículo 852 LECrm, en todo caso el recurso de casación podrá interponerse fundándose en la infracción de un precepto constitucional. Y a través de la invocación del 24.2 CE (tanto del proceso con todas las garantías como, fundamentalmente, de la presunción de inocencia), es posible que el Tribunal Supremo controle tanto la licitud de la prueba practicada en la que se fundamenta el fallo, como su suficiencia para desvirtuar la presunción de inocencia y la razonabilidad de las inferencias realizadas. En definitiva, 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). Por tanto, tiene abierta una vía que permite al Tribunal Supremo la "revisión íntegra", entendida en el sentido de posibilidad de acceder no sólo a las cuestiones jurídicas, sino también a las fácticas en que se fundamenta la declaración de culpabilidad, a través del control de la aplicación de las reglas procesales y de valoración de la prueba. Todo ello –como ha puesto de relieve también el propio Tribunal Supremo, Auto de la Sala de lo Penal de 14 de diciembre de 2001, FJ 7.º– sin perjuicio de que la aparición de nuevas pruebas que el acu-

sado no pudo ofrecer en el proceso, puede, en su caso, dar lugar a un recurso de revisión (art. 954 LECrm), posibilidad que completa el conjunto de garantías del debido proceso».

(STC 70/2002, de 3 de abril. Recurso de amparo 3787/01. Ponente: D. Fernando Garrido Falla, «BOE» de 25 de abril de 2002)

Derecho a un proceso con todas las garantías. Derecho a un Juez imparcial

«Debe tenerse en cuenta que el artículo 222 LOPJ establece que una vez que la Sala de Gobierno del Tribunal que corresponda entienda justificada la abstención, el Juez o Magistrado "se apartará definitivamente" del conocimiento del asunto. De ahí que, de acuerdo con lo establecido en ese precepto legal, cuando la Sala de Gobierno entienda justificada la abstención, el Juez o Magistrado queda inhabilitado para el conocimiento de ese asunto "definitivamente" y por esta razón no puede formar parte de ninguna Sala que vaya a conocerlo, cualquiera que sea la instancia procesal en la que ese asunto se encuentre.

Tal consideración determina que, sin necesidad de analizar si vulnera el principio de imparcialidad objetiva el que el mismo Magistrado que ordenó la deducción del testimonio de particulares que dio lugar a la iniciación de las actuaciones penales forme parte del órgano judicial que resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia recaída en ese procedimiento, debemos apreciar que en este supuesto se ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías que consagra el artículo 24.2 CE, ya que una de las garantías esenciales de todo proceso lo constituye el que el Juez o Tribunal llamado a dirimir el conflicto aparezca institucionalmente dotado de independencia e imparcialidad (STC 60/1995, de 17 de marzo, FJ 3); garantía que en este supuesto no puede entenderse satisfecha, pues el recurso de apelación fue decidido por un Magistrado que no podía conocer de ese asunto por hallarse incurso en una causa de abstención debidamente apreciada por el órgano competente para ello –en este caso, la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Asturias–. Una vez declarada esa sospecha de parcialidad por el órgano competente para ello, el Juez o Magistrado ha dejado de reunir las condiciones de idoneidad necesarias para el conocimiento de ese concreto asunto, lo que determina que no aparezca revestido de las garantías de imparcialidad exigidas por nuestro ordenamiento jurídico, ya que entre estas garantías se encuentra el que un Juez o Magistrado en el que se ha apreciado la existencia de una causa de abstención se aparte definitivamente del conocimiento de ese asunto (art. 222 LOPJ).

Por otra parte debe indicarse también que a efectos de apreciar esta infracción constitucional es suficiente con que uno de los Magistrados incurra en una causa de abstención, por lo que, a estos efectos, resulta irrelevante que los demás Magistrados que componían la Sala no se encontraran incurso en ninguna. Como hemos señalado en la STC 230/1992, de 14 de diciembre, "la garantía de imparcialidad del juzgador ha de vincularse necesariamente a la intervención del mismo en la causa, con independencia de la influencia que su voto pueda tener en el resultado final de la votación, ya que es precisamente la participación en el conocimiento, deliberación y votación del litigio de aquél en quien concurra o pueda concurrir alguna de las causas de recusación previstas legalmente lo que se intenta salvaguardar a través de aquella garantía, todo ello, con total independencia de su eventual influencia en la delibera-

ción de la resolución de que se trate, por otro lado secreta, a tenor de lo dispuesto en el artículo 233 LOPJ "...»

(STC 51/2002, de 25 de febrero. Recurso de amparo 1789/99. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo, «BOE» de 3 de abril de 2002)

Derecho a un proceso con todas las garantías. Principios de inmediación y contradicción. Valoración de las pruebas en recurso de apelación en Procedimiento Abreviado

«Este Tribunal en supuestos si no idénticos, sí, al menos, similares al ahora considerado, ha desestimado denunciadas vulneraciones del derecho a un proceso con todas las garantías como consecuencia de la eventual falta de inmediación en la valoración de la prueba por el órgano de apelación, al considerar que no se lesionaba "tal principio cuando en la apelación no se practicaron nuevas pruebas, para lo que efectivamente hubiera sido necesario respetar los principios de inmediación y contradicción" en la segunda instancia penal, sin que nada se pueda oponer "a una resolución que, a partir de una discrepante valoración de la prueba, llega a una conclusión distinta a la alcanzada en primera instancia", pues el Juez *ad quem*, tanto por lo que respecta a la subsunción de los hechos en la norma, como por lo que se refiere a la determinación de tales hechos a través de la valoración de la prueba, se halla en idéntica situación que el Juez *a quo* y, en consecuencia, puede valorar las pruebas practicadas en primera instancia, así como examinar y corregir la ponderación llevada a cabo por el Juez *a quo* (STC 120/1999, de 28 de junio, FJ 3; reiterando doctrina recogida en las SSTC 43/1997, de 10 de marzo, FJ 2, y 172/1997, de 14 de octubre, FJ 4). En esta línea jurisprudencial, este Tribunal declaró, asimismo, que quien no ha solicitado la práctica de prueba ni la celebración de juicio oral ante el órgano *ad quem* no puede luego invocar la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías por falta de inmediación, oralidad y contradicción en la fase de apelación (STC 120/1999, de 28 de junio, FJ 6).

Una cierta inflexión en la doctrina constitucional reseñada la constituye el ATC 220/1999, de 20 de septiembre, en el que, ante una queja por falta de celebración de vista en el recurso de apelación penal, el Tribunal, tras aludir a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de mayo de 1988 (caso *Ekbatani*), y resaltar la eficacia y conveniencia de la celebración de vista en el recurso de apelación, declaró que la garantía procesal, al respecto contenida en el artículo 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, "afecta al sistema legal de recurso establecido cuando hay, como sucede entre nosotros, más de una instancia y en la apelación se pueden ver de nuevo todas las cuestiones", si bien inadmitió en ese caso la demanda de amparo porque la condena de los actores en la segunda instancia, tras haber sido absueltos en la primera, la dedujo el Tribunal *ad quem* "de la valoración de la prueba documental y no de otras pruebas, testificales o periciales, que exijan inmediación y oralidad".

Pero avanzando en la línea apuntada en ese Auto, es conveniente rectificar la jurisprudencia antes aludida, lo que es facultad del Pleno de este Tribunal, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de su Ley Orgánica, para adaptar más estrictamente la interpretación constitucional del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en cuanto a la que ahora nos ocupa, 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.

Esta ha sido en definitiva nuestra propia pauta jurisprudencial reflejada en múltiples Sentencias (en concreto, y en cuanto a la interpretación del artículo 6.1 citado, STC 36/1984, de 14 de marzo, FJ 3; y en el mismo sentido, y por todas, SSTC 113/1987, de 3 de julio, FJ 2; 37/1988, de 3 de marzo, FJ 6, y 223/1988, de 24 de noviembre, FJ 2).

10. La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto de la cuestión que ahora se plantea aparece inicialmente en su Sentencia de 26 de marzo de 1988 –caso *Ekbatani* contra Suecia–, y se consolida posteriormente en pronunciamientos más recientes (SSTEDH 8 de febrero de 2000 –caso *Cooke* contra Austria y caso *Stefanelli* contra San Marino–; 27 de junio de 2000 –caso *Constantinescu* contra Rumania–; y 25 de julio de 2000 –caso *Tierce* y otros contra San Marino).

En relación con demandas promovidas por infracción del artículo 6.1 del Convenio como consecuencia de haberse fallado la apelación de una causa penal sin que se hubiese celebrado en esta fase audiencia o vista pública, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene declarado, con carácter general, que el proceso penal constituye un todo, y que la protección que dispensa el mencionado precepto no termina con el fallo en la primera instancia, de modo que el Estado que organiza Tribunales de apelación tiene el deber de asegurar a los justiciables, a este respecto, las garantías fundamentales del artículo 6.1 CEDH. Más concretamente, en relación con la cuestión que ahora nos ocupa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado 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, dependiendo la exigencia de esta garantía en la fase de apelación 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 la que los intereses del demandante fueron realmente expuestos y protegidos ante el Tribunal a la vista de las cuestiones que éste tiene que juzgar. Así pues, respecto a la exigencia de aquella garantía en la apelación, debe determinarse si, en atención a las circunstancias del caso, las particularidades del procedimiento nacional, examinado éste en su conjunto, justifican una excepción en la segunda o tercera instancia al principio de audiencia pública (SSTEDH de 26 de mayo de 1988 –caso *Ekbatani* contra Suecia, §§ 24 y 27–; 29 de octubre de 1991 –caso *Helmers* contra Suecia, §§ 31 y 32–; 27 de junio de 2000 –caso *Constantinescu* contra Rumanía, § 53).

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. La publicidad, ha declarado en este sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, constituye ciertamente uno de los medios para preservar la confianza en los Tribunales; pero desde otras consideraciones, también el derecho a un juicio en plazo razonable y la necesidad de conferir un tratamiento rápido a los asuntos han de tenerse en cuenta para determinar si los debates públicos son necesarios después del proceso en primera instancia. De modo que la ausencia o falta de una vista o debates públicos en segunda o tercera instancia puede justificarse por las características del procedimiento de que se trate, con tal que se hayan celebrado en la primera instancia. Así lo ha admitido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto a los procedimientos para autorizar la interposición de la apelación o consagrados exclusivamente a cuestiones de Derecho y no a las de hecho, en relación con los cuales ha señalado

que se cumplirán los requisitos del artículo 6.1 del Convenio aunque el Tribunal de apelación o casación no haya dado al recurrente la facultad de ser oído personalmente (SSTEDH de 26 de mayo de 1988 –caso *Ekbatani* contra Suecia, § 32–; 29 de octubre de 1991 –caso *Helmerts* contra Suecia, § 36–; 29 de octubre de 1991 –caso *Jan-Åke Anderson* contra Suecia, § 27–; 29 de octubre de 1991 –caso *Fejde* contra Suecia, § 31–; 22 de febrero de 1991 –caso *Bulut* contra Austria, §§ 40 y 41–; 8 de febrero de 2000 –caso *Cooke* contra Austria, § 35–; 27 de junio de 2000 –caso *Constantinescu* contra Rumania, §§ 54 y 55–; 8 de febrero de 2000 –caso *Tierce* y otros contra San Marino, §§ 94 y 95).

Sin embargo, 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 *Helmerts* contra Suecia, §§ 36, 37 y 39–; 29 de octubre de 1991 –caso *Jan-Åke 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 Rumania, §§ 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 ese supuesto que, tras el pronunciamiento 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 debates públicos en apelación en presencia del acusado, debiendo tenerse en cuenta ante todo la naturaleza de las cuestiones sometidas al Juez de apelación.

11. La utilización por nuestra parte de esos criterios jurisprudenciales para la solución del problema constitucional que afrontamos aquí, y que antes quedó enunciado (esto es, el de la relación entre la exigencia de inmediación y contradicción como contenido del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías y la regulación de la apelación en el procedimiento abreviado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), puede, sin duda, suscitar algunas dificultades a la hora de interpretar el artículo 795 en el marco de la Constitución.

En realidad de los tres fundamentos posibles del recurso de apelación, según resulta de lo dispuesto en el artículo 795.2 LECrM (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 la apelación se plantean cuestiones de hecho), es propiamente el relacionado con la apreciación de la prueba el directamente concernido por esas limitaciones, y no, en principio, los otros dos ("quebrantamiento de las normas y garantías procesales" o "infracción de precepto constitucional o legal").

Ateniéndonos a las circunstancias del caso actual, y en línea con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha quedado expuesta antes en sus líneas esenciales, debe prosperar la queja de los recurrentes, pues se debe considerar que ha resultado vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, al haber procedido la Audiencia Provincial a revisar y corregir la valoración y ponderación que el Juzgado de lo Penal había efectuado de las declaraciones de los recurrentes en amparo, sin respetar los principios de inmediación y contradicción.

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* (por todas, 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 LECrM otorga al Tribunal *ad quem* deben respetarse en todo caso las garantías constitucionales establecidas en el artículo 24.2 CE.

De acuerdo con la descrita configuración del recurso de apelación, la Audiencia Provincial debía conocer en el caso ahora considerado tanto de las cuestiones de hecho, como de Derecho, planteadas en la apelación, y pronunciarse en concreto sobre la culpabilidad o inocencia de los demandantes de amparo, absueltos en primera instancia del delito que se les imputaba, quienes en el acto del juicio habían negado que hubieran cometido los hechos de los que se les acusaba. Además en este caso, dada la prohibición constitucional de valorar como pruebas de cargo, como ya se ha dejado constancia en el fundamento jurídico 9, las diligencias de entrada y registro practicadas en el local de la entidad mercantil de uno de los demandantes de amparo y en el domicilio del otro, y la pericial llevada a cabo respecto al material intervenido con ocasión de dichos registros, la Audiencia Provincial, al pronunciarse sobre la culpabilidad o inocencia de los recurrentes en amparo, debía valorar y ponderar las declaraciones inculpativas prestadas por éstos ante la policía y ratificadas ante el Juez de Instrucción, y las declaraciones exculpativas que realizaron en el acto del juicio, dependiendo de la valoración y ponderación de tales declaraciones la condena o absolución de los demandantes de amparo. En tales circunstancias es evidente que, de acuerdo con los criterios antes reseñados, el respeto a los principios de inmediación y contradicción, que forman parte del derecho a un proceso con todas las garantías, exigía que el Tribunal de apelación hubiera oído personalmente a los demandantes de amparo, en orden a llevar a cabo aquella valoración y ponderación.

En otro orden de consideraciones, a la conclusión alcanzada no cabe oponer la circunstancia, destacada en la STC 120/1999, de 28 de junio, FJ 6; de que los demandantes de amparo no hubieren solicitado la celebración de vista en la apelación, pues en la medida en que dicha vista en este caso estaba llamada a servir a la finalidad buscada por el apelante, y no por el apelado, es al primero al que incumbe la carga de establecer los presupuestos precisos para que el Tribunal al que acude pueda satisfacer la pretensión que ante él formula. La ausencia de tal solicitud no puede considerarse decisiva, ya que el artículo 795.6 LECrM establece que la Audiencia podrá acordar la celebración de vista, citando a las partes, cuando estime que es necesario para la correcta formación de una convicción fundada (en este sentido, en

relación con un supuesto similar, STEDH de 8 de febrero de 2000 –caso *Cooke* contra Austria, § 43).»

(STC del Pleno 167/2002, de 18 de septiembre. Recurso de amparo 2060/98. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas, «BOE» de 9 de octubre de 2002. En el mismo sentido, STC 197/2002, de 28 de octubre. Recurso de amparo 4741/98. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo, «BOE» de 20 de noviembre de 2002; STC 198/2002, de 28 de octubre. Recurso de amparo 1942/99. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo, «BOE» de 20 de noviembre de 2002; y STC 200/2002, de 28 de octubre. Recurso de amparo 4604/00. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas, «BOE» de 20 de noviembre de 2002)

Derecho a un proceso con todas las garantías. Valoración de pruebas conectadas con otras ilícitas

«Desde la STC 114/1984, de 29 de noviembre, hemos sostenido que, aunque la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos no se halla proclamada en un precepto constitucional, tal valoración implica una ignorancia de las garantías propias del proceso (art. 24.2 CE) y una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio, y en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental y, en definitiva, con la idea de "proceso justo", debe considerarse prohibida por la Constitución (STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 5, y, entre las más recientes, SSTC 81/1998, de 2 de abril, FJ 2, y 69/2001, de 17 de marzo, FJ 26). Tal prohibición atañe no sólo a los resultados directos de la intervención, sino que se extiende a "cualquier otra prueba derivada de la observación telefónica, siempre que exista una conexión causal entre ambos resultados probatorios" (STC 49/1996, de 26 de marzo, FJ 3), aunque derive indirectamente de aquélla (SSTC 85/1994, de 14 de marzo, FJ 4; 86/1995, de 6 de junio, FJ 3; 181/1995, de 11 de diciembre, FJ 4, y 54/1996, de 26 de marzo, FJ 8).

Sin embargo, junto a esta regla general, en supuestos excepcionales hemos considerado lícita la valoración de pruebas que, aunque se encuentren conectadas desde una perspectiva natural con el hecho vulnerador del derecho fundamental, por derivar del conocimiento adquirido a partir del mismo, puedan considerarse jurídicamente independientes (SSTC 86/1995, de 6 de junio, FJ 4; 54/1996, de 26 de marzo, FJ 6; 81/1998, de 2 de abril, FJ 4; 151/1998, de 13 de julio, FJ 3; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 4, y 136/2000, de 29 de mayo, FJ 6). La razón fundamental que avala la independencia jurídica de unas pruebas respecto de otras radica en que las pruebas derivadas son, desde su consideración intrínseca, constitucionalmente legítimas, pues ellas no se han obtenido con vulneración de ningún derecho fundamental. "Por ello, para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad). En la presencia o ausencia de esa conexión reside, pues, la ratio de la interdicción de la valoración de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento derivado de otras que vulneran el derecho al secreto de las comunicaciones" (STC 81/1998, de 2 de abril, FJ 4).»

(STC 28/2002, de 11 de febrero. Recurso de amparo 3340/97. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo, «BOE» de 14 de marzo de 2002)

«Al respecto este Tribunal declaró en la STC 81/1998, de 2 de abril que, "al valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales puede resultar lesionado, no sólo el derecho a un proceso con todas las garantías, sino también la presunción de inocencia", advirtiendo, sin embargo, a continuación, que tal cosa sucederá, sólo si la condena se ha fundado exclusivamente en tales pruebas, pues si existen otras pruebas de cargo válidas e independientes de dicha vulneración, la presunción de inocencia podría no resultar finalmente infringida. Por lo tanto, en casos como el presente, en los que se discute, en primer término, la dependencia o independencia de ciertas pruebas respecto a la vulneración de un derecho fundamental sustantivo –el secreto de las comunicaciones telefónicas ex artículo 18.3 CE–, nuestro análisis ha de discurrir, pese a la errónea identificación que los demandantes de amparo han efectuado del derecho fundamental ahora en juego, a través de dos pasos que son lógicamente separables, por más que en la realidad puedan hallarse íntimamente unidos: en primer lugar, hemos de precisar si la valoración de tales pruebas ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, y, en segundo lugar, hemos de decidir si, a la vista de la respuesta dada al precedente interrogante, la presunción de inocencia ha sido o no quebrantada (FJ 3; doctrina que reiteran, entre otras, SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 14; 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 9, y 138/2001, de 18 de junio, FJ 8).

Asimismo en aquella Sentencia el Tribunal Constitucional estableció un criterio básico para determinar cuándo las pruebas derivadas de otras constitucionalmente ilegítimas podían ser valoradas o no, que cifró en determinar si, además de estar conectadas desde una perspectiva natural, entre unas y otras existía lo que denominó conexión de antijuricidad. Para tratar de determinar si esa conexión de antijuricidad existe o no, se ha de analizar, en primer término, "la índole y características de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, materializadas en la prueba originaria, así como su resultado, con el fin de determinar si, desde un punto de vista interno, su inconstitucionalidad se transmite o no a la prueba obtenida por derivación de aquélla; pero, también, hemos de considerar, desde una perspectiva que pudiéramos denominar externa, las necesidades esenciales de tutela que la realidad y efectividad del derecho al secreto de las comunicaciones exige. Estas dos perspectivas son complementarias, pues sólo si la prueba refleja resulta jurídicamente ajena a la vulneración del derecho y la prohibición de valorarla no viene exigida por las necesidades esenciales de tutela del mismo, cabrá entender que su efectiva apreciación es constitucionalmente legítima, al no incidir negativamente sobre ninguno de los aspectos que configuran el contenido del derecho fundamental sustantivo (STC 11/1981, FJ 8)" (FJ 4; también, SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 14; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 4, y 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 9). De manera que es posible que la prohibición de valoración de pruebas originales no afecte a las derivadas, si entre ambas, en primer lugar, no existe relación natural o si, en segundo lugar, no se da la conexión de antijuricidad (SSTC 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 4; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 4, y 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 4).

Finalmente, la determinación de la existencia del nexo de antijuricidad entre las pruebas originarias y las derivadas no constituye en sí misma un hecho, sino un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de las pruebas cuestionadas, la cual, en principio, corresponde a los Jueces y Tribunales ordinarios, en tanto que el control por parte del Tribunal Constitucional ha de ceñirse a comprobar la razonabilidad del mismo, al igual que es una tarea que corresponde a los órganos jurisdiccionales ordinarios la apreciación acerca de si el acervo probatorio restante, tras la depuración de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, es suficiente para sustentar la condena. Por ello,

cuando los Tribunales ordinarios no han declarado la inexistencia de conexión de antijuricidad (SSTC 119/1989, de 3 de julio, y 139/1999, de 22 de julio), o cuando han efectuado una valoración conjunta de toda la prueba (STC 49/1999, de 5 de abril), este Tribunal Constitucional se ha limitado a declarar la vulneración del derecho sustantivo al secreto de las comunicaciones o a la inviolabilidad del domicilio, y a anular la Sentencia condenatoria, retro trayendo las actuaciones para que fueran los órganos judiciales los que resolvieran acerca de la existencia o no de conexión de antijuricidad entre las pruebas rechazadas y las restantes y sobre la suficiencia de estas últimas para sustentar la condena (STC 171/1999, FJ 15, con cita de las SSTC 81/1998, FJ 5; 49/1999, de 5 de abril, FJ 14; 139/1999, FJ 5; doctrina que reproducen las SSTC 299/2000, de 11 de diciembre, FJ 9, y 87/2001, de 2 de abril, FJ 4).»

(STC del Pleno 167/2002, de 18 de septiembre. Recurso de amparo 2060/98. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas, «BOE» de 9 de octubre de 2002. En el mismo sentido, STC 28/2002, de 11 de febrero. Recurso de amparo 3340/97. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo, «BOE» de 14 de marzo de 2002)

Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa

«Nuestra Jurisprudencia ha señalado reiteradamente que el artículo 24.2 no atribuye un ilimitado derecho de las partes a que se admitan y se practiquen todos los medios de prueba propuestos, sino sólo de aquellos que, propuestos en tiempo y forma, sean lícitos y pertinentes, correspondiendo el juicio de pertinencia y la decisión sobre la admisión de las pruebas solicitadas a los órganos judiciales, sin que este Tribunal pueda revisar sus decisiones, salvo cuando el rechazo de la prueba propuesta carezca de motivación o la que se ofrece sea insuficiente (SSTC 89/1995, de 6 de junio, FJ 6, y 131/1995, de 11 de septiembre, FJ 2 y 5) o manifiestamente arbitraria o irrazonable (SSTC 52/1989, de 22 de febrero, FJ 2; 65/1992, de 29 de abril, FJ 3; 94/1992, de 11 de junio, FJ 3; 1/1996, de 15 de enero, FJ 2, y 37/2000, de 14 de febrero, FJ 3). También hemos declarado que sólo procede el examen de esta queja de amparo cuando la falta de práctica de la prueba propuesta "haya podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito" (SSTC 50/1988, de 22 de marzo, FJ 3; 357/1993, de 29 de noviembre, FJ 2; 131/1995, de 11 de septiembre, FJ 2; 1/1996, de 15 de febrero, FJ 3, y 37/2000, de 14 de febrero, FJ 3) y que quien alega ante este Tribunal la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes debe cumplir con la carga de fundamentar y argumentar en la demanda las razones por las cuales la omisión de la prueba propuesta le ha provocado una indefensión material al ser relevante para la decisión final del proceso (SSTC 116/1983, de 7 de diciembre, FJ 3; 30/1986, de 20 de febrero, FJ 8; 149/1987, de 30 de septiembre, FJ 3; 45/1990, de 15 de marzo, FJ 3; 357/1993, de 29 de noviembre, FJ 2; 1/1996, de 15 de enero, FJ 3, y 37/2000, de 14 de febrero, FJ 3).»

(STC 70/2002, de 3 de abril. Recurso de amparo 3787/01. Ponente: D. Fernando Garrido Falla, «BOE» de 25 de abril de 2002. En el mismo sentido, STC 79/2002, de 8 de abril. Recurso de amparo 4839/99. Ponente: D. Fernando Garrido Falla, «BOE» de 25 de abril de 2002)

«El derecho a la tutela judicial efectiva se satisface, en esencia, con una respuesta jurídicamente fundada, motivada y razonable de los órganos jurisdiccionales

a las pretensiones de quien acude ante ellos para la defensa de sus intereses (por todas, SSTC 46/1982, de 12 de julio, FJ 2; 324/1994, de 1 de diciembre, FJ 2, y 10/2000, de 17 de enero, FJ 2). También hemos dicho que, en ocasiones, la respuesta del órgano judicial, aunque fundada en Derecho y formalmente motivada, puede resultar viciada de raíz cuando es arbitraria (por todas, STC 160/1997, de 2 de octubre, FJ 7).

Entre los supuestos en que hemos afirmado dicha arbitrariedad se encuentra aquél en que el órgano judicial frustra con su actitud la práctica de determinada prueba de parte, impidiendo a quien la propuso y solicitó, su colaboración en su práctica, la utilización de un medio de prueba pertinente para su defensa, y después desestima la pretensión con el argumento de que no ha quedado probado precisamente lo que se pretendía acreditar con la prueba no practicada. En estos supuestos, lo relevante no es que las pretensiones de la parte se hayan desestimado, sino que la desestimación "sea la consecuencia de la previa conculcación por el propio órgano judicial de un derecho fundamental del perjudicado, encubriéndose tras una aparente resolución judicial fundada en Derecho una efectiva denegación de justicia" (STC 10/2000, de 17 de enero, FJ 2, y, reproduciéndola, STC 208/2001, de 22 de octubre, FJ 3). Hemos dicho concretamente sobre este particular en la STC 10/2000, de 17 de enero, FJ 2, que "así puede suceder en el caso de que ese derecho fundamental previamente vulnerado haya sido el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, causando el órgano judicial indefensión a la parte al desestimar sus pretensiones por no haberlas demostrado, cuando no se pudieron acreditar, precisamente porque ese mismo órgano judicial truncó irremediabilmente la correcta práctica de su prueba (SSTC 217/1998, de 16 de noviembre; 221/1998, de 24 de noviembre, y 183/1999, de 11 de octubre). Con ello, el órgano judicial limita los derechos de defensa del demandante al frustrar los medios de prueba de los que se pretendía servir para fundar sus alegaciones por causas que sólo al propio órgano judicial son imputables, resolviendo desestimarlas, justamente, por no haberlas acreditado (SSTC 48/1984, de 4 de abril; 90/1987, de 3 de junio; 29/1990, de 26 de febrero, y 138/1999, de 22 de julio, entre otras muchas)".»

(STC 81/2002, de 22 de abril. Recurso de amparo 4397/97. Ponente: D. Pablo Cachón Villar, «BOE» de 22 de mayo de 2002)

«El derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa es inseparable del derecho de defensa y exige que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas, sin desconocimiento ni obstáculos, resultando vulnerado en aquellos supuestos en los que el rechazo de la prueba propuesta, en tiempo y forma, carezca de toda motivación, o la motivación que se ofrezca pueda tacharse de manifiestamente arbitraria o irrazonable (por todas, SSTC 2/1987, de 21 de enero, FJ 6; 195/1995, de 19 de diciembre, FJ 7; 181/1999, de 11 de octubre, FJ 3, y 27/2001, de 29 de enero, FJ 8). Además, es preciso que los medios propuestos sean pertinentes y relevantes y, además, han de ser decisivos para la defensa, en el sentido de potencialmente trascendentes para el sentido de la resolución, lo cual ha de alegarse y justificarse por el demandante de amparo (STC 168/2002, de 30 de septiembre, FJ 3).»

(STC 183/2002, de 14 de octubre. Recurso de amparo 2844/99. Ponente: D. Javier Delgado Barrio, «BOE» de 12 de noviembre de 2002)

Derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley

«Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley exige, fundamentalmente, que el órgano judicial haya sido creado por una norma legal investiéndolo de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial, y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional (STC 47/1983, de 31 de mayo, FJ 2). Pero esta garantía no supone el derecho a un Juez determinado en concreto (STC 97/1987, de 10 de junio, FJ 4) ni excluye, en principio, la posibilidad de establecer reglas especiales de competencia en la distribución de los asuntos entre los distintos órganos judiciales. La noción constitucional de Juez ordinario predeterminado por la ley no se concreta en el establecimiento legislativo de unas competencias en general, sino que se integra normalmente de aquellas disposiciones legales que derogan o alteran esa competencia general (STC 55/1990, de 28 de marzo, FJ 3)».

(STC 170/2002, de 30 de septiembre. Recurso de amparo 4677/98. Ponente: D.ª Elisa Pérez Vera, «BOE» de 24 de octubre de 2002)

Presunción de inocencia. Eficacia probatoria de las declaraciones prestadas en fase sumarial

«Dijimos en la STC 155/2002, de 22 de julio, FJ 10 (y en el mismo sentido, entre otras, en 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, y 12/2002, de 28 de enero, FJ 4), 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, conforme a lo ordenado por el artículo 730 LECrm, 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 esta-

blece, 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: "Singulamente, 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 LECrm, 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 (artículo 714 LECrm), o ante la imposibilidad material de su reproducción (artículo 730 LECrm), 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".

[.../...]

En relación con la declaración de la víctima del delito, este Tribunal ha sostenido reiteradamente que, practicada con las debidas garantías, tiene consideración de prueba testifical y, como tal, puede constituir prueba de cargo suficiente en la que puede basarse la convicción del juez para la determinación de los hechos del caso (entre otras, SSTC 201/1989, de 30 de noviembre, FJ 4; 173/1990, de 12 de noviembre, FJ 3; 229/1991, de 28 de noviembre, FJ 4, y 64/1994, de 28 de febrero, FJ 5). Y respecto de los testimonios de referencia, hemos afirmado que se trata de un medio probatorio admisible y de valoración constitucionalmente permitida, que junto con otras pruebas puede servir de fundamento a una sentencia condenatoria (SSTC 217/1989, de 21 de diciembre, FJ 5; 303/1993, de 25 de octubre, FJ 7; 79/1994, de 14 de marzo, FJ 4, y más recientemente, 209/2001, de 22 de octubre, FJ 4, y 68/2002, de 21 de marzo, FJ 10), aunque su eficacia probatoria se haya sometido a especiales exigencias, declarando su carácter excepcional y subordinando su admisión a que su utilización en el proceso resulte inevitable y necesaria (dadas las limitaciones de la contradicción y de la inmediación que implican).»

(STC 195/2002, de 28 de octubre. Recurso de amparo 3540/98. Ponente: D. Pablo Cachón Villar, «BOE» de 20 de noviembre de 2002. En el mismo sentido, STC 94/2002, de 22 de abril. Recurso de amparo 6766/00. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas, «BOE» de 22 de mayo de 2002)

Presunción de inocencia. Prueba indiciaria

«Este Tribunal ha admitido, asimismo, que la prueba de cargo pueda ser por indicios, cuando el hecho objeto de prueba no es el constitutivo de delito sino otro intermedio que permite llegar a él por inferencia lógica (STC 171/2000, de 26 de junio, FJ 3), habiendo también declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que no se opone al contenido del artículo 6.2 del Convenio la utilización de la misma (casos *Salabiaku contra Francia*, de 7 de octubre de 1988; *Pham Hoang contra Francia*, de 25 de septiembre de 1992 y *Telfner contra Austria*, de 20 de marzo de 2001).

De acuerdo con nuestra doctrina, para que la prueba indiciaria sea apta para desvirtuar la presunción de inocencia se han de cumplir los siguientes requisitos: a) la prueba indiciaria ha de partir de hechos plenamente probados, y b) los hechos consti-

tutivos de delito han de deducirse de esos hechos completamente probados a través de un proceso mental, razonado y acorde con las reglas del criterio humano, explicitado en la Sentencia. El único modo de distinguir entre la verdadera prueba de indicios y las meras sospechas o conjeturas, es comprobar que el engarce entre el hecho acreditado y el hecho presumido es coherente, lógico y racional. La falta de concordancia de las reglas de criterio humano o, en otros términos, la irrazonabilidad, se puede producir, tanto por falta de lógica o de coherencia en la inferencia, cuando los indicios constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o no conduzcan naturalmente a él, cuanto por el carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado de la inferencia (entre las más recientes, SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 3; 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4; 91/1999, de 26 de mayo, FJ 3; 120/1999, de 28 de junio, FJ 2; 44/2000, de 14 de febrero, FJ 2; 124/2001, de 4 de junio, FJ 13; 109/2002, de 6 de mayo, FJ 6, y 137/2002, de 3 de junio, FJ 5). El control de dichos requisitos (hemos señalado en las citadas resoluciones) debe ser extremadamente cauteloso, al carecer este Tribunal de la necesaria intermediación de la actividad probatoria, que sólo tiene lugar en presencia del órgano judicial que ha de decidir el proceso y con intervención de las partes, y por tener que limitar el control constitucional a un control externo tendente a asegurar que el razonamiento hecho por el Tribunal conste expresamente en la Sentencia, pues sólo de este modo es posible verificar que el órgano judicial formó su convicción sobre una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia (STC 174/1985, de 17 de diciembre, FJ 2).

Por último, cabe recordar que es también doctrina del Tribunal absolutamente asentada en cuanto al derecho fundamental a la presunción de inocencia que los límites de nuestro control no permiten analizar de modo autónomo cada elemento probatorio, sino que debe realizarse un examen general y contextualizado de la valoración probatoria para puntualizar, en cada caso, si ese derecho fue o no respetado, concretamente en la decisión judicial condenatoria, pero tomando en cuenta el conjunto de la actividad probatoria (SSTC 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 10; 4/1986, de 20 de enero, FJ 3; 44/1989, de 20 de febrero, FJ 2; 41/1998, de 31 de marzo, FJ 4, y 222/2001, de 5 de noviembre, FJ 3). A ello cabe añadir que no nos corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, dado que los artículos 117.3 y 741 LECrM atribuyen dicha tarea a los Tribunales penales, sino controlar exclusivamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que resulta, porque el recurso de amparo no es un recurso de apelación, ni este Tribunal una tercera instancia, de modo que tampoco es posible que entremos en el análisis de otras posibles inferencias distintas a las efectuadas por los órganos judiciales. Tales límites de la jurisdicción constitucional de amparo derivan, por un lado, de la imposibilidad legal [art. 44.1 b) LOTC] de determinar los hechos del proceso 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 (SSTC 120/1999, de 28 de junio, FJ 2, y 137/2002, de 3 de junio, FJ 5).»

(STC 178/2002, de 14 de octubre. Recurso de amparo 4697/98. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo, «BOE» de 12 de noviembre de 2002. En el mismo sentido, STC 137/2002. Recurso de amparo 2029/99. Ponente: D. Roberto García-Calvo y Montiel, «BOE» de 26 de junio de 2002)

«El derecho a la presunción de inocencia, concebida como regla de juicio, en esta vertiente y en sede constitucional, entraña el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas. Por lo tanto, toda Sentencia condenatoria: a) Debe expresar las pruebas en que se sustenta la declaración de responsabilidad penal; b) tal sustento ha de venir dado por verdaderos actos de prueba conformes a la Ley y a la Constitución; c) practicados normalmente en el acto del juicio oral, salvo las excepciones constitucionalmente admisibles; d) valorada, y debidamente motivada, por los Tribunales con sometimiento a las reglas de la lógica y la experiencia (como hemos dicho, con unas u otras palabras, en las 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; 81/1998, de 2 de abril, FJ 3; 189/1998, de 29 de septiembre, FJ 2; 220/1998, de 17 de diciembre, 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; 124/2001, de 4 de junio, FJ 9, y 17/2002, de 28 de enero, FJ 2). También hemos declarado de manera constante que la prueba de cargo ha de estar referida a los elementos esenciales del delito objeto de condena, tanto de naturaleza objetiva como subjetiva (SSTC 252/1994, de 19 de septiembre, FJ 5; 35/1995, de 6 de febrero, FJ 3; 278/2000, de 24 de julio, FJ 4; 68/2001, de 17 de marzo, FJ 5, y 137/2002, de 2 de junio, FJ 5).

Según venimos sosteniendo desde la STC 174/1985, de 17 de diciembre, a falta de prueba directa de cargo también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento de condena sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que los elementos constitutivos del delito se establezcan no sobre la base de simples sospechas, rumores o conjeturas, sino a partir de hechos plenamente probados o indicios, mediante un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano que se explicita en la Sentencia condenatoria (SSTC 157/1998, de 13 de julio, y 120/1999, de 28 de junio, por todas).

También hemos mantenido que para que la prueba indiciaria pueda traspasar el umbral de las meras sospechas o conjeturas, ha de gozar de los siguientes requisitos: a) El hecho o hechos base (o indicios) han de estar plenamente probados; b) Los hechos constitutivos de delito deben deducirse precisamente de tales hechos base; c) para que se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explicita el razonamiento o engarce lógico entre el hecho base y el hecho consecuencia; d) finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de experiencia común o, como sostuvimos en la STC 169/1986, de 22 de diciembre (FJ 2, reiterada en las SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4, y 202/2000, de 24 de julio, FJ 7) en una "comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes".

Ello permitirá que este Tribunal pueda examinar, cuando se le solicite, la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante (SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, y 117/2000, de 5 de mayo). Obviamente, no para ponderar la razonabilidad de otras posibles inferencias (STC 157/1998, de 13 de julio, por todas), ni para confirmar, variar o sustituir los hechos sujetos a valoración judicial, como si fuese ésta una tercera instancia y el Tribunal Constitucional un Tribunal de apelación, sino al efecto de verificar si el razonamiento empleado en la valoración probatoria ha sido o no arbitrario, irracional o absurdo (SSTC 140/1985, de 21 de octubre; 169/1986, de 22 de diciembre; 44/1989, de 20 de febrero; 283/1994, de 24 de octubre, y 49/1998, de 2 de marzo), o si los criterios empleados conculcan o no valores, principios o derechos constitucionales (SSTC 47/1986, de 21 de abril, y 63/1993, de 1 de marzo), o si se ha dejado de someter a valoración la versión del

inculpado o la prueba de descargo en el juicio oral (SSTC 145/1985, de 28 de octubre, y 161/1990, de 19 de octubre), o, más simplemente, si ha faltado toda motivación acerca de los criterios que han presidido la valoración judicial de la prueba (SSTC 174/1985, de 17 de diciembre; 41/1991, de 25 de febrero, y 283/1994, de 24 de octubre, por todas).»

(STC 180/2002, de 14 de octubre. Recurso de amparo 1885/99. Ponente: D.^a Elisa Pérez Vera, «BOE» de 12 de noviembre de 2002)

«Hemos afirmado en numerosas ocasiones que el derecho a la presunción de inocencia comporta el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, de modo que toda Sentencia condenatoria debe expresar las pruebas en las que sustenta la declaración de responsabilidad penal, dichas pruebas han de haber sido obtenidas con las garantías constitucionales, haberse practicado normalmente en el juicio oral y haberse valorado y motivado por los Tribunales con sometimiento a las reglas de la lógica y la experiencia, de modo que pueda afirmarse que la declaración de culpabilidad ha quedado establecida más allá de toda duda razonable (SSTC 174/1985, de 17 de septiembre, FJ 2; 81/1998, de 2 de abril, FJ 3; 111/1999, de 14 de junio, FJ 2, y 124/2001, de 4 de junio, FJ 9 y ss.). Igualmente hemos declarado que es constitucionalmente legítimo sustentar la responsabilidad penal en prueba indiciaria, aunque en este caso las exigencias de motivación cobran mayor rigor, dado que han de expresarse las pruebas de las que derivan los hechos indiciarios, que han de estar plenamente probados, y las inferencias que unen éstos con los presupuestos fácticos del delito o con la declaración de su realización por el condenado (por todas SSTC 174/1985, de 17 de diciembre, FJ 2, y 124/2001, de 4 de junio, FJ 11). Por último, ha de tenerse en cuenta que la existencia de indicios puede no ser suficiente para destruir la presunción de inocencia cuando no puede establecerse un engarce suficiente entre los indicios y el hecho que ha de ser probado conforme a las reglas de la lógica y la experiencia; así, cuando el hecho base excluye el hecho consecuencia, o cuando del hecho base no se infiere de forma inequívoca la conclusión, de modo que la inferencia sea tan abierta o débil que dé pie para albergar tal pluralidad de conclusiones que ninguna pueda darse por probada (SSTC 189/1998, de 29 de septiembre, FJ 2, y 124/2001, de 4 de junio, FJ 12).»

(STC 123/2002, de 20 de mayo. Recurso de amparo 5546/99. Ponente: D.^a M.^a Emilia Casas Baamonde, «BOE» de 19 de junio de 2002)

Presunción de inocencia. Pruebas capaces para desvirtuarla

«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, hemos 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 necesariamente 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, hemos señalado expresamente también que dicha

regla general admite excepciones (STC 80/1986, de 17 de junio, FJ 1), a través de las cuales es conforme a la Constitución, en limitadas ocasiones, integrar en la valoración probatoria el resultado de diligencias sumariales de investigación (específicamente en los supuestos recogidos en los arts. 714 y 730 LECrm), o el contenido de las pruebas practicadas anticipadamente (legalmente previstas en el art. 657.3 LECrm, para el proceso ordinario, y en los arts. 790.5, 791.2 y 792.1 LECrm, para el procedimiento abreviado).

Singularmente, en lo que se refiere a las diligencias sumariales cuyo resultado se pretende integrar en la valoración probatoria, al analizar la aplicación judicial de lo previsto en los artículos 714 y 730 LECrm, hemos resaltado en numerosas ocasiones la necesidad de que en estos supuestos, dado el carácter secreto de la fase sumarial, el contenido de la diligencia practicada en el sumario 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 (artículo 714 LECrm), o ante la imposibilidad material de su reproducción (artículo 730 LECrm), 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 29 de enero, FJ 7).»

(STC 2/2002, de 14 de enero. Recurso de amparo 4122/97. Ponente: D.^a Elisa Pérez Vera, «BOE» de 8 de febrero de 2002)

Presunción de inocencia. Valor probatorio del atestado policial. Alcholemlia

«Hemos afirmado con reiteración que el atestado tan sólo tiene el valor de denuncia, por lo que considerado en sí mismo se erige en objeto de prueba y no en medio de prueba (SSTC 31/1981, de 28 de julio, FJ 4, y 9/1984, de 30 de enero, FJ 2), con el resultado de que los hechos que en él se afirman por funcionarios, testigos o imputados han de ser introducidos en el juicio oral a través de auténticos medios probatorios (STC 145/1985, de 28 de noviembre, FJ 1). Por esta razón, hemos dicho que no "son medios de prueba las declaraciones de la policía, vertidas en el atestado, sino que se hace necesario, de conformidad con lo establecido en los artículos 297.2 y 727 LECrm, que tales funcionarios presten declaración en el juicio oral, debiendo, en tal caso, ser apreciadas sus manifestaciones como declaraciones testificales" (SSTC 217/1989, de 21 de diciembre, FJ 2, y 33/2000, de 14 de febrero, FFJJ 5 y 6).

Ello, sin embargo, no significa negar toda eficacia probatoria a las diligencias policiales que constan en el atestado, pues, por razón de su contenido, pueden incorporar datos objetivos y verificables, como croquis, planos, fotografías, que pueden ser utilizados como elementos de juicio, siempre que se introduzcan en el juicio oral como prueba documental y garantizando de forma efectiva su contradicción (SSTC 107/1983, de 29 de noviembre, FJ 3; doctrina reiterada hasta la STC 33/2000, de 14 de febrero, FJ 5). El atestado se considera prueba documental exclusivamente en relación con estos elementos (STC 173/1997, de 14 de octubre, FJ 2.a).

Específicamente, cuando el atestado incorpora determinadas pericias técnicas realizadas por los agentes de policía, como las pruebas de alcholemlia, éstas adquieren especial relevancia y pueden alcanzar valor probatorio por sí mismas, siempre que se incorporen al proceso, respetando los principios de inmediación, oralidad y

contradicción; la especial relevancia de estos elementos incorporados al atestado resulta, de un lado, del hecho de constituir pericias técnicas, que, al ser realizadas con instrumental técnico, tienen carácter objetivo y, de otra parte, de que, al referirse a una situación o estado que no persiste hasta la celebración de la vista, son, en consecuencia, difícilmente practicables en la misma (STC 145/1985, de 28 de noviembre, FJ 4; en sentido similar SSTC 100/1985, de 3 de octubre, FJ 2; 5/1989, de 19 de enero, FJ 2, y 111/1999, de 14 de junio, FJ 5). Ahora bien, hemos precisado que la incorporación del resultado de las pruebas de alcoholemia no puede efectuarse a través de la lectura del atestado en el juicio oral cuando se cuestione la fiabilidad del resultado del test de alcoholemia o se ponga en duda el valor de ese resultado en relación con el elemento determinante del delito, esto es, la conducción bajo la influencia del alcohol (SSTC 145/1985, de 28 de noviembre, FJ 4, y 145/1987, de 23 de septiembre, FJ 2); tampoco es suficiente la lectura del atestado cuando en la práctica de la prueba de alcoholemia no se haya informado al conductor del derecho que le asiste a un segundo examen alcoholimétrico y a contrastar los resultados mediante la práctica de un análisis de sangre u otro, requisitos éstos exigidos en orden a garantizar la contradicción y evitar la indefensión del sometido a la misma (SSTC 100/1985, de 3 de octubre, FJ 2; 145/1985, de 28 de noviembre, FJ 5; 145/1987, de 23 de septiembre, FJ 2; 5/1989, de 19 de enero, FJ 2, y 3/1990, de 15 de enero, FFJJ 1 y 2). En definitiva, a pesar de su carácter de prueba documental, las diligencias relativas a las pruebas de alcoholemia que constan en el atestado no pueden incorporarse al juicio oral mediante su lectura en los casos de ausencia de información al conductor del derecho a repetir la prueba y a contrastarla con un análisis de sangre, ni tampoco en aquellos otros en que se cuestione la fiabilidad del resultado de la prueba o el valor que al mismo quepa atribuir en orden a considerar acreditada la conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas.»

(STC 188/2002, de 14 de octubre. Recurso de amparo 2674/2001. Ponente: D.^a M.^a Emilia Casas Baamonde, «BOE» de 12 de noviembre de 2002)

Presunción de inocencia. Valoración de las declaraciones de coimputados

«De acuerdo con la doctrina constitucional, las declaraciones de los coimputados, que no están prohibidas por la ley procesal, pueden valorarse como pruebas aptas para destruir la presunción de inocencia, dado su carácter testimonial [AATC 479/1986, de 4 de junio, FJ 1; 293/1987, de 11 de marzo, FJ único, y 343/1987, de 18 de marzo, FJ 2.a), así como SSTC 137/1988, de 7 de julio, FJ 4; 98/1990, de 24 de mayo, FJ 2; 50/1992, de 2 de abril, FJ 3, y 51/1995, de 23 de febrero, FJ 4].

Sin embargo, hemos afirmado también que tanto por la posición que ocupa el coimputado en el proceso, cuanto porque no se le exige legalmente decir verdad, se trata de una prueba intrínsecamente sospechosa (STC 68/2001, de 17 de marzo, FJ 5), no sólo por su escasa fiabilidad derivada de la posibilidad de que en su manifestación concurren móviles espurios (entre los que es relevante el de autoexculpación o reducción de su responsabilidad) sino porque se trata de un testimonio que sólo de forma muy limitada puede someterse a contradicción. Y es que, como se acaba de señalar, el acusado, a diferencia del testigo, no sólo no tiene obligación legal de decir la verdad, sino que puede callar en virtud del derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, reconocido expresamente en el artículo 24.2 CE, que es una garantía instrumental del más amplio derecho a la defensa en cuanto reconoce a todo ciudadano el derecho a no contribuir a su propia incriminación (SSTC 29/1995, de 6 de

febrero; 197/1995, de 21 de diciembre; 153/1997, de 29 de septiembre; 49/1998 y 115/1998, de 2 de marzo y 1 de junio; en el mismo sentido, las SSTEDH de 25 de febrero de 1993, caso *Funke* c. Francia, § 44; de 17 de diciembre de 1996, caso *Saunders* contra Reino Unido, § 68, y la ya citada de 27 de febrero de 2001, caso *Luca* c. Italia, § 33, han señalado que, pese a no venir expresamente recogido en el artículo 6 CEDH, el derecho a no contribuir a la propia incriminación forma parte de la noción misma de proceso justo consagrada en dicho precepto).

Precisamente dicho déficit de contradicción, que es consustancial a la declaración de cualquier coimputado en nuestro ordenamiento jurídico, unido a su posición en el proceso, es lo que justifica que sus manifestaciones, cuando son prueba única, no adquieran entidad suficiente para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, por lo que su veracidad ha de verse avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa (STC 68/2001, antes citada).»

(STC 2/2002, de 14 de enero. Recurso de amparo 4122/97. Ponente: D.ª Elisa Pérez Vera, «BOE» de 8 de febrero de 2002. En el mismo sentido, STC 57/2002, de 11 de marzo. Recurso de amparo 2622/98. Ponente: D. Tomás S. Vives Antón, «BOE» de 16 de abril de 2002; y STC 125/2002, de 20 de mayo. Recurso de amparo 6829/00. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez, «BOE» de 19 de junio de 2002)

«En relación con este extremo procede recordar, ante todo, que 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 extraprocésal 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, y 343/1987, de 18 de marzo, entre otros)". Ahora bien, la duda objetiva de credibilidad que puede derivar de la coparticipación en los hechos por el 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). En todo caso, tal función corresponde en exclusiva a los órganos de dicha jurisdicción en los términos que derivan del propio artículo 117.3 CE.

Más recientemente, sin embargo, hemos precisado la postura expuesta, afirmando que, tanto por la posición que ocupa el coimputado en el proceso, cuanto porque no se le exige legalmente decir verdad, su declaración constituye una prueba intrínsecamente sospechosa, no sólo por su escasa fiabilidad, derivada de la posibilidad de que en su manifestación concurren móviles espurios (entre los que presenta especial relevancia la posibilidad de autoexculpación o de reducción de la pena que se le imponga), sino porque se trata de un testimonio que sólo de forma muy limitada puede someterse a contradicción (SSTC 68/2001, de 17 de marzo, FJ 5, y 2/2002, de 14 de enero, FJ 6).

Por tal razón, cuando la única prueba de cargo consiste en la declaración de un coimputado, se hace necesario recordar la doctrina de este Tribunal conforme a la cual el acusado, a diferencia del testigo, no sólo no tiene obligación de decir la ver-

dad, sino que puede callar total o parcialmente (STC 129/1996, de 9 de julio; en sentido similar STC 197/1995, de 21 de diciembre), en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, reconocidos en el artículo 24.2 CE, y que son garantías instrumentales del más amplio derecho a la defensa (SSTC 29/1995, de 6 de febrero, y 197/1995, de 21 de diciembre; en este sentido, además, STEDH de 25 de febrero de 1993, caso *Funke* c. Francia, 44). Con fundamento en lo anterior, hemos entendido que la declaración inculpativa del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo única, no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas (SSTC 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 6, y 49/1998, de 2 de marzo, FJ 5). En consecuencia, y a la vista de los condicionamientos que afectan al coimputado, en la STC 115/1998, de 1 de junio, FJ 5, dijimos que "el umbral mínimo que da paso al campo de libre valoración judicial de la prueba practicada está conformado en este tipo de supuestos por la adición a las declaraciones del coimputado de algún dato que corrobore mínimamente su contenido. Antes de ese mínimo, no puede hablarse de base probatoria suficiente o de inferencia suficientemente sólida o consistente desde la perspectiva constitucional que demarca la presunción de inocencia".

Con respecto a lo que constituya esa mínima corroboración, hemos advertido también (STC 182/2001, de 17 de septiembre, FJ 7) 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, ni 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 caso por caso.»

(STC 68/2002, de 21 de marzo. Recurso de amparo 3147/00. Ponente: D.^a Elisa Pérez Vera, «BOE» de 16 de abril de 2002)

«Nuestra jurisprudencia en cuanto a la valoración como prueba de cargo de las declaraciones del coimputado no se conforma con descartar que concurren móviles espurios, que impidan su valoración, sino que desde las SSTC 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 6; 49/1998, de 2 de marzo, FJ 5, y 115/1998, de 1 de junio, FJ 5, hemos afirmado que "a la vista de los condicionantes que afectan al coimputado de sometimiento a un proceso penal y de ausencia de un deber de veracidad, el umbral mínimo que da paso al campo de libre valoración judicial de la prueba practicada está conformado en este tipo de supuestos por la adición a las declaraciones del coimputado de algún dato que corrobore mínimamente su contenido. Antes de ese mínimo, no puede hablarse de base probatoria suficiente o de inferencia suficientemente sólida o consistente desde la perspectiva constitucional que demarca la presunción de inocencia" (SSTC 115/1998, de 1 de junio, FJ 5, y 68/2001, de 17 de marzo, FJ 5). Desde luego, nunca hemos exigido una corroboración plena [lo que implicaría entrar en la valoración de la prueba que nos está vedada (STC 182/2001, de 17 de septiembre, FJ 6)], sino que la declaración esté "mínimamente corroborada" (SSTC 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 6, y 49/1998, de 2 de marzo, FJ 5) o que se añada a las declaraciones del coimputado "algún dato que corrobore mínimamente su contenido" (STC 115/1998, de 1 de junio, FJ 5). Tampoco hemos ofrecido una definición de lo que deba 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 circunstan-

cia externa, debiendo dejar al análisis caso por caso la determinación de si dicha corroboración se ha producido o no" (STC 182/2001, de 17 de septiembre, FJ 6).»

(STC 70/2002, de 3 de abril. Recurso de amparo 3787/01. Ponente: D. Fernando Garrido Falla, «BOE» de 25 de abril de 2002.)

«La STC 72/2001, de 26 de marzo (FJ 5), ha 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, esto es, la declaración de un coimputado no constituye corroboración mínima, a los efectos que venimos exponiendo, de la declaración de otro coimputado.»

(STC 181/2002, de 14 de octubre. Recurso de amparo 2510/99. Ponente: D. Pablo García Manzano, «BOE» de 12 de noviembre de 2002)

Principio de contradicción. Derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de la acusación

«Conforme a las exigencias dimanantes del artículo 24.2 CE [interpretado conforme al artículo 6.3.d) CED], 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).» -

(STC 2/2002, de 14 de enero. Recurso de amparo 4122/97. Ponente: D.ª Elisa Pérez Vera, «BOE» de 8 de febrero de 2002)

ARTÍCULO 25.1

Principio de legalidad. Aplicación analógica

«Nuestra jurisprudencia en relación con el principio de legalidad viene sosteniendo que la garantía material de certeza derivada del mismo tiene implicaciones, no sólo para el legislador, sino también para los órganos judiciales, que en su labor de interpretación y aplicación de las leyes penales se encuentran en 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, y 232/1997, de 16 de diciembre, FJ 2), estándoles 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;

AATC 3/1993, de 11 de enero, FJ 1, y 72/1993, de 1 de marzo, FJ 1), es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan.

Precisando nuestro canon de control de constitucionalidad, cabe hablar de aplicación analógica o extensiva *in malam partem*, vulneradora del 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 los principios que inspiran 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; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4; 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 4; 232/1997, de 16 de diciembre, FJ 2; 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; 42/1999, de 22 de marzo, FJ 4; 142/1999, de 22 de julio, FJ 4; 174/2000, de 26 de junio, FJ 2; 185/2000, de 10 de julio, FJ 4; 195/2000, de 24 de julio, FJ 4; 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 12, y 126/2001, de 4 de junio, FJ 4). También hemos precisado que resulta ajeno al contenido de nuestra jurisdicción decidir la interpretación última o más correcta de entre las posibles de una norma, limitándose nuestro control a verificar la previsibilidad de la norma conforme a las reglas antes expuestas (por todas, SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7; 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 12; 126/2001, de 4 de junio, FJ 4).»

(STC 170/2002, de 30 de septiembre. Recurso de amparo 4677/98. Ponente: D.ª Elisa Pérez Vera, «BOE» de 24 de octubre de 2002)

Principio de legalidad en procedimiento administrativo sancionador

«Importa recordar nuestra consolidada jurisprudencia sobre las exigencias del artículo 25.1 de la Constitución en el ámbito sancionador administrativo. Para ello, debemos comenzar señalando que el derecho fundamental enunciado en aquel precepto incorpora la regla *nullum crimen nulla poena sine 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 CE, es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora (por todas, STC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2).

A partir de ahí, hemos precisado que la garantía material contenida en aquel precepto tiene un alcance absoluto, como se afirma en la Sentencia citada, de manera que la norma punitiva aplicable ha de permitir 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 (SSTC 219/1989, de 21 de diciembre, FJ 2; 116/1993, de 29 de marzo, FJ 3, y 153/1996, de 30 de septiembre, FJ 3). Por el contrario, la reserva de Ley en este ámbito tendría una eficacia relativa o limitada (SSTC 101/1988, de 8 de junio, FJ 3; 29/1989, de 6 de febrero, FJ 2, y 177/1992, de 2 de

noviembre, FJ 2), que no excluiría la colaboración reglamentaria en la propia tarea de tipificación de las infracciones y atribución de las correspondientes sanciones, pero sí que tales remisiones hicieran posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley (SSTC 83/1984, de 24 de julio, FJ 4; 42/1987, FJ 2, y 3/1988, de 21 de enero, FJ 9). Lo que el artículo 25.1 CE prohíbe, hemos matizado, es la remisión de la Ley al Reglamento sin una previa determinación de los elementos esenciales de la conducta antijurídica en la propia Ley (SSTC 305/1993, de 25 de octubre, FJ 3; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 10b; 116/1999, de 17 de junio, FJ 16, y 60/2000, de 2 de marzo, FJ 3).

[.../...]

Desde el punto de vista de la garantía material contenida en el artículo 25.1 CE, exigible también a normas preconstitucionales (STC 116/1993, FJ 3), como la aquí examinada, hemos declarado que no vulnera la exigencia de *lex certa* la remisión que el precepto que tipifica las infracciones realice a otras normas que impongan deberes y obligaciones concretas de ineludible cumplimiento, de forma que su conculcación se asuma como elemento definidor de la infracción sancionable misma, siempre que sea asimismo previsible, con suficiente grado de certeza, la consecuencia punitiva derivada de aquel incumplimiento o transgresión (SSTC 219/1989, FJ 5, y 116/1993, FJ 3). Por lo tanto, el artículo 25.1 CE no excluye que la norma de rango legal contenga remisiones a normas reglamentarias, siempre que en aquella queden suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica (de tal manera que sólo sean infracciones las acciones u omisiones subsumibles en la norma con rango de ley) y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer (SSTC 3/1988, de 21 de enero, FJ 9; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 10, y 60/2000, de 2 de marzo, FJ 3). Como ha expresado concisamente la reciente STC 132/2001, de 8 de junio, el artículo 25.1 CE proscribire toda habilitación reglamentaria vacía de contenido material propio (FJ 5).»

(STC 25/2002, de 11 de febrero. Recurso de amparo 603/97. Ponente: D. Javier Delgado Barrio, «BOE» de 14 de marzo de 2002)

«Conviene recordar que, como hemos afirmado en la STC 132/2001, de 8 de junio, FJ 5; "desde la STC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2; viene declarando este Tribunal que el artículo 25.1 CE proscribire toda habilitación reglamentaria vacía de contenido material propio". Decíamos a continuación, en la expresada STC 132/2001, lo siguiente: "Esta doctrina ha sido luego pormenorizada y especificada para distintos supuestos de colaboración reglamentaria en la tipificación de infracciones y sanciones. De esta forma hemos precisado, en relación con normas reglamentarias del Estado o de las Comunidades Autónomas, que la Ley sancionadora ha de contener los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer (SSTC 3/1988, de 21 de enero, FJ 9; 101/1988, de 8 de junio, FJ 3; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 10, y 60/2000, de 2 de marzo, FJ 3). Con una formulación más directa dijimos en la STC 305/1993, de 25 de octubre, FJ 3; que el artículo 25.1 CE obliga al legislador a regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones que le 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 predeterminado o delimitado por otra con rango de Ley; esta declaración ha sido luego reiterada, entre otras, en la STC 6/1994, de 17 de enero, FJ 2. Es claro que, con una u otra formu-

lación, nuestra jurisprudencia viene identificando en el artículo 25.1 CE una exigencia de tipificación de los elementos esenciales de las infracciones administrativas y de sus correspondientes sanciones, correspondiendo al Reglamento, en su caso, el desarrollo y precisión de los tipos de infracciones previamente establecidos por la Ley". Igual doctrina se mantiene en las SSTC 61/1990, de 29 de marzo, FFJJ 7 y 8; 133/1999, de 15 de julio, FJ 2, y 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 6, entre otras.»

(STC 26/2002, de 11 de febrero. Recurso de amparo 2123/97. Ponente: D. Pablo Cachón Villar, «BOE» de 14 de marzo de 2002)

ARTÍCULO 25.2

Diferencia entre trabajos forzados y prestaciones personales obligatorias para los internos

«La prestación solicitada al recurrente de realizar la limpieza de parte de las zonas comunes de su módulo que por turno le correspondía no puede ser considerada, a los efectos del artículo 25.2 CE, como un "trabajo forzoso". La negativa a su cumplimiento fue lo que fundamentó la sanción impuesta.

[.../...]

Sin perjuicio de que la prestación que se le exige ni siquiera constituye el trabajo al que se refiere el precepto, lo que la Ley General Penitenciaria en su artículo 26 y el Reglamento penitenciario en el artículo 4.2 f) reconocen, es el derecho al trabajo, no la prohibición constitucional de exigir al interno determinadas prestaciones, ni siquiera la consideración del trabajo como un deber que figura también en el referido artículo 26 LOGP. La prestación que se le exigió al recurrente debe entenderse, no tanto como un trabajo a los efectos del artículo 26 LOGP, sino como una prestación personal obligatoria justificable por la especial intensidad con la que opera la relación especial de sujeción del interno, de la que se deduce su deber de colaboración en las tareas comunes del centro penitenciario. Esa relación de sujeción especial, que en todo caso debe ser entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente de los derechos fundamentales (SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 6; 137/1990, de 19 de julio, FJ 4; 11/1991, de 17 de enero, FJ 2; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 3; 35/1996, de 11 de marzo, FJ 2; 170/1996, de 29 de octubre, FJ 4; 175/1997, de 27 de octubre, FJ 2; 58/1998, de 16 de marzo, FJ 5; 188/1999, de 25 de octubre, FJ 5; 175/2000, de 26 de junio, FJ 2, y 27/2001, de 29 de enero, FJ 3, entre otras), origina un entramado de derechos y deberes recíprocos de la Administración penitenciaria y el recluso. De ese entramado destaca, a los efectos que a este amparo interesa, de un lado, la obligación esencial de la institución penitenciaria de garantizar y velar, como repetidamente se cuida de señalar la legislación penitenciaria, por la seguridad y el buen orden que deben regir en el centro, y, de otro lado, el correlativo deber del interno de acatar y observar las normas de régimen interior reguladoras de la vida del establecimiento.

En lo que aquí respecta, hay que citar el artículo 5.1 RP, según el cual "el interno se incorpora a una comunidad que le vincula de forma especialmente estrecha, por lo que se le podrá exigir una colaboración activa y un comportamiento solidario en el cumplimiento de sus obligaciones". El apartado 2 b) del referido precepto ordena que "deberá acatar las normas de régimen interno y las órdenes

que reciba del personal penitenciario"; el apartado f) establece que los internos deberán "realizar las prestaciones personales obligatorias impuestas por la Administración penitenciaria para el buen orden y limpieza de los establecimientos". Por su parte, el artículo 78 RP establece que "1. Todos los reclusos están obligados a respetar ... procurando que las instalaciones se encuentren siempre limpias y haciendo buen uso de las mismas", y el apartado 2 dispone que "conforme a lo establecido en el artículo 29.2 de la LOGP, los internos vendrán obligados a realizar las prestaciones personales necesarias para el mantenimiento del buen orden, limpieza y la higiene en los establecimientos". El artículo 29.2 LOGP, por su parte, establece que "todo interno deberá contribuir al buen orden, limpieza, e higiene del establecimiento, siendo reglamentariamente determinados los trabajos organizados a dichos fines". Ninguna de estas prescripciones puede considerarse contraria a los derechos fundamentales de los internos. A todo lo dicho debe señalarse que, si bien el artículo 4.2 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, ratificado por España mediante Instrumento de 26 de septiembre de 1979, señala que "Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio", en el apartado 3 a) indica que no se considera trabajo forzado u obligatorio "todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad en las condiciones previstas por el artículo 5 del presente Convenio" (penados y detenidos preventivamente).

Lo realmente relevante es que el recurrente asimile este tipo de prestaciones personales al concepto de trabajos forzados que emplea el artículo 25.2 de la Constitución, lo cual debe ser rechazado categóricamente. Hemos dicho (ATC 608/1985, de 18 de septiembre) que el concepto de "trabajos forzados" tiene que ver con la naturaleza punitiva de éstos, pues con ellos se persigue incrementar el padecimiento del reo con su dureza y, a menudo, con su inutilidad, de modo que solamente podrían integrar este concepto los que se impongan como pena asimilada a la comisión de un delito, o los que consistan en la utilización del recluso, en el interior o en el exterior del centro penitenciario, como mano de obra productiva y no remunerada al servicio del Estado. Hay que rechazar, por lo tanto, que las denominadas "prestaciones personales obligatorias", relacionadas con el buen orden en los centros penitenciarios, integren el concepto de trabajo punitivo y menos aún, el de trabajo forzado. La Ley Penitenciaria y su Reglamento, como ya expusimos, configuran el trabajo de los reclusos como un derecho y, a la vez, un deber que no puede tener carácter aflictivo, ni ser aplicado como medida de corrección, sino que está orientado precisamente a la finalidad de las penas privativas de libertad. Lo anterior se traduce en la obligación por parte de la Administración penitenciaria de, en primer lugar, encaminar el trabajo a un fin determinado –preparar al interno para la vida en libertad–; seguidamente, impone que el interno goce de la protección de la legislación vigente en materia de Seguridad Social y, en tercer lugar, no ha de estar supeditado al logro de intereses económicos por la Administración (art. 26 LOGP), sino que, por el contrario, debe ser remunerado (art. 27.2 de la misma Ley). Nada, pues, tienen que ver este tipo de prestaciones personales obligatorias, relacionadas con la necesidad de mantener la salubridad e higiene en los centros penitenciarios, ni con el trabajo de los reclusos, ni mucho menos con los trabajos forzados, por más que aquéllas sean obligatorias.»

(STC 116/2002, de 20 de mayo. Recurso de amparo 1669/98. Ponente: D. Fernando Garrido Falla, «BOE» de 19 de junio de 2002)

Reinserción social como fin de las penas

«La invocación del artículo 25.2 CE se hace sobre la base de la no concurrencia de los presupuestos que prevé este precepto, en los términos que se relacionan en el ya mencionado fundamento jurídico segundo. Pues bien, en cuanto al alegado incumplimiento de "lo establecido en la Ley General Penitenciaria tendente a la inserción social del condenado", hemos de decir que, como se afirma en la STC 75/1998, de 31 de marzo, FJ 2; "reiteradamente hemos señalado que este precepto constitucional no contiene un derecho fundamental a la reinserción social, sino un mandato al legislador para orientar la política penal y penitenciaria: se pretende, a través de él, que en la dimensión penitenciaria de la pena privativa de libertad se siga una orientación encaminada a esos objetivos, sin que éstos sean su única finalidad (AATC 15/1984, 486/1985, 303/1986 y 780/1986, y SSTC 2/1987, 19/1988, 28/1988, 150/1991, 209/1993, 72/1994, 112/1996, 2/1997 y 81/1997)".»

(STC 194/2002, de 28 de octubre. Recurso de amparo 3207/98. Ponente: D. Pablo Cachón Villar, «BOE» de 20 de noviembre de 2002)

Derecho de los reclusos en un Centro Penitenciario de gozar de los derechos fundamentales

«Como ya hemos señalado (SSTC 81/2000, de 27 de marzo, y 175/2000, de 26 de junio) "las personas reclusas en centros penitenciarios gozan de los derechos fundamentales ... a excepción de los constitucionalmente restringidos" y "refiriéndonos en concreto a la relación que se produce entre la Administración penitenciaria y las personas reclusas en un centro penitenciario, que hemos incardinado dentro de las denominadas relaciones de sujeción especial (SSTC 2/1987, de 21 de enero, FFJJ 2 y 4; 120/1990, de 27 de junio, FJ 6; 129/1995, de 11 de septiembre, FJ 3; 35/1996, de 11 de marzo, FJ 2, y 60/1997, de 18 de marzo, FJ 1, entre otras), hemos resaltado que el interno se integra en una institución preexistente que proyecta su autoridad sobre quienes, al margen de su condición común de ciudadanos (y como consecuencia de la modificación de su *status libertatis*), adquieren el estatuto específico de individuos sujetos a un poder público, que no es el que, con carácter general, existe sobre el común de los ciudadanos", de suerte que "la naturaleza especial de aquella relación de especial sujeción y la peculiaridad del marco normativo constitucional derivado del artículo 25.2 CE supone que entre la Administración penitenciaria y el recluso se establezcan un conjunto de derechos y deberes recíprocos, que deben ser entendidos en un sentido reductivo y, a la vez, compatible con el valor preferente de los derechos fundamentales".»

(STC 140/2002, de 3 de junio. Recurso de amparo 6270/00. Ponente: D. Javier Delgado Barrio, «BOE» de 26 de junio de 2002)

ARTÍCULO 27.1

Derecho a la educación de los internos en un Centro Penitenciario

«Los internos en un centro penitenciario gozan del derecho a la educación –artículo 27.1 CE– y así lo reconocen los artículos 55 y siguientes LOGP. Pero tal derecho queda sujeto a las "modulaciones y matices" (STC 175/2000, ya citada) derivadas

de su situación de sujeción especial, que obliga a "acatar las normas de régimen interior reguladoras de la vida del establecimiento" [art. 4.1 b) LOGP].»

(STC 140/2002, de 3 de junio. Recurso de amparo 6270/00. Ponente: D. Javier Delgado Barrio, «BOE» de 26 de junio de 2002)

ARTÍCULO 81.1

Reserva de Ley Orgánica en relación con el derecho a la libertad

«En relación con la reserva de Ley Orgánica (art. 81.1 CE) este Tribunal viene acogiendo, desde la STC 5/1981, de 13 de febrero, un criterio de interpretación estricto. Tanto en lo que se refiere al término "desarrollar" como a la "materia" objeto de reserva. Se trata, con ese criterio estricto, de evitar petrificaciones del ordenamiento jurídico y de preservar la regla de las mayorías parlamentarias no cualificadas (entre otras, SSTC 173/1998, de 23 de julio, FJ 7, y 129/1999, de 1 de julio, FJ 2). Precisando aún más esta doctrina, en la STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 11; analizamos con detenimiento cuándo la imposición de límites a un derecho fundamental cae en la reserva de Ley orgánica (art. 81.1 CE) y cuándo se puede considerar una regulación del ejercicio del derecho (art. 53.1 CE) no reservado a aquella forma legal. Dijimos entonces que los límites legales o bien pueden ser restricciones directas del derecho fundamental mismo, o bien pueden ser restricciones al modo, tiempo o lugar de ejercicio del derecho fundamental. En el primer caso, regular esos límites es una forma de desarrollo del derecho fundamental. En el segundo, los límites que se fijan lo son a la forma concreta en la que cabe ejercer el haz de facultades que compone el contenido del derecho fundamental en cuestión, constituyendo una manera de regular su ejercicio, lo que puede hacer el legislador ordinario a tenor de lo dispuesto en el artículo 53.1 CE.

13. Ciertamente es que en anteriores ocasiones este Tribunal ha considerado que determinadas privaciones de libertad debían calificarse como "desarrollo" del artículo 17.1 CE y, por tanto, sólo podían establecerse en Ley Orgánica conforme al artículo 81.1 CE. Así ha ocurrido en relación con la tipificación de ilícitos penales (SSTC 140/1986, de 11 de noviembre, FJ 5; 160/1986, de 16 de diciembre, FJ 3, y 119/1992, de 18 de septiembre, FJ 2); también llegamos a dicha conclusión –aun no siendo *ratio decidendi* del caso– en relación con el internamiento de personas con trastornos psíquicos (STC 129/1999, de 1 de julio, FJ 2). Se trataba, en los casos enjuiciados, de normas que previeran privaciones de libertad especialmente gravosas: bien por su duración (dilatada, en el caso de las penas; indefinida, en el caso de internamiento del enajenado) bien porque la privación de libertad tenía lugar en régimen penitenciario. Se trataba, además, de privaciones de libertad que podían afectar a cualquier sujeto, con sólo concurrir el supuesto de hecho abstracto de la norma punitiva o de internamiento. Eran, en suma, privaciones de libertad cuya generalidad e intensidad las equiparaban a un tratamiento frontal o "desarrollo" del artículo 17.1 CE; de ahí la exigencia de Ley Orgánica ex artículo 81.1 CE. Ahora bien, nada lleva a concluir que también en el caso presente nos hallamos ante afectaciones de la libertad que, por su generalidad e intensidad, puedan ser calificadas como "restricciones directas" del derecho fundamental a la libertad personal (art. 17.1 CE).

14. Empecemos por señalar que el precepto hoy impugnado modifica el régimen de admisión de solicitudes de asilo que figura en una Ley no orgánica, como es la Ley 5/1984, de 26 de marzo. Ciertamente es que esta Ley responde a un mandato expreso de

regulación contenido en el artículo 13.4 CE. Pero igualmente cierto es que ninguna norma constitucional exigía que aquella Ley se tramitara y aprobara como orgánica ni, por supuesto, esto sea lo que se deduce del artículo 13.4 CE, en el que se remite a la Ley ordinaria la regulación de los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España. Sentado lo anterior aún debemos profundizar en si el nuevo párrafo 7.3, incluido en el artículo 5 de la Ley 5/1984, soporta una exigencia específica de aprobación con la forma de Ley Orgánica. Debemos declarar, en este sentido, que el artículo 5.7.3 LRDA no contiene "restricciones directas" al derecho fundamental enunciado en el artículo 17.1 CE, sino restricciones singulares sobre el modo, tiempo y lugar en que determinados extranjeros que intentan asilarse en España gozan de la libertad personal que reconoce la Constitución. Es importante destacar que el artículo 18 LRDA reconoce a los ya asilados el pleno disfrute del derecho a la libertad sin más restricciones que las posibles "medidas cautelares" previstas en el artículo 18.2 LRDA, y lo mismo se puede concluir—conforme a los artículos 4.2 y 5.1 LRDA— en relación con los extranjeros cuya solicitud de asilo ya ha sido admitida a trámite (de forma expresa o por silencio administrativo). Cabe afirmar, entonces, que el artículo 5.7.3 LRDA ni desarrolla ni regula de forma directa y general el derecho a la libertad personal de los extranjeros; ni siquiera el derecho a la libertad de un grupo concreto de extranjeros (los solicitantes de asilo en frontera). El artículo 5.7.3 LRDA impone—en el marco de una regulación eminentemente protectora del extranjero, como es la Ley de Asilo— ciertas limitaciones temporales y espaciales a aquellos extranjeros que se encuentran en una situación provisional de espera perfectamente identificada en la Ley. Se trata de una restricción de la libertad de movimientos—respecto a su pretensión de entrar libremente en España— por un máximo de cuatro días (y a lo sumo dos días más si, inadmitida la solicitud, se paraliza la expulsión del extranjero por medio de una petición de reexamen) que en ningún caso impide el libre retorno del recurrente a su lugar de procedencia o, en su caso, la marcha hacia un tercer Estado con distinto régimen de entrada. Con lo dicho debemos concluir que estamos ante modulaciones provisionales y limitadas a la forma en que ciertos sujetos disfrutaban, en circunstancias muy determinadas y no generalizables, de su derecho a la libertad personal. La regulación del artículo 5.7.3. LRDA no constituye un desarrollo frontal del derecho a la libertad personal, ni las restricciones que establece suponen una limitación esencial de aquella libertad personal, que son los supuestos en que—de acuerdo con el artículo 81.1 CE— se exige reserva de Ley Orgánica. En tales términos, debemos concluir que no es exigible la aprobación del artículo 5.7.3 LRDA conforme a las exigencias procedimentales propias de la Ley Orgánica.»

(STC del Pleno 53/2002, de 27 de febrero. Recurso de inconstitucionalidad 2994/94 promovido por el Defensor del Pueblo contra el apartado 8 del artículo único de la Ley de Cortes Generales 9/1994, de 19 de mayo, que modificó un precepto de la Ley reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado de 1984. Ponente: D. Fernando Garrido Falla, «BOE» de 3 de abril de 2002)

ARTÍCULO 162.1b)

«Este Tribunal ha declarado que, aunque en principio, sólo están legitimados activamente para interponer el recurso de amparo quienes sean titulares del derecho fundamental presuntamente vulnerado por el acto o resolución de los poderes públicos objeto de impugnación, y en tal condición hayan sido parte en el proceso judicial antecedente (art. 46.1.b LOTC; SSTC 141/1985, de 22 de octubre; 11/1992, de 27 de

enero), el artículo 162.1 b) CE no reduce dicha legitimación exclusivamente a los titulares del derecho fundamental infringido, reconociendo también la legitimación a quien, no siendo el titular del derecho fundamental presuntamente lesionado, se halla respecto del mismo en una determinada situación jurídico-material que le confiere un "interés legítimo" para solicitar la tutela de este Tribunal (SSTC 214/1991, de 11 de noviembre, y 12/1994, de 17 de enero), lo que, entre otros supuestos, ocurre cuando se trata de una persona que, aun no siendo parte necesaria en un proceso judicial, debió recibir la oportunidad de intervenir en él, por ostentar un derecho o interés legítimo que podría resultar afectado por la resolución que se dictase (SSTC 123/1989, de 6 de julio, y 235/1997, de 19 de diciembre).»

(STC 174/2002, de 9 de octubre. Recurso de amparo 1401/00. Ponente: D. Tomás S. Vives Antón, «BOE» de 24 de octubre de 2002)

CÓDIGO PENAL

ARTÍCULO 80.4

Suspensión de la pena impuesta

«Del precepto se desprende con toda claridad que el otorgamiento de la suspensión exige, como primer e inexorable requisito, que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables. Ciertamente, como resulta de la STC 25/2000 (FJ 4), los órganos judiciales sentenciadores cuentan con un amplio margen valorativo para la apreciación de si el penado está aquejado de una enfermedad que pueda ser calificada como muy grave y de si le ocasiona padecimientos incurables. Pero si el órgano judicial llega, de forma jurídicamente regular, a la conclusión de que tal presupuesto para el otorgamiento de la suspensión no existe, simplemente no podrá otorgar la suspensión. Y debe recordarse que en la STC 25/2000 (FJ 6) pusimos de manifiesto también que este Tribunal Constitucional no puede afirmar ni cuestionar la concurrencia en cada caso de una enfermedad grave que ocasiona padecimientos incurables, ni tampoco imaginar las razones que podrían avalar una u otra hipótesis, al constituir su apreciación tarea atribuida a los Tribunales ordinarios, a los que sólo debemos exigir, como señalábamos, para satisfacer las exigencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que expresen su decisión al respecto de forma motivada y razonable, sin caer en la arbitrariedad o en el error patente.»

(STC 5/2002, de 14 de enero. Recurso de amparo 5341/98. Ponente: D. Pablo García Manzano, «BOE» de 8 de febrero de 2002)

ARTÍCULO 117

Responsabilidad civil. Cuantía de la indemnización por lesiones causadas en accidente de tráfico

«Tal y como ha quedado expuesto, aunque las quejas formuladas por la demandante se dirigen contra las resoluciones judiciales que han sido reseñadas, lo hacen

únicamente en cuanto las mismas han sido el cauce de concreción de una Ley (la de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor) cuya aplicación provoca, en su opinión, consecuencias contrarias al contenido de los derechos cuya vulneración alega. En tal medida, dada su identidad de fundamento, el análisis y resolución de la pretensión de amparo ha de tener en cuenta, necesariamente, la doctrina expresada en nuestra STC 181/2000, que resolvió las dudas de constitucionalidad planteadas sobre algunos aspectos de dicha Ley, pues tanto el Ministerio Fiscal como la entidad aseguradora del autobús se remiten a la misma para justificar su propuesta de desestimación de la queja al considerar que su objeto coincide con el de este proceso constitucional de amparo.

Como dijimos en la citada resolución (FJ 1), la Disposición adicional octava de la Ley 30/1995 ha establecido un detallado sistema normativo de predeterminación y cuantificación legal de los daños a las personas (daños corporales), que tienen su causa en accidentes producidos por la circulación de vehículos a motor, en el que se establecen, mediante el sistema de baremación, límites cuantitativos que operan como topes máximos para fijar las correspondientes indemnizaciones por tales daños, en función de la aplicación generalizada de los criterios y de las tablas allí determinadas. Las dudas de constitucionalidad planteadas por los órganos judiciales partían de la obligada vinculación jurídica que establecía la ley, la cual, según entendían, les impedía atender a las singularidades del caso concreto y satisfacer, en su caso, pretensiones resarcitorias derivadas de daños procesalmente acreditados pero no contemplados en el baremo, o que superasen los límites indemnizatorios legalmente establecidos en aquél. Basta esta somera descripción del objeto de aquel proceso para concluir en la identidad de razón de aquellas dudas judiciales y las quejas que fundamentan la pretensión que analizamos.

Pues bien, tal y como la Juez de Instrucción núm. 1 de Berja y los Magistrados de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Almería afirman en las resoluciones cuestionadas, no cabe duda de que "el sistema tasado o de baremo introducido por la cuestionada Ley 30/1995 vincula, como es lo propio de una disposición con ese rango normativo, a los Jueces y Tribunales en todo lo que atañe a la apreciación y determinación, tanto en sede de proceso civil como en los procesos penales, de las indemnizaciones que, en concepto de responsabilidad civil, deban satisfacerse para reparar los daños personales irrogados en el ámbito de la circulación de vehículos a motor. Y tal sujeción "se produce no sólo en los casos de responsabilidad civil por simple riesgo (responsabilidad cuasi objetiva), sino también cuando los daños sean ocasionados por actuación culposa o negligente del conductor del vehículo" (STC 181/2000, FJ 4).

3. En primer término, hemos de rechazar en este supuesto, al igual que hicimos en el análisis abstracto de la Ley (FFJJ 7 a 12), que la aplicación en las resoluciones impugnadas de los criterios y límites indemnizatorios establecidos por el legislador haya provocado, como consecuencia, la vulneración del contenido de los artículos 14 y 15 CE.

En lo que se refiere al principio de igualdad en la ley porque hay que descartar que el establecimiento legal de un máximo indemnizatorio por todos los daños personales y por todos los conceptos genere un tratamiento injustificadamente diferenciado para las víctimas de un siniestro circulatorio, pues "de la Constitución no se deriva que el instituto de la responsabilidad civil extracontractual tenga que ser objeto de un tratamiento normativo uniforme e indiferenciado ni, como es obvio, la Norma fundamental contiene una prohibición por la que se impida al legislador regular sus contenidos, adaptándolos a las peculiaridades de los distintos contextos en que se desenvuelven las relaciones sociales" (FJ 11). Por ello, al constatar que la concreta

regulación especial o diferenciada que está en la base de la queja no se ha articulado a partir de categorías de personas o grupos de las mismas, sino en atención exclusivamente al específico ámbito o sector de la realidad social en que acaece la conducta o actividad productora de los daños, cabe afirmar que "se opera en función de un elemento objetivo y rigurosamente neutro, que explica por qué esa pluralidad de regímenes jurídicos especiales se aplica por igual a todos los ciudadanos, es decir, a todos los dañados, sin que implique, directa o indirectamente, un menoscabo de la posición jurídica de unos respecto de la de otros".

Y en relación con el derecho a la integridad física y moral basta con recordar que "la Ley 30/1995, por la que se introdujo el baremo, no desarrolla ni regula los derechos a la vida y a la integridad física y moral que reconoce el artículo 15 CE" (FJ 8), por más que sus contenidos tengan incidencia directa sobre los bienes de la personalidad a los que aquellos derechos sirven. Y pese a que "el artículo 15 de la Constitución no puede ser considerado como un precepto irrelevante a la hora de examinar el régimen legal de la tutela, en sede de responsabilidad civil, de los bienes de la personalidad que dicho precepto constitucional reconoce y garantiza", ese mandato constitucional de protección suficiente de la vida y la integridad personal que incorpora no significa que el principio de total reparación de lo dañado encuentre asiento en el artículo 15 de la Constitución, que "sólo condiciona al legislador de la responsabilidad civil en dos extremos: en primer lugar, en el sentido de exigirle que, en esa inevitable tarea de traducción de la vida y de la integridad personal a términos económicos, establezca unas pautas indemnizatorias suficientes en el sentido de respetuosas con la dignidad que es inherente al ser humano (art. 10.1 CE); y en segundo término, que mediante dichas indemnizaciones se atienda a la integridad –según la expresión literal del artículo 15 CE– de todo su ser, sin disponer exclusiones injustificadas" (FJ 9).

Por ello, la conclusión entonces alcanzada, conforme a la cual el sistema de baremación establecido por la Ley 30/1995 no es contrario tampoco al artículo 15 CE, pues atiende no sólo al supuesto de muerte, sino también a las lesiones causadas en la integridad física y moral de las personas estableciendo unas cuantías que no pueden estimarse insuficientes desde la perspectiva constitucional que nos es propia, ha de extenderse a su aplicación y, por tanto, a la presente pretensión de amparo, lo que conlleva su desestimación.»

(STC 9/2002, de 15 de enero. Recurso de amparo 2272/99. Ponente: D. Tomás S. Vives Antón, «BOE» de 8 de febrero de 2002)

ARTÍCULO 252

Apropiación indebida

«Considera la Sentencia, en su fundamento jurídico 3, respecto de los títulos que permiten la comisión del delito de apropiación indebida, con cita de jurisprudencia del Tribunal Supremo, que "dado el carácter abierto de la fórmula utilizada por el precepto, caben también aquellas relaciones jurídicas de carácter complejo o atípico que no encajan en ninguna categoría jurídica de las establecidas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido en tal norma penal, esto es, que se origine una obligación de entregar o devolver". A partir de esta constatación, en el fundamento jurídico 5 se afirma lo siguiente: "Partiendo de la existencia del pacto sobre el premio especial que se declara terminantemente probado, estamos ante un título que

no atribuye al acusado la propiedad de la totalidad del premio especial de la lotería, sino de un título posesorio que en virtud del pacto entre el acusado y Joaquín obligaba al primero a entregar la mitad del premio especial por él obtenido. Se trata de un acuerdo verbal pero con plenitud de efectos jurídicos, sobre ganancias futuras en el caso de que se cumpla la condición establecida, consistente en que el número que jugaba fuese agraciado con el premio especial, como así ocurrió. En virtud de este pacto, el acusado estaba obligado a dar al premio especial el destino previamente pactado y abusando de la confianza existente entre ambos, y en que no existía acuerdo escrito... y que el acusado estaba en posesión del décimo premiado, transmuta la posesión legítima del décimo que le permitió cobrar el premio especial, en propiedad ilegítima de su total importe, y como el título derivado del pacto no le atribuía la propiedad de todo el premio, el acusado al no cumplir el acuerdo existente,... apropiándose de un dinero que no era suyo, incurrió en el delito de apropiación indebida".

Esta interpretación del elemento "título" ni se aparta del tenor literal del precepto (sino que se ciñe estrictamente a él, pues el artículo 535 CP decía literalmente, tras una enumeración de contratos típicos, "o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos"), ni resulta extravagante de acuerdo con los principios que inspiran el ordenamiento constitucional, ni emplea métodos interpretativos no aceptados por la comunidad jurídica (pues, tanto desde una perspectiva lógico-sistemática, como teleológico-valorativa es perfectamente admisible concluir que título idóneo para el delito de apropiación indebida es todo aquél que genera obligación de entregar o devolver, de forma que si se incumple la obligación, se produce una apropiación de aquello que no le pertenecía), ni se aparta de la interpretación usual del Tribunal Supremo en materia de apropiación indebida (en la que está presente de forma continua la idea de transmutación de la legítima posesión en ilegítima propiedad), y en concreto en materia de apropiación de dinero. Por tanto, desde todas las perspectivas de análisis puede concluirse que la interpretación de la norma encaja en el tenor literal del precepto y era previsible, por lo que no ha existido vulneración del artículo 25.1 CE.»

(STC 170/2002, de 30 de septiembre. Recurso de amparo 4677/98. Ponente: D.^a Elisa Pérez Vera, «BOE» de 24 de octubre de 2002)

LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

ARTÍCULO 161

«El artículo 161 LECrM alude expresamente a la posibilidad de "rectificar alguna equivocación importante". Como dijimos en la STC 262/2000, de 30 de octubre, FJ 2; se trata de una expresión "de mayor ambigüedad, pero que ha de ser entendida en el sentido que se deriva del anterior contexto", contexto que –en la expresada Sentencia– era equivalente al de la exposición precedente, contenida en el presente fundamento jurídico y en el anterior. En igual sentido, en la STC 138/1985, de 18 de octubre, FJ 9; hemos afirmado que el remedio pretendido con el artículo 161 LECrM no puede dirigirse "a que se altere radicalmente la misma fundamentación de la Sentencia". Y en las SSTC 159/2000, de 12 de junio, FJ 3, y 112/1999, de 14 de junio, FJ 3, que conocieron de sendos recursos de amparo formulados contra Autos de aclaración de Sentencias dictadas en juicio de faltas (al igual que en el presente caso), dijimos –bien que con explícita referencia al artículo 267 LOPJ, por estimarlo de

aplicación— que en ningún caso el remedio procesal de la aclaración puede consentir la rectificación de lo que se deriva de los antecedentes de hecho, fundamentos jurídicos y sentido del fallo.»

(STC 55/2002, de 11 de marzo. Recurso de amparo 3502/97. Ponente: D. Pablo Cachón Villar, «BOE» de 16 de abril de 2002)

ARTÍCULO 557

Derogado por la STC 10/2002, de 17 de enero. Cuestión de inconstitucionalidad 2829/94

«9. La inconstitucionalidad del precepto precisa analizar en qué medida dicha disposición se refiere a las habitaciones de los hoteles y en qué medida el concepto de domicilio que establece incide en el ámbito de protección del artículo 18.2 CE, para lo que habrá que examinar la finalidad del artículo 557 LECrm.

En efecto, como sostiene la Audiencia Provincial de Sevilla y el Fiscal General del Estado, aunque el precepto analizado no se refiere expresa y literalmente a los hoteles, es patente que los términos "posadas y fondas" constituyen el equivalente sinonímico usual en el momento en que se elaboró la Ley de Enjuiciamiento Criminal del actualmente utilizado de forma genérica "hotel" u otros similares como hostales, pensiones, residencias, apartahoteles, etc... Conforme a una interpretación del precepto que tenga en cuenta el momento en el que la norma ha de ser aplicada, se advierte que se refiere a cualquier establecimiento de hostelería con independencia de la específica modalidad que revista.

De otra parte, como también sostiene la Sala, la delimitación negativa del concepto de domicilio efectuada en el artículo 557 LECrm. tiene como finalidad excluir de las exigencias que dicha Ley requiere, y, en particular, de la autorización judicial, las entradas y registros en el mismo. Dicha finalidad se deduce del contexto sistemático del propio precepto, pues, en efecto, esta disposición se encuentra ubicada en el Título VIII del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, "De la entrada y registro en un lugar cerrado, del de libros y papeles y de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica", que regula dichas diligencias. Como datos relevantes han de mencionarse que dicho Título, tras comenzar su regulación con una genérica prohibición de entrada en el domicilio o sin consentimiento, excepto en los casos y formas previstos en la ley, establece una serie de disposiciones conforme a las cuales, y atendiendo a una diferenciación de lugares, se habilita al Juez de Instrucción para autorizar la entrada y registro en el curso de un proceso (arts. 546 a 549), destacando en este contexto la específica regulación de la entrada y registro de un domicilio (arts. 550 y ss.) en cuyo marco aparece una primera delimitación positiva del concepto de domicilio (art. 554) "para los efectos de los artículos anteriores" y la delimitación negativa realizada en el artículo 557 objeto de examen. De ello, así como del contenido de la disposición del artículo 558 LECrm., que se refiere a los requisitos de la motivación del Auto judicial autorizante de la entrada y registro, deriva, ciertamente, que la delimitación negativa de espacios no considerados domicilio efectuada por el artículo 557 LECrm. tiene como finalidad su exclusión de las exigencias de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, específicamente, su exclusión del requisito de que la entrada y el registro en los mismos sea autorizado mediante resolución judicial motivada.

Excluir los establecimientos de hostelería de la necesidad de autorización judicial no es, sin embargo, en principio, contrario al artículo 18.2 CE, pues se trata de establecimientos abiertos al público en los que principalmente se desarrollan actividades no privadas y, por consiguiente, quienes las realizan no tienen pretensión de privacidad. Por ello, el artículo 557 LECrm., en su sentido original, no es contrario a la protección constitucional del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

La incompatibilidad del artículo 557 LECrm. con el derecho reconocido en el artículo 18.2 CE se produce sólo en la medida en que impide con carácter absoluto que dichos establecimientos o una parte de los mismos, específicamente sus habitaciones respecto de sus huéspedes, sean consideradas domicilio, esto es, espacios en los que los huéspedes de los hoteles despliegan su privacidad. Como hemos afirmado, el artículo 18.2 CE garantiza la interdicción de la entrada y registro en el domicilio, estableciendo que, en ausencia de consentimiento de su titular y de flagrante delito, sólo es constitucionalmente legítima la entrada y registro efectuada con resolución judicial autorizante. Dicha exigencia de autorización judicial constituye un requisito de orden preventivo para la protección del derecho (por todas, SSTC 160/1991, de 18 de julio, FJ 8; 126/1995, de 25 de julio, FJ 2, y 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 10) que no puede ser excepcionado, puesto que las excepciones constitucionales a la interdicción de entrada y registro tienen carácter taxativo (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 3, y 136/2000, de 29 de mayo, FJ 3). Por consiguiente, ninguna justificación puede tener, desde la perspectiva constitucional, la exclusión de la autorización judicial de espacios que han de considerarse, de conformidad con el artículo 18.2 CE, domicilio de una persona física.

10. En atención a todo ello se ha de concluir que el artículo 557 LECrm. es contrario al artículo 18.2 CE por cuanto que excluye expresamente la posibilidad de que las habitaciones de los huéspedes de los hoteles puedan considerarse su domicilio a los efectos de que la entrada y registro en las mismas requieran autorización judicial. La cuestión a precisar ahora es si, como sostiene el Fiscal General del Estado, la protección del derecho a la inviolabilidad del domicilio se satisface con una declaración de inconstitucionalidad parcial del precepto o exige la declaración de la inconstitucionalidad de toda la disposición. Si suprimimos las expresiones señaladas por el Fiscal General del Estado, el tenor literal del precepto rezaría: "Las tabernas, casas de comidas, posadas y fondas no se reputarán como domicilio de los que se encuentren... en ellas...; y lo serán... de los taberneros, hosteleros, posaderos y fondistas que se hallen a su frente y habiten allí con sus familias en la parte del edificio a este servicio destinada".

Procede, no obstante, declarar la inconstitucionalidad de toda la disposición cuestionada –artículo 557 LECrm.– y no sólo de los incisos propuestos por el Fiscal General del Estado, pues, como ha quedado expuesto, no cabe una interpretación del precepto conforme al artículo 18.2 CE, y, si bien el principio de conservación del Derecho al que también sirve el de interpretación conforme podría avalar la inconstitucionalidad parcial del precepto, es lo cierto que la protección de la inviolabilidad de las habitaciones de los hoteles, así como la exclusión de la necesidad de autorización judicial para los registros de dichos establecimientos de hostelería cuando en los mismos se realizan otras actividades no privadas o en las partes de ellos no destinadas a vida privada y abiertos al público, deriva directamente del propio artículo 18.2 CE, así como del concepto de domicilio del artículo 554.2 LECrm.»

(STC 10/2002, de 17 de enero. Cuestión de inconstitucionalidad 2829/94, por la que se declaró inconstitucional y derogado el artículo 557 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Ponente: D.ª M.ª Emilia Casas Baamonde, «BOE» de 8 de febrero de 2002)

LEY ORGÁNICA 1/1979, DE 26 DE SEPTIEMBRE, GENERAL PENITENCIARIA

ARTÍCULO 4.1b)

«Reiteradamente hemos declarado que la relación que se establece entre la Administración penitenciaria y las personas reclusas en un centro penitenciario se incluye precisamente entre las denominadas de sujeción especial, pues "el interno se integra en una institución preexistente que proyecta su autoridad sobre quienes ingresan en ella" (STC 175/2000, de 26 de junio, FJ 2). Y esta relación de sujeción especial se desarrolla precisamente en un concreto centro penitenciario, dentro del cual es necesario "garantizar y velar por la seguridad y el buen orden regimental del centro" (STC 119/1996, de 8 de junio, FJ 4), lo que implica la necesidad de ajustarse a las normas de régimen interior "reguladoras de la vida del establecimiento" [artículo 4.1 b) de la Ley Orgánica 1/1979, general penitenciaria, en adelante LOGP].»

(STC 140/2002, de 3 de junio. Recurso de amparo 6270/00. Ponente: D. Javier Delgado Barrio, «BOE» de 26 de junio de 2002)

ARTÍCULO 51

Ver comentario de jurisprudencia al epígrafe «Derecho al secreto de las comunicaciones de interno en Centro Penitenciario» del artículo 18.3 Constitución.

ARTÍCULOS 55 a 58

«Los internos en un centro penitenciario gozan del derecho a la educación –artículo 27.1 CE– y así lo reconocen los artículos 55 y siguientes LOGP. Pero tal derecho queda sujeto a las "modulaciones y matices" (STC 175/2000, ya citada) derivadas de su situación de sujeción especial, que obliga a "acatar las normas de régimen interior reguladoras de la vida del establecimiento" [art. 4.1 b) LOGP].»

(STC 140/2002, de 3 de junio. Recurso de amparo 6270/00. Ponente: D. Javier Delgado Barrio, «BOE» de 26 de junio de 2002)

LEY ORGÁNICA 2/1979, DE 3 DE OCTUBRE, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ARTÍCULO 42

Interposición de recurso de amparo cuando está pendiente un proceso judicial

«El mero hecho de que en el momento de la formalización del recurso de amparo estuviera pendiente de decisión un proceso ante un órgano judicial, instado por los mismos demandantes de amparo, con el mismo objeto, y en el que se formulaban las

mismas pretensiones que en el proceso constitucional, conduce inexorablemente a la inadmisión de éste. En efecto, haciendo abstracción de la adecuación en este caso de la vía de amparo del artículo 42 LOTC, alegada por los recurrentes, lo cierto es que no puede acudir ante este Tribunal Constitucional por la vía del recurso de amparo quien ha considerado procedente la utilización de la vía judicial, en tanto ésta no haya concluido, pues en caso contrario se estaría afectando a la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo, respecto de la cual este Tribunal ha puesto reiteradamente de manifiesto la esencial importancia de los fines a los que sirve. En este sentido, la STC 192/2001, de 1 de octubre, tras destacar que los requisitos de admisibilidad de la demanda de amparo deben ser examinados teniendo en cuenta como marco temporal de referencia el momento en que fue presentada (sin perjuicio, por supuesto, de que determinadas circunstancias acaecidas con posterioridad puedan también ser relevantes al efecto), señala que es imposible la coexistencia temporal de un recurso de amparo con la vía judicial, siendo necesario esperar a la conclusión de ésta para acudir ante este Tribunal Constitucional en sede amparo, de manera que para que entre en funcionamiento la justicia constitucional es preciso que estén agotadas las vías judiciales.»

(STC 44/2002, de 25 de febrero. Recurso de amparo 1371/98. Ponente: D. Pablo García Manzano, «BOE» de 3 de abril de 2002)

ARTÍCULO 44.1.c)

Invocación judicial previa del derecho fundamental vulnerado

«Este Tribunal tiene reiteradamente declarado que la exigencia de invocación del derecho fundamental ante los órganos judiciales se rige por un criterio flexible, no siendo exigible la cita del ordinal del derecho fundamental en cuestión, ni siquiera del *nomen iuris* que lo designe (entre muchas, SSTC 34/1999, de 22 de marzo, FJ 1, y 99/1999, de 31 de mayo, FJ 2 b). Lo verdaderamente relevante es que la invocación haya permitido que el órgano judicial conociese de la lesión del derecho fundamental cuya protección luego se pide en amparo (SSTC 36/1999, de 22 de marzo, FJ 2; 200/1999, de 8 de noviembre, FJ 2, y 108/2000, de 5 de mayo, FJ 2, entre otras).»

(STC 60/2002, de 11 de marzo. Recurso de amparo 5208/98. Ponente: D. Roberto García-Calvo y Montiel, «BOE» de 16 de abril de 2002)

«Los defectos insubsanables de que pudiera estar afectado el recurso de amparo no resultan sanados porque la demanda haya sido inicialmente admitida, de forma que la comprobación de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción puede siempre abordarse en la Sentencia, de oficio o a instancia de parte (SSTC 318/1994, de 28 de noviembre; 114/1999, de 14 de junio; 129/2000, de 16 de mayo; 185/2000, de 10 de julio, y 105/2001, de 23 de abril), y así lo hemos afirmado expresamente respecto de la falta de invocación previa del derecho fundamental vulnerado (SSTC 164/1989, de 16 de octubre; 152/1992, de 79/1994, de 14 de marzo; 321/1994, de 28 de noviembre; 46/1996, de 25 de marzo; 54/1996, de 26 de marzo; 77/1999, de 26 de abril; 201/2000, de 24 de julio, y 7/2002, de 14 de enero).

En definitiva, los defectos insubsanables de que pudiera estar afectado el recurso de amparo no resultan subsanados por el solo hecho de que haya sido admitido a trámite (cfr., además de las ya citadas, SSTC 50/1991, de 11 de marzo; 153/1999, de 14 de septiembre; 228/2001, de 26 de noviembre; 18/2002, de 28 de enero, y 74/2002, de 8 de abril).

3. Ha de recordarse al respecto que, conforme a la doctrina reiterada de este Tribunal, "el requisito exigido por el artículo 44.1 c) LOTC no es un mero formalismo... inútil, ni una fórmula inocua, pues tiene por finalidad, de un lado, que los órganos judiciales tengan oportunidad para pronunciarse sobre la violación constitucional, haciendo posible el respeto y restablecimiento del derecho constitucional en sede jurisdiccional ordinaria y, de otro, preservar el carácter subsidiario de la jurisdicción constitucional de amparo, que resultaría desvirtuado si ante ella se plantearan cuestiones sobre las que previamente, a través de las vías procesales oportunas, no se ha dado ocasión de pronunciarse a los órganos de la jurisdicción ordinaria correspondiente (SSTC 11/1982, 75/1984, 46/1986, 203/1987, 182/1990, 97/1994, 29/1996 y 77/1999, entre otras muchas)" (STC 222/2001, de 5 de noviembre, citando el FJ 2 de la STC 205/1999, de 8 de noviembre). Tal requisito, por otra parte, ha de ser interpretado de manera flexible y con criterio finalista, atendiendo, más que al puro formalismo de la expresada invocación del precepto constitucional que se estime infringido, a la exposición de un marco de alegaciones que permita al Tribunal ordinario cumplir con su función de tutelar los derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo constitucional y, en su caso, remediar la vulneración constitucional causada por él mismo o por el órgano inferior, al objeto de preservar el carácter subsidiario que ostenta el recurso de amparo constitucional (SSTC 11/1982, de 29 de marzo; 46/1983, de 27 de mayo; 75/1984, de 27 de junio; 30/1985, de 1 de marzo; 203/1988, de 2 de noviembre; 162/1990, de 22 de octubre; 115/1995, de 10 de julio; 182/1995, de 11 de diciembre; 116/1997, de 23 de junio; 54/1998, de 16 de marzo, y 222/2001, de 5 de noviembre, entre otras).

En resumidas cuentas, no se requiere una especie de *editio actionis* (STC 69/1997, de 8 de abril), bastando para considerar cumplido el requisito con que de las alegaciones del recurrente pueda inferirse la lesión del derecho fundamental que luego se intente invocar en el recurso de amparo (STC 142/2000, de 29 de mayo), siempre que la queja haya quedado acotada en términos que permitan a los órganos judiciales pronunciarse sobre la misma (SSTC 75/1988, de 25 de abril; 29/1996, de 26 de febrero; 146/1998, de 30 de junio; 310/2000, de 28 de diciembre, y 14/2001, de 29 de enero).»

(STC 133/2002, de 3 de junio. Recurso de amparo 3402/98. Ponente: D. Roberto García-Calvo y Montiel, «BOE» de 26 de junio de 2002. En el mismo sentido, STC 136/2002, de 3 de junio. Recurso de amparo 1458/99. Ponente: D.ª M.ª Emilia Casas Baamonde, «BOE» de 26 de junio de 2002, y STC 158/2002, de 16 de septiembre. Recurso de amparo 2732/99. Ponente: D.ª Elisa Pérez Vera, «BOE» de 9 de octubre de 2002)

LEY 40/1979, DE 10 DE DICIEMBRE, SOBRE RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTROL DE CAMBIOS

Principios de legalidad y tipicidad en materia sancionadora. Atipicidad penal de la exportación de moneda al extranjero sin declarar. Infracción administrativa

«Ya en la STC 133/1987, de 21 de julio, FJ 4, tuvimos ocasión de decir que el principio de legalidad en el ámbito del derecho sancionador estatal implica, por lo

menos, estas tres exigencias: la existencia de una ley (*lex scripta*); que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*); y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*), lo que significa un rechazo de la analogía como fuente creadora de delitos y penas, e impide, como límite a la actividad judicial, que el juez se convierta en legislador (en sentido análogo pueden citarse las SSTC 3/1988, de 21 de enero, 111/1993, de 25 de marzo, 372/1993, de 13 de diciembre, FJ 5, y 64/2001, de 17 de marzo, FJ 4).

En el ámbito administrativo hemos afirmado con reiteración lo que puede condensarse en la fórmula de que el artículo 25.1 CE, extensible al ordenamiento administrativo sancionador, incorpora una doble garantía: la primera, de orden material y de alcance absoluto, 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 reguladoras de estas sanciones, que aunque no excluye la cooperación entre Ley y Reglamento en este ámbito, impone inexcusablemente que exista una necesaria cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma legal, habida cuenta del carácter excepcional que los poderes sancionatorios en manos de la Administración presentan (SSTC 77/1983, de 3 de octubre, 42/1987, de 7 de abril, 305/1993, de 25 de octubre, 306/1994, de 14 de noviembre, y 117/1995, de 17 de julio).

Tampoco está de más que, en el contexto de este caso concreto, hagamos referencia a nuestras afirmaciones sobre los mecanismos de sucesión de normas en el tiempo y, más concretamente, a la retroactividad de la ley penal más favorable. Ya en la STC 131/1986, de 29 de octubre, FJ 2, tuvimos ocasión de decir que el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, además de no conceder derecho de carácter constitucional susceptible de amparo (SSTC 8/1981, de 30 de marzo, y 15/1981, de 7 de mayo), supone la aplicación íntegra de la ley más beneficiosa, incluidas aquellas de sus normas parciales que puedan resultar perjudiciales en relación con la ley anterior, que se desplaza en virtud de dicho principio, siempre que el resultado final, como es obvio, suponga beneficio para el reo, ya que en otro caso la ley nueva carecería de esa condición de más beneficiosa que justifica su aplicación retroactiva, doctrina que había sido apuntada en el ATC 471/1984, de 24 de julio, y que ha resultado confirmada, más recientemente, en la STC 21/1993, de 18 de enero, FJ 5.

5. Del examen de los antecedentes puede concluirse que el hoy demandante de amparo fue sancionado con total respeto de los principios reconocidos constitucionalmente, sin que puedan ponerse reparos a la actuación de las autoridades administrativas. Ello se deduce, entre otros datos, de la simple lectura del artículo 4.1 del Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre, vigente en el momento en el que sucedieron los hechos. Dicho artículo dispone que "la exportación de moneda metálica, billetes de banco y cheques bancarios al portador estén cifrados en pesetas o en moneda extranjera, así como de oro amonedado o en barras, estará sujeta a previa declaración cuando su importe sea superior a 1.000.000 de pesetas por persona y viaje, y a previa autorización administrativa cuando su importe sea superior a 5.000.000 de pesetas por persona y viaje". El uso de la conjunción copulativa "y" significa que siempre que se superara el millón de pesetas había que declarar y que sólo cuando la cantidad fuera superior a cinco millones era preciso, además, solicitar la autorización administrativa. De modo que, suprimida esta última por las exigencias de vigencia del Derecho comunitario que la excluía, permanece, sin embargo, la primera, que nunca ha desaparecido y que, por cierto, se mantiene en nuestra actual legislación sobre transacciones exteriores. Puede verse que, tras los cambios experimentados en la misma

en virtud del Real Decreto 1638/1996, de 5 de julio, que modifica el Real Decreto 1816/1991, de 20 de diciembre, ya citado, se continúa exigiendo la declaración previa para salidas de moneda, billetes y cheques superiores a un millón de pesetas (nueva redacción del artículo 4 hecha por el artículo 1 del nuevo Real Decreto).

6. Parece claro que, del examen de la normativa entonces y ahora vigente, puede deducirse que todo aquel que exporte dinero de España debe cumplimentar dicha declaración previa, independientemente de que, tras la transposición de la normativa comunitaria, ya no haga falta el permiso de las autoridades españolas para enviar dinero al exterior, aunque la cantidad sea superior a los cinco millones de pesetas. Lo que no es admisible es pensar que, suprimida la autorización para grandes cantidades de dinero, en el caso de éstas tampoco es preciso hacer la declaración. Dicho razonamiento nos conduciría al absurdo de que la exportación de cantidades inferiores a cinco millones de pesetas estaría gravada con la exigencia de la declaración y la de las superiores sería, por el contrario, totalmente libre, siendo así que el lógico objetivo de toda esta normativa es el de mantener una mínima vigilancia sobre las transacciones exteriores, mínima vigilancia que sirve a unos objetivos lógicos en un Estado social y democrático de Derecho y que no tiene por qué ser incompatible con las exigencias comunitarias de liberalización de la circulación de capitales.

La sanción impuesta lo fue respetando el principio de legalidad (sanción tipificada según el art. 10.2 de la Ley 40/1979 y el art. 4.1 del Real Decreto 1816/1991). Aunque el recurrente incurrió en delito, no ha sido condenado por el mismo en virtud de la aplicación de la legislación penal más favorable. Pero la desaparición de su responsabilidad penal no implica la de la administrativa, que en todo caso permanece: el hoy demandante en amparo debió hacer la declaración exigida por la normativa de transacciones exteriores.

Si la consecuencia indudable de la transposición de la Directiva comunitaria 88/361 fue la de que variarían las sanciones en materia de control de cambios, suprimiéndose la autorización requerida anteriormente para exportar moneda, no tuvo aquélla, sin embargo, el efecto de acabar con la exigencia de la declaración, que, según la Sentencia de 23 de febrero de 1995 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, es perfectamente compatible con la normativa comunitaria. De este modo, la ley más favorable a la que pretendió acogerse el quejoso en amparo, y que de hecho le fue aplicada, incluye la exigencia de declaración. El incumplimiento fue correctamente sancionado. Procede, en suma, desestimar la pretensión de amparo.»

(STC 75/2002, de 8 de abril. Recurso de amparo 2956/98. Ponente: D. Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, «BOE» de 25 de abril de 2002)

LEY 5/1984, DE 26 DE MARZO, REGULADORA DEL DERECHO DE ASILO Y DE LA CONDICIÓN DE REFUGIADO

ARTÍCULO 5.7.3 MODIFICADO POR LEY 9/1994, DE 19 DE MAYO

Permanencia en el puesto fronterizo y derecho a la libertad.

«a) Ninguna duda hay, en primer lugar, de que el solicitante de asilo, en tanto extranjero, sólo disfruta del derecho fundamental a entrar y circular libremente por España (artículo 19 CE) en los términos que disponen los Tratados y la Ley. Así está

dicho en la jurisprudencia de este Tribunal (SSTC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 3; 86/1996, de 21 de mayo, FJ 2, y 174/1999, de 27 de septiembre, FJ 4). En la actualidad el derecho de los extranjeros a entrar en España está condicionado, con carácter general, al cumplimiento de los requisitos del artículo 25.1 y 2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (parcialmente reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre). Como excepción, el artículo 5.7.3 LRDA prevé también que quien solicita asilo en frontera –y que no cumple con los requisitos del artículo 25. 1 y 2 de la Ley Orgánica 4/2000– pueda entrar en España (supuesto que la permanencia en las "dependencias adecuadas" del puesto fronterizo pueda considerarse tal), si bien de forma limitada y provisional, mientras sobre la petición de asilo recaea una primera resolución de admisión a trámite. De esta forma el Estado español protege, conforme a lo dispuesto en el artículo 33.1 de la Convención de Ginebra de 1951, a quienes acceden a un puesto fronterizo y en él denuncian un temor fundado de ser perseguidos. El amparo o protección del Estado español se cifra, conforme al artículo 5.7.3 LRDA, en la permanencia del extranjero en el puesto fronterizo; sólo en esos precisos y limitados términos autoriza la Ley la entrada provisional en España de extranjeros solicitantes de asilo. Fuera de esas condiciones el solicitante de asilo en frontera carece de todo derecho, ni constitucional ni legal, a entrar o circular por España.

b) Durante el tiempo en que el solicitante de asilo permanece en "dependencias adecuadas" del puesto fronterizo rigen, por principio, los derechos fundamentales derivados de la dignidad de la persona que la Constitución reconoce a todas las personas sometidas a los actos de los poderes públicos españoles. Los solicitantes de asilo disfrutan, por tanto, del derecho a la libertad que el artículo 17.1 CE reconoce a todas las personas (STC 115/1987, de 7 de julio, FJ 1). Lo relevante aquí no es la concreta ubicación territorial de las "dependencias adecuadas" a que se refiere el artículo 5.7.3 LRDA, y que será bien distinta según que la entrada en España sea por tierra, mar o aire. Lo determinante es, desde la perspectiva propia de los derechos fundamentales, la existencia de una situación legal de sometimiento de los solicitantes de asilo a un poder público español. Este es el criterio que resulta tanto de la jurisprudencia de este Tribunal (por todas: STC 21/1997, de 10 de febrero, FJ 3) como del artículo 1 CEDH (relevante para la interpretación de nuestros derechos fundamentales, conforme al artículo 10.2 CE) y de la jurisprudencia del TEDH (así, en un caso de retención de solicitantes de asilo en zona aeroportuaria, en la STEDH de 25 de junio de 1996, caso *Amuur c. Francia*). Dicho esto, desde ahora debemos advertir y destacar que la permanencia del solicitante de asilo en las "dependencias adecuadas" de frontera en ningún caso impide que ese mismo extranjero abandone aquel lugar de espera cuando lo considere conveniente, aunque no, por supuesto, para entrar incondicionalmente en España, ámbito éste en el que no disfruta del derecho fundamental a "entrar y salir libremente de España" (art. 19 CE), sólo reconocido constitucionalmente a los españoles.

5. Acabamos de recordar que los extranjeros solicitantes de asilo disfrutan del derecho a la libertad (art. 17.1 CE) frente a los poderes públicos de España. Ahora bien, ese derecho fundamental no es absoluto e ilimitado (SSTC 178/1985, de 19 de diciembre, FJ 3, y 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6); el propio artículo 17.1 CE prevé supuestos de privación de libertad "con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley".

[.../...]

Identificada la existencia de un bien constitucional al que sirve la restricción del artículo 5.7.3 LRDA también debemos declarar que el respeto a la Ley (así, a la de extranjería) sólo permite restricciones limitadas, controladas y ciertas sobre un bien

constitucional (la libertad personal) que goza de una posición constitucional preeminente en su doble vertiente de derecho fundamental (art. 17 CE) y valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE). Esta "regla de prevalencia condicionada" entre los bienes constitucionales en concurrencia tiene, por lo demás, claro respaldo en el art. 5.1.f) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que expresamente contempla como posible causa legal de restricción de la libertad personal el impedimento de la entrada ilegal en el territorio del país. Sentado lo anterior, y a la vista de cuanto venimos razonando en esta Sentencia, debemos concluir que la limitación a la libertad contemplada en el artículo 5.7.3 es ponderada. Se trata —en primer lugar— de una restricción cierta (según razonamos ya más arriba, FJ 7). Es, además, una restricción claramente limitada: tanto en relación con los sujetos afectados (únicamente los extranjeros peticionarios de asilo cuya solicitud aún no ha sido admitida a trámite) como en el tiempo (un máximo de cuatro días, y dos días más si, inadmitida la solicitud, se paraliza la expulsión del extranjero por medio de una petición de reexamen) en el espacio (no impide el retorno del extranjero a su lugar de procedencia o su entrada en otro Estado) y en el modo de la restricción (ausencia de régimen penitenciario o disciplinario). Y es también, por último, una limitación a la libertad plenamente controlada: ora en forma administrativa (el art. 5.7.1 LRDA prevé —incluso— una posible visita de un representante del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados) como judicial.»

(STC del Pleno 53/2002, de 27 de febrero. Recurso de inconstitucionalidad 2994/94 promovido por el Defensor del Pueblo contra el apartado 8 del artículo único de la Ley de Cortes Generales 9/1994, de 19 de mayo, que modificó un precepto de la Ley reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado de 1984. Ponente: D. Fernando Garrido Falla, «BOE» de 3 de abril de 2002)

LEY ORGÁNICA 5/1985, DE 19 DE JUNIO, DEL RÉGIMEN ELECTORAL GENERAL

ARTÍCULO 144.1.b)

«Tratándose de un tipo penal tan abierto como es el del artículo 144.1 b) LOREG, la adecuada realización del juicio de proporcionalidad requerido, aquí en la formulación del juicio ponderativo, no se satisface con la genérica referencia (contenida en la Sentencia de apelación) a "la libertad de elección" y a "su autenticidad" en cuanto valores legitimadores del reproche penal de determinadas conductas, sino que demanda además precisar, en la labor aplicativa que sólo a los órganos jurisdiccionales compete realizar, en qué medida, en las circunstancias del caso enjuiciado, dichos valores han sido puestos en peligro por la desatención de los requisitos procedimentales en los actos preparatorios de las reuniones que se achacan al solicitante de amparo. [.../...]

La remisión del artículo 144.1 b) LOREG a la normativa relativa a las reuniones ha de entenderse hecha a la Ley Orgánica reguladora del derecho de reunión, cuyo artículo 8, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 21.2 CE, supedita la "celebración de reuniones en lugares de tránsito público y de manifestaciones" a la comunicación previa a la autoridad gubernativa. Consecuentemente, por razón de la ya indicada remisión, esta previsión integra el tipo del ilícito penal aquí implicado.

Pues bien, en la interpretación que del tipo han efectuado las resoluciones judiciales impugnadas se aprecia una quiebra del principio de legalidad penal, que si con carácter general incide en la esfera del derecho garantizado por el artículo 25.1 CE (por todas, STC 64/2001, de 17 de marzo, FJ 4 a) y las resoluciones allí citadas) aquí afecta directamente al contenido de la libertad de reunión (art. 21 CE). El mencionado principio impone "por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención punitiva, no sólo la sujeción de la jurisdicción sancionadora a los dictados de las leyes que describen ilícitos e imponen sanciones, sino la sujeción estricta, impidiendo la sanción de comportamientos no previstos en la norma correspondiente, pero similares a los que sí contempla" (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 6, y, en igual sentido, SSTC 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4, y 232/1997, de 16 de diciembre, FJ 2).

En efecto, dichas resoluciones judiciales extienden el ámbito espacial de aplicación de un requisito formal a un supuesto no contemplado en la norma y deducen de lo que estiman su incumplimiento la realización de un tipo penal. Dicho de otro modo, la equiparación de un espacio abierto "en las inmediaciones de tránsito público" con los "lugares de tránsito público", a los que especifica y exclusivamente se refieren los artículos 21.2 CE y 8 LODR, representa en esta ocasión una interpretación analógica *in malam partem* no acorde con el contenido del derecho fundamental ejercitado y que por ello ha de merecer el amparo de este Tribunal Constitucional.»

(STC 196/2002, de 28 de octubre. Recurso de amparo 4719/98. Ponente: D. Pablo Cachón Villar, «BOE» de 20 de noviembre de 2002)

LEY ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE JULIO, DEL PODER JUDICIAL

ARTÍCULO 222

Ver comentario de jurisprudencia al epígrafe «Derecho a un proceso con todas las garantías. Derecho a un Juez imparcial» del artículo 24.2 Constitución.

ARTÍCULO 267

«Conviene recordar que 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 (apartado 2; SSTC 28/1999, de 8 de marzo, FJ 2; 112/1999, de 14 de junio, FJ 3; 69/2000, de 13 de marzo, FJ 2; 111/2000, de 5 de mayo, FJ 12; 262/2000, de 30 de octubre, FJ 2; 286/2000, de 27 de noviembre, FJ 2; 59/2001, de 26 de febrero, FJ 2; 140/2001, de 18 de junio, FF JJ 3 y 4, y 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, este Tribunal tiene declarado que son las que menos dificultades prác-

ticas plantean, pues 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 (SSTC 23/1994, de 27 de enero, FJ 1; 82/1995, de 5 de junio, FJ 2; 23/1996, de 13 de febrero, FJ 2; 140/2001, de 18 de junio, FJ 7; 216/2001, de 29 de octubre, FJ 2).

Por lo que se refiere a la rectificación de los errores materiales manifiestos, 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, y 142/1992, de 13 de octubre, FJ 2). Asimismo ha declarado que 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 (SSTC 23/1994, de 27 de enero, FJ 1; 19/1995, de 24 de enero, FJ 2; 82/1995, de 5 de junio, FJ 2; 48/1999, de 22 de marzo, FJ 3; 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, 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 (SSTC 48/1999, de 22 de marzo, FJ 3; 218/1999, de 29 de noviembre, FJ 3; 69/2000, de 13 de marzo, FJ 2; 111/2000, de 5 de mayo, FJ 12; 262/2000, de 30 de octubre, FJ 3, y 140/2001, de 18 de junio, FF JJ 5, 6 y 7).»

(STC 187/2002, de 14 de octubre. Recurso de amparo 1544/2001. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijos, «BOE» de 12 de noviembre de 2002. En el mismo sentido, STC 55/2002, de 11 de marzo. Recurso de amparo 3502/97. Ponente: D. Pablo Cachón Villar, «BOE» de 16 de abril de 2002)

ARTÍCULOS 448 y 449

Ver comentario de jurisprudencia al epígrafe “Derecho a la defensa y a la asistencia de letrado. Derecho a la libertad de expresión en el ejercicio de la defensa letrada” del artículo 24.2 Constitución.

REAL DECRETO 190/1996, DE 9 DE FEBRERO, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO PENITENCIARIO

ARTÍCULO 5

Ver comentario de jurisprudencia al epígrafe «Diferencia entre trabajos forzados y prestaciones personales obligatorias para los internos» del artículo 25.2 Constitución.

ARTÍCULOS 202 a 206

Beneficios penitenciarios: indulto particular

«Del tenor literal de las disposiciones reglamentarias reproducidas se obtiene que el indulto particular se configura, por propia decisión de la norma que lo regula, como un beneficio penitenciario (art. 202.2 RP) y que, como consecuencia de ello, se vincula a la reeducación y reinserción social de los internos en cuanto fin principal de la pena privativa de libertad (artículo 203 RP); de modo que se trata de una de las instituciones que tienden a hacer efectivo el principio recogido en el artículo 25.2 CE. De otra parte, la regulación reproducida atribuye la competencia para la tramitación del indulto al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria a solicitud de la Junta de Tratamiento, previa propuesta del Equipo Técnico del Centro Penitenciario (art. 206.1 RP). En caso de ser adoptada dicha decisión por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, esto es, la decisión de tramitar el indulto, esta tramitación se regula por lo dispuesto en la legislación vigente sobre el ejercicio del derecho de gracia (art. 206.2 RP). La tramitación del indulto particular conoce así dos fases claramente diferenciadas: la que finaliza con la resolución del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, que es la ordenada por los artículos 202 y ss. del Reglamento penitenciario, y la que se inicia con dicha resolución y es regulada, según dispone el artículo 206.2 del Reglamento penitenciario, conforme a la legislación vigente sobre el ejercicio del derecho de gracia.

[.../...].

Es doctrina reiterada de este Tribunal que el derecho a la tutela judicial "exige siempre, desde luego, y sin perjuicio de los específicos requerimientos que imponen cada una de sus distintas facetas o vertientes, que las resoluciones judiciales sean motivadas y fundadas en Derecho, sin incurrir en irrazonabilidad, arbitrariedad o error patente" (STC 5/2002, de 14 de enero, FJ 2). Y, si bien el deber de motivación se satisface, en principio, cuando las resoluciones judiciales exteriorizan las razones que fundamentan la decisión, siempre que el razonamiento que en ellas se contiene constituya la aplicación no arbitraria de las normas al caso (por todas SSTC 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 5; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2, y 82/2002, de 22 de abril, FF JJ 7 y 8), no obstante, existen diversos supuestos en los que se

exige un específico y reforzado deber de motivación (por todas SSTC 116/1998, de 2 de junio, FJ 4, y 5/2002, de 14 de enero, FJ 2). Así sucede, en lo que ahora interesa, en los casos en que la resolución judicial decide sobre una materia conectada con otros derechos fundamentales o libertades públicas o incide de alguna manera en la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico. En particular, resulta afectada la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico cuando las resoluciones judiciales adoptan decisiones sobre beneficios penitenciarios, como la libertad condicional (STC 79/1998, de 1 de abril, FJ 4), o sobre los permisos de salida (por todas, SSTC 2/1997, de 13 de enero, FJ 2; 79/1998, de 1 de abril, FJ 4, y 109/2000, de 5 de mayo, FJ 3), o la suspensión de la ejecución de la pena (SSTC 25/2000, de 31 de enero, FJ 3; 264/2000, de 13 de noviembre, FJ 2; 8/2001, de 15 de enero, FJ 2, y 5/2002, de 14 de enero, FJ 2).

En estos supuestos, en los que el órgano judicial cuenta con un amplio margen de discrecionalidad para la concesión o denegación del beneficio solicitado, hemos declarado, en primer término, que "la facultad legalmente atribuida a un órgano judicial para que adopte con carácter discrecional una decisión en un sentido o en otro no constituye por sí misma justificación suficiente de la decisión finalmente adoptada, sino que, por el contrario, el ejercicio de dicha facultad viene condicionado estrechamente a la exigencia de que tal resolución esté motivada, pues sólo así puede procederse a un control posterior de la misma en evitación de toda posible arbitrariedad que, por los demás, vendría prohibida por el artículo 9.3 de la Constitución" (SSTC 224/1992, de 14 de diciembre, FJ 3; 115/1997, de 16 de junio, FJ 2; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2, y 264/2000, de 13 de noviembre, FJ 2), Y, en segundo lugar, que el deber de fundamentación de estas resoluciones judiciales requiere la ponderación de las circunstancias individuales del penado, así como de los valores y bienes jurídicos comprometidos en la decisión, teniendo en cuenta la finalidad principal de la institución, la reeducación y reinserción social, y las otras finalidades, de prevención general, que legitiman la pena privativa de libertad (por todas, SSTC 112/1996, de 24 de junio, FJ 4; 25/2000, de 31 de enero, FJ 6; 264/2000, de 13 de noviembre, FJ 4, y 8/2001, de 15 de enero, FJ 3).»

(STC 163/2002, de 16 de septiembre. Recurso de amparo 1268/01. Ponente: D.ª M.ª Emilia Casas Baamonde, «BOE» de 9 de octubre de 2002)

ARTÍCULO 242.2.j)

Derecho del interno a asesorarse durante la tramitación del expediente sancionador

«Aunque el derecho a asesorarse durante la tramitación del expediente constituye una de las garantías procesales aplicables, no implica la obligatoriedad de ser asesorado por letrado (por todas, SSTC 143/1995, FJ 4, y 27/2001, FJ 10), ni tampoco el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita (por todas, STC 83/1997, FJ 3), por lo que la cuestión a resolver no es si el interno ha sido asesorado por letrado o no, lo que ciertamente no sucedió, si no si fue asesorado "por letrado, funcionario, o cualquier persona ..." que hubiera designado (artículo 242.2 RP); y, para ello es previo determinar si el interno solicitó ser asesorado por letrado, u otra persona. Pues bien, en el procedimiento no consta la solicitud del interno, mientras que sí consta en el pliego de cargos que podía solicitar asesoramiento. De manera

que, si el interno no manifestó su voluntad de ser asesorado, hay que entender que renunció a esa posibilidad conscientemente, por lo que carece de fundamento constitucional la alegación de indefensión en este marco.»

(STC 116/2002, de 20 de mayo. Recurso de amparo 1669/98. Ponente: D. Fernando Garrido Falla, «BOE» de 19 de junio de 2002)

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

MARÍA DEL CARMEN FIGUEROA NAVARRO

ABEL TÉLLEZ AGUILERA

Universidad de Alcalá

ARTÍCULO 16.2

Desistimiento en delito de homicidio: condena por delito de lesiones, siendo incompatible la atenuante de reparación del daño

Segundo. Como hemos dicho, en los motivos segundo y tercero del recurso, incorrectamente residenciados en el artículo 849.2.º LECrM, se impugna la inferencia del Tribunal de instancia en cuya virtud se atribuye al procesado el ánimo de dar muerte a su esposa, impugnación que debe ser entendida como denuncia de aplicación indebida del artículo 138 CP y solicitud de que el hecho declarado probado sea considerado delito de lesiones. Recordemos que, según la declaración de hechos probados, lo acontecido el día de autos, en síntesis, fue que el procesado, en el curso de una discusión con su esposa, sacó del bolsillo una navaja de doce centímetros de hoja clavándosela en el cuello y que «a continuación, ante los gritos y sangre que manaba de la herida, salieron ambos de la casa pidiendo auxilio a los vecinos, quienes llamaron a la ambulancia y a la Guardia Civil». La agresión del procesado, que produjo la gravísima herida descrita en el «factum» de la Sentencia recurrida, ha sido calificada en la misma como un delito de homicidio en grado de tentativa, y ello, en principio, es inobjetable teniendo en cuenta el arma empleada y la zona del cuerpo vulnerada. Una sola cuchillada en el cuello es suficiente para ocasionar la muerte y esto es algo que a cualquiera se le alcanza por lo que, en el presente caso, debe decirse que el procesado quiso o al menos aceptó, en el momento de herir a su esposa, la muerte de ésta. Lo que ocurre es que la conducta inmediatamente posterior del procesado, saliendo a la calle y pidiendo auxilio a los vecinos, demuestra que su dolo homicida, tan evidente como súbito e instantáneo, desapareció tan pronto advirtió la posibilidad de que la muerte efectivamente se produjese. El Tribunal de instancia considera que las frases proferidas por el procesado mientras esperaba la llegada de la ambulancia –«la he matado», «no te mueras»– confirman su «animus necandi», lo que puede completarse diciendo que también revelan la desaparición de tal «animus» en ese momento. Este arrepentimiento no tendría relevancia alguna sobre la tipicidad del hecho –la agresión fue homicida en el momento de realizarse, puesto que la guió el

propósito de matar— si no fuese porque el mismo fue acompañado de actos orientados eficazmente a socorrer a la víctima, lo que equivalía a procurar evitar la producción de la muerte mediante una pronta intervención médica. En la Sentencia recurrida se ha estimado que los hechos constituyen una tentativa de homicidio porque, por fortuna, la atención urgente prestada a la víctima evitó un fatal desenlace. Pero debe tenerse en cuenta que, según el artículo 16.1 CP, un delito queda en grado de tentativa cuando el resultado «no se produce por causas independientes de la voluntad del autor» y, en el caso enjuiciado, la muerte no se produjo porque la impidió la conducta posterior del procesado, pidiendo auxilio, junto con la víctima, a los vecinos que llamaron a la ambulancia e hicieron posible la inmediata intervención que requería la gravedad de la herida. Quiere esto decir que nos encontramos ante un supuesto de tentativa acabada, porque el autor realizó todos los actos que eran precisos para producir la muerte según su representación, pero también ante un supuesto de desistimiento activo definido, por vez primera de forma clara y expresa, en el artículo 16.2 CP/1995. Esta norma ha introducido en nuestro ordenamiento penal una verdadera excusa absolutoria para los casos en que la ejecución del delito se detenga antes de su consumación por el propio y voluntario desistimiento del autor. El desistimiento podrá ser meramente pasivo, dejando de realizar actos de ejecución, en la tentativa inacabada y tendrá que ser activo, llevando a cabo actos impeditivos que eviten la consumación, en la tentativa acabada. Se trata de una excusa absolutoria incompleta, que produce sus efectos en relación con el delito intentado pero no en relación con el delito o falta que pudieran constituir los actos ya ejecutados, inspirada seguramente por una razón de política criminal que sería la conveniencia de estimular, en quien comienza a ejecutar un delito, un comportamiento capaz de evitar la lesión del bien jurídico contra el que iba dirigida la acción. La interpretación de la norma ha de ser, sin duda, exigente con respecto a la voluntariedad y eficacia de la conducta que detiene el «*iter criminis*», pero no se debe perder de vista aquella consideración de política criminal, de forma que no habrá inconveniente en admitir la existencia de la excusa absolutoria tanto cuando sea el propio autor el que directamente impide la consumación del delito como cuando el mismo desencadena o provoca la actuación de terceros que son los que finalmente lo consiguen. El hecho enjuiciado, por tanto, debe considerarse comprendido en el desistimiento activo definido en el artículo 16.2 CP porque el acusado, habiendo realizado ya todos los actos que, en un proceso causal normal hubiesen producido la muerte de la víctima, impidió su causación con una voluntaria actuación obstativa, no directa pero sí indirecta y en todo caso eficaz puesto que, a sus gritos, que se unieron a los de la víctima, acudieron los vecinos que llamaron a la ambulancia y posibilitaron la inmediata asistencia. Procede, en consecuencia, estimar la impugnación de la Sentencia recurrida, deducida en los motivos segundo y tercero del recurso y declarar, de acuerdo con el artículo 16.2 CP, la exención de responsabilidad penal del procesado por el delito de homicidio intentado y condenarle por el delito de lesiones que constituyeron los actos ejecutados por él mismo, sin que sea óbice para la condena por el delito de lesiones el hecho de que la acción que las ocasionó hubiese estado inspirada por el ánimo de matar, toda vez que éste engloba el de lesionar.

El delito de lesiones, finalmente cometido por el procesado, que en principio podría ser castigado con arreglo al artículo 148.1.º CP, por haberse utilizado en la agresión un arma concretamente peligrosa para la vida, debe considerarse comprendido en el artículo 150 del mismo Cuerpo Legal, porque en la declaración de hechos probados de la Sentencia recurrida consta que a la víctima le ha quedado, como secuela de la herida, una cicatriz de 2 por 0,5 cm en la cara anterior de la región cervical con retracción de la misma a la deglución. Esta Sala, que no ha visto obvia-

mente dicha cicatriz, no puede afirmar, en virtud del principio «in dubio pro reo», que la misma suponga una deformidad grave, pero no alberga duda alguna sobre el carácter de mera deformidad que tiene una cicatriz en zona visible del cuerpo, que sufre además una retracción cada vez que la persona come o bebe. Procede, pues, que en nuestra segunda Sentencia declaremos que el hecho enjuiciado es constitutivo de un delito de lesiones previsto y penado en el artículo 150 CP.

Tercero. Rectificada la calificación jurídica del hecho enjuiciado, en los términos que han sido expuestos en el fundamento jurídico anterior, es evidente que ya no puede ser estimado el primer motivo del recurso en que se denuncia la infracción, por inaplicación indebida, del artículo 21.5.º CP, esto es, de la circunstancia atenuante que nace cuando el culpable de un hecho delictivo repara o disminuye el daño ocasionado a la víctima. Si la acción impeditiva del homicidio inicialmente intentado ha operado ya el efecto de que se aprecie un desistimiento activo en dicho delito, no puede servir también para que se considere atenuada la responsabilidad penal derivada de los actos ejecutados. Precisamente el Ministerio Fiscal, al apoyar este motivo del recurso, expresó sus dudas sobre la posible conculcación del principio «non bis in idem» que podía significar la apreciación de la atenuante número 5.º del artículo 21 CP en un caso en que el autor, tras haber cometido el hecho, había pedido auxilio a sus vecinos y ayudado a que la víctima fuera asistida médicamente. La infracción del mencionado principio no sería dudosa sino patente en el supuesto de que la atenuante se apreciase tras haberse efectuado la degradación de tipicidad exigida por el artículo 16.2 CP. El procesado, que había querido cometer un delito de homicidio, sólo cometió uno de lesiones porque, cuando ya las había ocasionado y las mismas eran de extrema gravedad, propició la ayuda que evitó la muerte de la víctima y justamente en ello consistió la actividad que disminuyó los efectos de la infracción. Se rechaza, pues, el primer motivo del recurso aunque éste se estima parcialmente, por el acogimiento de los motivos segundo y tercero, dictándose a continuación una segunda Sentencia más ajustada a derecho que la recurrida.

(Sentencia de 1 de marzo de 2002)

ARTÍCULO 17.1

Conspiración para delinquir: concepto, naturaleza y características

Quinto. Los motivos quinto y sexto contienen prácticamente la misma pretensión y razón de pedir, por lo cual han de tener un tratamiento conjunto. En efecto, ambos, con base procesal en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, consideran indebidamente aplicados los artículos 17.1 y 373 del Código Penal respecto al delito de conspiración por el que fue condenado el recurrente.

Respecto a este tipo delictivo, siguiendo una línea jurisprudencial poco discutida, hemos de indicar, primeramente y con carácter general, lo siguiente: 1.º Se trata de un delito de características híbridas, pues si bien se le ha considerado en muchas ocasiones como un delito de «dinámica propia», no es fácil olvidar que, al mismo tiempo y de una forma indefectible es subsidiario o «dependiente» de otro que podemos llamar «principal», o lo que es lo mismo, podremos decir que se trata de un delito simplemente «mediato» y no «inmediato», de características parecidas, según una parte de la doctrina, a lo que se ha dado en llamar una tentativa de peligro. 2.º Por tanto, la independencia tipológica de estos delitos es más aparente que real porque, de un lado, el artículo 17.1 nos indica que la conspiración siempre habrá de ir dirigida

a la «ejecución de un delito» y, de otras, porque el módulo cuantitativo de la pena que pueda corresponder se hace depender de la que haya de aplicarse al delito pretendido (delito «matriz»), en este caso concreto, al tratarse de tráfico de drogas, con la pena inferior en uno o dos grados a los previstos para aquél (art. 373). 3.º Es necesario que este delito de pura intención no se haya iniciado en su ejecución, pues (obvio es decirlo) de así ocurrir, entraríamos en el campo de la tentativa, figura jurídica distinta a la de la conspiración, de ahí que en múltiples ocasiones sea muy difícil de diferenciar este tipo delictivo de las formas imperfectas de ejecución. 4.º Se requiere el concierto de dos o más personas para la ejecución delictiva de que se trate y que todas ellas tengan el ánimo de llevar a cabo esta coautoría anticipada que ha de inferirse de «condicionamientos eminentemente psicológicos para su vivencia» cual son, no sólo el carácter previo o «pactum scaeleris» entre esas formas, sino también la decisión de su efectividad o «resolutio finis».

En el supuesto enjuiciado, se aprecian todas las características que definen este delito, pues hubo como mínimo otra persona que se concertó con el ahora recurrente para llevar a cabo la comisión delictiva que se tipifica en los artículos 368 a 372 del Código Penal relativos al tráfico de estupefacientes, como se infiere de la prueba practicada y a que antes nos hemos referido demostrativa de que el acusado y condenado por conspiración habrá estado en contacto con antelación con el coacusado, Vicente, para adquirir de éste una cantidad de droga no concertada pero de cierta importancia, realizando incluso un largo viaje para comprobar la existencia de la droga, su cantidad y precio, compra que no se llevó a cabo debido a la intervención policial, con lo que esa intención de compra (en definitiva, de tráfico) no llegó ni siquiera a iniciarse, con lo que no cabe hablar de tentativa, sino de conspiración.

En relación con todo ello, se alega por el recurrente que no pudo desistir del delito en cuanto que no hubo acuerdo entre dos o más personas, ya que el otro sujeto que intervino en tal acuerdo previo después resultó condenado como autor del delito consumado. Ello es cierto, pero ello no supone que inicialmente hubiera ese acuerdo intencional de cometer el delito, no debiéndose entender que si uno de ellos hubiera decidido seguir adelante en la ejecución (como así sucedió) a través de otros individuos diferentes, al otro conspirador (el recurrente) se le pueda exonerar de responsabilidad, como se pretende.

(Sentencia de 18 de junio de 2002)

ARTÍCULO 20.6

No existe miedo insuperable, pues aunque hubieran existido presiones y control por parte de los promotores del tráfico de la droga, no excluye la plena voluntariedad de la participación del patrón del barco en la operación

Tercero. El segundo motivo de recurso, al amparo del artículo 849. 1.º, alega infracción de ley, por no haberse aplicado el artículo 20.6.º del CP/1995, que define la eximente de miedo insuperable.

El cauce casacional elegido impone el respeto del relato fáctico, y en éste no consta elemento alguno que pueda justificar la alegada exención. El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado. En realidad el recurrente se apoya en la argumentación expresada por el Tribunal en la propia fundamentación jurídica, pero dicha argumenta-

ción lo que razona es precisamente que la naturaleza, intensidad y duración de la intervención del recurrente en la compleja, costosa y prolongada operación de tráfico descartan radicalmente la posibilidad de que no actuase de modo voluntario y libre.

Es claro que en una operación de tráfico de cocaína en la que se confía al recurrente el transporte de más de seis mil millones de pesetas en droga pueden existir presiones y control del transportista marítimo por parte de los promotores del tráfico, efectuándose el control normalmente por radio. Pero este control y las presiones que puedan existir para que el patrón del barco, principal responsable del transporte, no desatienda las instrucciones de los promotores sobre el destino de la droga, no excluye en absoluto la plena voluntariedad de la participación del recurrente, desde el primer momento de la importante operación.

(Sentencia de 11 de febrero de 2002)

ARTÍCULO 21.2

Medidas de seguridad privativas de libertad: internamiento en centro de deshabitación. Aplicación de la medida concurriendo la atenuante muy cualificada de drogadicción

Tercero. Los motivos sexto y octavo se basan en la invocación de los artículos 25.2 y 24.1 CE, lo que también autoriza su tratamiento conjunto. El recurrente sostiene que se debió aplicarle una medida de internamiento que permitiera su rehabilitación social en lugar de la pena que le ha sido impuesta.

Ambos motivos deben ser estimados.

Las medidas curativas de internamiento están previstas para los casos que subsumentes bajo los supuestos de los artículos 101 y 104 CP. En el primer caso, cuando el autor obró siendo incapaz de culpabilidad, la medida opera reemplazando a la pena. En el segundo, la medida completa la pena del que obró sólo con una disminución de su capacidad de culpabilidad. Ello nos impide aceptar la interpretación propuesta por el recurrente, dado que se basa en una identificación de las consecuencias jurídicas previstas para dos tipos de autores que la Ley ha querido diferenciar. El sistema de medidas previsto en el Código no permite que, en los casos de imputabilidad o capacidad disminuida, la pena pueda ser reemplazada totalmente por la medida. El texto de los artículos 99 y 104 CP es claro en este sentido.

Sin embargo, el supuesto de hecho contemplado en el artículo 21,2.ª CP, aplicado por la Audiencia, no se diferencia en nada del contenido en el artículo 20,2.ª, en relación al 21,1.ª CP, pues en ambos casos la reducción de la pena obedece a idéntica razón: la existencia de una perturbación de la conciencia proveniente de la drogodependencia del autor, que es insuficiente para excluir la capacidad de culpabilidad. Consecuentemente, dada la identidad del supuesto de hecho y la identidad de la consecuencia respecto de la amplitud de la atenuación de la pena (cuando la atenuante del artículo 21,2.ª se aprecia como muy cualificada), carecería de toda justificación una diversidad de consecuencias que excluyera la aplicación de una medida de seguridad. Por lo tanto, debemos afirmar la identidad de la finalidad de la medida en tales casos y admitir que, cuando la atenuante del artículo 21,2.ª se estima muy cualificada, es también de aplicación el artículo 104 CP, interpretación que se apoya en la analogía «in bonam partem».

Por todo ello es claro que en este caso cabría pensar en la posible aplicación de los artículos 104 y 99 CP y que la Audiencia debió plantear a las partes la tesis en el

sentido del artículo 733 CP, dado que la Acusación no lo había solicitado y la Defensa, que solicitó la absolución, no estaba obligada a conclusiones alternativas.
(Sentencia de 23 de septiembre de 2002)

ARTÍCULO 21.6

Atenuante analógica de arrepentimiento espontáneo: requisitos. Inexistencia: confesión realizada en la declaración indagatoria y reconocimiento de los hechos en el acto del juicio oral: irrelevancia para la investigación

Primero. (...) 3.º Con relación a la atenuante de análoga significación al arrepentimiento espontáneo, designa las declaraciones del acusado en la instrucción de la causa y en el juicio oral admitiendo su participación en los hechos.

Esta Sala ha acogido como circunstancia analógica la realización de actos de colaboración con los fines de la Justicia cuando ya se ha iniciado la investigación de los hechos en relación con el acusado y éste lo sabe (sentencias de 20 de octubre de 1997, 16 y 30 de noviembre de 1996, 22 de abril de 1999, 17 de septiembre de 1999, entre otras). La aplicación de una atenuante por analogía debe inferirse del fundamento de la atenuante que se utilice como referencia, para reconocer efectos atenuatorios a aquellos supuestos en los que concurra la misma «ratio» atenuatoria (STS 28-6-1999). En las atenuantes «ex post facto» el fundamento de la atenuación se encuentra básicamente en consideraciones de política criminal, orientadas a impulsar la colaboración con la Justicia en el concreto supuesto del artículo 21.4.º del Código Penal. Consecuentemente, no existe ningún problema para admitir la atenuante que se postula siempre y cuando concurran en los hechos los presupuestos que lo permiten, basados, como se dijo, en fundamentos de política criminal cuando un actuar posterior al hecho realizado por el culpable de un hecho delictivo reveladores de un comportamiento activo que suponga un reconocimiento de la vigencia de la norma infringida y permita la realización de la justicia.

En el supuesto enjuiciado no concurre el presupuesto necesario para afirmar la concurrencia de la atenuación. Se trata de una confesión que realiza el recurrente en su declaración indagatoria y en el juicio oral reconociendo los hechos por los que había sido procesado con anterioridad a esa confesión y respecto a los que ya se habían declarado indicios racionales de criminalidad. Su confesión no es, en este sentido, relevante para la investigación de los hechos, limitándose a confesar lo que ya estaba indiciariamente acreditado.

(Sentencia de 6 de febrero de 2002)

Atenuante analógica de estado de necesidad: requisitos. Apreciación en caso de tráfico de drogas en que concurren condiciones de pobreza de la acusada y dificultades para el pago de deudas, así como hijo gravemente enfermo

Segundo. (...) La atenuante analógica apreciada por el Tribunal se construye, en primer lugar, sobre un presupuesto fáctico probado que se describe en el relato his-

tórico: «La detenida fue trasladada al Hospital Gregorio Marañón donde expulsó parte de los cuerpos cilíndricos, si bien uno de ellos —quizá más de uno— se abrió en el intestino por lo que la procesada hubo de ser intervenida con urgencia el día 26 de agosto ante el riesgo de una intoxicación letal. En el postoperatorio se produjo una infección por fallo en la sutura anterior que dio lugar a la peritonitis fecaloidea lo que obligó a una segunda intervención quirúrgica y a un fuerte tratamiento con antibióticos. A la paciente se la practicó una sigmостomía (extirpación de la zona final del intestino grueso) y aún es portadora de un estoma (ano contra natura) si bien aprendió pronto a cambiar la bolsa y la higiene del estoma. Es inminente la cirugía reparadora que elimine el estoma».

A partir de esta base fáctica, la sentencia sostiene que estos sufrimientos han de valorarse como un «castigo inicialmente metajurídico (que) reducen la culpabilidad sancionable y la dimensión de la pena necesaria», afirmando que esos hechos posteriores al delito menguan o compensan la culpabilidad inicial y operan como un «castigo extrapenal, una pena natural nacida de la propia conducta típica de la procesada». que deben incidir sobre la medida de la pena.

En realidad, el Tribunal «a quo» recupera una tesis doctrinal que, partiendo de que la analogía o afinidad a que se refiere el artículo 9.10 CP de 1973 (hoy, artículo 21.6 CP vigente) se ha de establecer atendiendo no a la similitud formal, morfológica o descriptiva, ni a la identidad de significado externo, sino a la semejanza de valor o de sentido, llega a afirmar que la «análoga significación» se ha de establecer a partir del sentido informador de todas las atenuantes consideradas en su conjunto global, y en algún caso se ha sostenido que la analogía podría basarse en la totalidad del Ordenamiento Jurídico o, incluso, en el Derecho natural. Sin embargo, esta corriente ha quedado superada por la actual y mayoritaria doctrina de esta Sala, que requiere para la apreciación de la atenuante análoga, la confrontación de los hechos de análoga, parecida o semejante significación al contenido de las atenuantes que, como típicas, se contienen en el texto penal, puesto que la analogía, parecido o similitud ha de tener un término comparativo que excluya la creación de una figura de atenuante incompleta «extra legem», máxime cuando, en la ejecución de la acción delictiva por la acusada no se observan razones objetivas o subjetivas generadas por una conducta post delictiva de aquélla para apreciar en la misma una disminución de su responsabilidad que propiciara una minoración de la sanción a imponer, conforme a la Ley, en atribución moderadora e individualizadora de la pena, para acomodar ésta a la «culpabilidad del hecho delictivo» (véanse, SSTS de 9 de febrero, 14 de mayo y 21 de julio de 1993, y 4 de marzo de 1994).

Este criterio ha sido posteriormente desarrollado y ratificado en numerosas resoluciones de esta Sala, declarándose en la STS de 8 de noviembre de 1995 que la atenuante análoga exige para su apreciación, como primer requisito, una menor culpabilidad en la conducta del sujeto, a la normal al delito cometido, que tenga relación con las circunstancias atenuantes «específicas», debiendo aparecer probados unos hechos de análoga o parecida significación a los que como típicos se contienen en el texto legal, debiendo efectuarse la comparación con especial flexibilidad, pues un extremado rigor conduciría a la inefectividad, ya que lo que el legislador pretende es evitar los inconvenientes del sistema cerrado, procurando un ensanchamiento de la atenuación a través de una adecuada integración de los elementos que informan las circunstancias que pueden denominarse típicas.

Por su parte, la STS de 29 de abril de 1999, entre otras, es exponente de esta corriente doctrinal, ya definitiva y pacíficamente asentada, y, tras señalar que la naturaleza, concepto y contenido de la atenuante análoga han sido objeto de estudio y preocupación por parte del Tribunal Supremo, sin duda por la importancia que para la

responsabilidad criminal ha de tener una circunstancia «abierta», reitera la necesidad de la semejanza «con alguna de las atenuantes del texto legal», de suerte que ante la invocación de una circunstancia atenuante analógica, deberá comprobarse si existe una verdadera semejanza o parecido entre las circunstancias concurrentes en el caso enjuiciado «y las que se exigen con carácter específico en el apartado correlativo a cada una de las atenuantes del texto legal», de forma que la invocación de una circunstancia atenuante analógica, deberá comprobarse si existe una verdadera semejanza o parecido entre las circunstancias concurrentes en el caso enjuiciado «y las que se exigen con carácter específico en el apartado correlativo a cada una de las atenuantes específicamente definidas en el artículo 21 CP» (STS de 4 de abril de 2000), toda vez que los términos de la comparación a los que debe atenderse son «los del fundamento o razón de ser de la atenuante concretamente invocada» de las que figuran enumeradas en el texto legal (STS de 18 de octubre de 1999). En el mismo sentido pueden verse, entre otras, las SSTs de 10 de mayo de 2000 y 27 de febrero de 2001.

La única posible excepción al criterio jurisprudencial que exige la correlación con alguna de las atenuantes típicas para aplicar la analogía del artículo 21.6 CP, es la que establece esta misma Sala en los casos de las dilaciones indebidas del procedimiento no imputables al acusado que, además de la pena por el delito cometido, debe sufrir los males injustificados producidos por un proceso penal irregular que vulnera el derecho constitucional de aquél a ser juzgado sin indebidas dilaciones que consagra el artículo 24 CE. En estos supuestos –en los que la doctrina no deja de apreciar una relación de analogía con las atenuantes específicas 4.ª y 5.ª del artículo 21 CP (véase, STS de 8 de junio de 1999)–, se trataría también de circunstancias posteriores a la comisión del delito, pero aquí empieza y acaba la similitud con el caso analizado, porque, como es patente, los males generados por las dilaciones indebidas provienen de la lesión de un derecho fundamental del autor del ilícito que es atribuible al órgano jurisprudencial, de suerte que, constituyendo la pena una pérdida de esos derechos, la doctrina más moderna estima que las lesiones de derechos constitucionales que son consecuencia de un desarrollo irregular del proceso que concluye con la imposición de la pena, deben ser abonadas a ésta como compensación reparadora del derecho constitucional infringido y soportado por el autor del hecho.

En el caso de autos, la circunstancia post delictiva que se quiere presentar como analógica por el Tribunal de instancia no guarda ninguna similitud con estos supuestos, puesto que los padecimientos físicos de la acusada no traen causa de la violación de algún derecho de ésta que hubiera sido quebrantado por los órganos judiciales que instruyeron y enjuiciaron el proceso y que, según lo dicho, pudieran ser reparados con una minoración de la responsabilidad criminal en que incurrió la autora del delito. El infortunio de ésta, provocado por la ruptura de alguna de las cápsulas que llevaba en el interior de su organismo (por cierto, nada imprevisible o excepcional a tenor de la relativa frecuencia de esta clase de episodios), aparece, así, ajeno a toda realidad o situación jurídica con eventual incidencia en la culpabilidad en el artículo 21. 4.º y 5.º CP, ni a la provocada por las dilaciones indebidas en la tramitación del procedimiento.

En el caso presente, la atenuante analógica apreciada por el Tribunal sentenciador no la relaciona con ninguna de las atenuantes típicas previstas en el artículo 21 CP, por lo que no cabe establecer siquiera comparación de semejanza ni verificar la similitud con la idea genérica que informa esa ignorada atenuante específica, que, en su caso, permitiera la apreciación de la analogía. Pero es que el mismo razonamiento de la sentencia impugnada excluye esa posibilidad, porque los sufrimientos físicos producidos a la acusada como consecuencia directa e inmediata de su propia acción delictiva, en modo alguno disminuyen la culpabilidad de la misma en la ejecución de la conducta típica, de manera que ese «castigo extrapenal» y «metajurídico», como lo califica la

Audiencia, no guarda semejanza alguna con ninguna de las atenuantes legalmente tipificadas en el precepto penal aplicado, pues, por una parte, los padecimientos que reseña la sentencia son sucesos posteriores al delito ajenos a la voluntad de la acusada que no pueden ser equiparables a las circunstancias post delictivas legalmente previstas que implican un reconocimiento por parte del agente de la vigencia de la norma violada o el propósito eficaz de remediar el daño causado, compensado así, al menos en parte, la culpabilidad del autor o la antijuridicidad de la acción, y que se establecen como atenuantes en el artículo 21.4.º y 5.º CP; y, por otra, esos acaecimientos infortunados no afectan a la forma dolosa, consciente y voluntaria en que se realizó la conducta delictiva, por lo que ninguna incidencia tienen en la culpabilidad del autor del hecho punible ni en el desvalor de éste.

En conclusión, la circunstancia atenuante analógica apreciada por el Tribunal de instancia carece de fundamento legal que le dé cobertura, por lo que la indebida aplicación del artículo 21.6 CP supone infracción de la Ley Penal. No obstante, lo cual, la falta de practicidad del motivo para modificar la respuesta penológica contenida en el fallo de la sentencia impugnada, según resulta de las consideraciones que seguidamente se exponen, conlleva la desestimación de esta censura casacional.

Tercero. Los razonamientos anteriores destruyen la estructura elaborada por el Tribunal «a quo» para aplicar el artículo 66. 4.º CP y efectuar la degradación penológica en dos tramos respecto a la señalada por la Ley al delito apreciado. En efecto, si la sentencia recurrida aplica el mencionado precepto es porque ha estimado la concurrencia de dos atenuantes analógicas, de manera que, rechazada una de ellas conforme a lo hasta aquí expuesto, quedaría solamente otra, pero en tal caso ya no sería aplicable la regla 4.ª del artículo 66 CP, sino la 2.ª, que únicamente proscribía imponer la pena señalada al delito en su mitad superior, pero no permite reducir la sanción en uno o dos grados.

Llegados a este punto, deben destacarse dos consideraciones. En primer lugar que, como acertadamente subraya el representante procesal de la acusada en su escrito de impugnación al recurso, la pena a imponer no debe establecerse en función de la del subtipo agravado del artículo 369.3 –que sanciona el tráfico de drogas en cantidad de notoria importancia–, toda vez que el Pleno no Jurisdiccional de esta Sala Segunda de 19 de octubre de 2001 resolvió que la aplicación de dicho subtipo sólo era procedente cuando, tratándose de cocaína, la cantidad objeto del tráfico supera los 750 gramos de sustancia pura, siendo así que en el caso enjuiciado, la droga incautada que transportaba la acusada en el interior de su organismo era de 296,5 gramos de sustancia pura, según el Hecho Probado. Deberá castigarse la acción de la acusada de acuerdo con el tipo básico del artículo 368, que establece una pena de tres a seis años de prisión.

Y, en segundo lugar, y ya sin posibilidad legal de aplicar la degradación penológica que impone la regla 4.ª del artículo 66, según las consideraciones precedentes, habrá que determinar si procede legalmente la apreciación de la atenuante «análoga a las eximentes incompletas de estado de necesidad» a que alude la sentencia de instancia, ya que, en caso afirmativo, exigiría que la pena a imponer no superara la mitad de la prevista en el citado artículo 368, quedando ésta entre tres y seis años de prisión, de acuerdo con el artículo 66.2.º CP, y pudiendo fijarla en toda su extensión en caso contrario, según el artículo 66.1.º

Los requisitos para apreciar el estado de necesidad como eximente son los siguientes: A) *pendencia acuciante y grave de un mal propio o ajeno, que no es preciso haya comenzado a producirse, bastando con que el sujeto de la acción puede apreciar la existencia de una situación de peligro y riesgo intenso para un bien jurídicamente protegido y que requiera realizar una acción determinada para atajarlo;*

B) necesidad de lesionar un bien jurídico de otro o de infringir un deber con el fin de soslayar aquella situación de peligro; C) que el mal o daño causado no sea mayor que el que se pretende evitar, debiéndose ponderar en cada caso concreto los intereses en conflicto para poder calibrar la mayor, menor o igual entidad de los dos males, juicio de valor que «a posteriori» corresponderá formular a los Tribunales de Justicia; D) que el sujeto que obre en ese estado de necesidad no haya provocado intencionalmente tal situación y, E) que ese mismo sujeto, en razón de su cargo u oficio, no esté obligado a admitir o asumir los efectos del mal pendiente o actual (STS de 15 de diciembre de 2000).

Cuando se trata de considerar la situación de estado de necesidad no como circunstancia eximente completa, ni incompleta, sino como atenuante analógica habrá de verificarse que el supuesto enjuiciado tenga parecido o similitud intrínseca, en el sentido de que la situación de hecho pueda ser considerada como semejante o asimilable a la que se describe en el tipo básico (STS de 10 de mayo de 2000), teniendo en cuenta, como ya se vio, que los términos de la comparación son los del fundamento nuclear de la atenuante concretamente invocada, que puede responder a una disminución del injusto o del reproche de culpabilidad a consideraciones de política criminal vinculadas a la punibilidad. De modo que si esa misma «ratio» atenuatoria es apreciable en el caso concreto que se contempla, será posible estimar la «análoga significación» a que se refiere el texto legal sin asentarla en la identidad parcial de los elementos morfológicamente definitorios de la atenuante típica (STS de 18 de octubre de 1999).

En nuestro caso, la sentencia declara probado que la acusada «de 46 años de edad, sin antecedentes penales, separada y con tres hijos. El menor estaba gravemente enfermo con una seria dolencia ósea y bronquitis crónica con necesidad de cuidados en casa aunque tenía tratamiento ambulatorio. La penada tenía graves dificultades para ocuparse de su hijo y, al tiempo, trabajar por lo que tenía deudas por el alquiler de la vivienda y con las compañías de agua y electricidad que habían advertido que cortarían el suministro. Carecía de bienes para hacer frente a esas deudas lo que suponía el corte de agua y luz en septiembre del año 2000 y un probable desahucio posterior. En estas condiciones de pobreza, y buscando un mejor tratamiento médico al hijo menor enfermo, aceptó la propuesta que le fue hecha por personas desconocidas del Tribunal de llevar cocaína a Italia».

En atención a la doctrina expuesta, la situación que refiere el hecho probado es susceptible de ser calificada jurídicamente como atenuante de análoga significación a la eximente incompleta de estado de necesidad, pues, aunque la acción delictiva no encuentra en esa situación una causa de justificación ni completa ni incompleta, no es menos cierto que la exigibilidad de una conducta distinta a la realizada por la acusada no lo es con la misma y máxima energía que si esa situación no hubiera existido.

Confirmada, pues, la corrección legal de la aplicación del artículo 21.6 CP, entra en juego la regla 2.ª del artículo 66 para la determinación de la pena a imponer, referida, según se ha visto, al tipo básico del artículo 368 CP y, por ello, deberá fijarse aquélla entre los tres y los seis años de prisión. El Tribunal sentenciador ha establecido la sanción en tres años, es decir, dentro del marco legal que resulta aplicable y que, además, se considera proporcionada a la gravedad del hecho considerando que la cantidad de droga transportada –296,5 g– no es de especial relevancia, por lo que la privación de libertad por tres años se estima acorde y proporcionada a la entidad del hecho delictivo.

Por todo lo cual, el recurso debe ser desestimado.

(Sentencia de 30 de abril de 2002)

ARTÍCULO 22.4

Agravante de actuar por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación: los acusados se dirigieron a una zona que conocían era frecuentada por homosexuales y dijeron a la víctima de las lesiones que les daba asco por esa razón. Indiferente que la víctima fuera o no realmente homosexual

Quinto. El restante motivo del recurso, tercero en el orden de su formulación, denuncia infracción de Ley con apoyo procesal en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y que se refiere a los artículos 22.2 y 4 y 112 y 113 del Código Penal. Dice el recurrente que no debió aplicarse la agravante de comisión del delito por motivos relacionados con la orientación de la víctima, toda vez que no se ha probado la homosexualidad del lesionado ni le fue atribuido tal carácter, añadiendo que esa agravación refleja una sobreprotección de algunos sectores sociales y, en cuanto a la aplicación de los otros artículos del Código Penal, la argumentación se refiere no a los citados, sino al artículo 116 cuya indebida aplicación se explica por no haberse determinado causalmente la incapacidad de la víctima sólo por las lesiones sino también por la incidencia en dos ocasiones de TCE durante el proceso curativo que no ha sido tenida en consideración por el tribunal de instancia.

No se argumenta en el motivo contra la aplicación, no obstante afirmarse indebida, del número 2.º del artículo 22, pero patente es que el ataque conjunto de cuatro personas jóvenes contra una sola ha sido correctamente considerada como un caso de abuso de superioridad. En cuanto a la otra agravante cuestionada en el motivo, ha de señalarse que los acusados se habían dirigido a una zona que conocían era frecuentada por homosexuales, a lo que corresponde el comentario hecho por otro de los acusados a los que le acompañaban, de que el lugar estaba lleno de ellos, que se reafirmó en su postura al añadir, ante pregunta del luego lesionado, que le daban asco, con todo lo cual, se transparenta inequívocamente que la siguiente agresión se llevó a cabo, frente a persona que se suponía homosexual, y en razón de la supuesta tendencia sexual del mismo.

(Sentencia de 17 de junio de 2002)

ARTÍCULO 22.5

Ensañamiento: Una muerte rápida por agresión no es incompatible con el sufrimiento por la víctima de dolores innecesarios que exige la apreciación de esta agravante.

Primero. En el primer motivo del recurso, que se ampara en el artículo 5.4 LOPJ y en el 849.1.º LECrm, se reprocha a la Sentencia recurrida una vulneración del derecho a la presunción de inocencia por cuanto, según se dice, atendida la prueba practicada en juicio, carece de base razonable apreciar la circunstancia de ensañamiento, por lo que se supone que a juicio de la parte recurrente, el Tribunal Superior de Justicia —que es en este recurso el tribunal «a quo»— debió revocar la Sentencia del Jurado en este particular. Invoca, pues, la parte recurrente el último inciso del artículo 24.2 CE porque estima que no quedaron probados en el juicio

oral los hechos que integran la circunstancia agravante de ensañamiento, lo que nos obliga a recordar, por lo pronto, que el ámbito en que desenvuelve sus efectos la presunción de inocencia es el de los hechos exteriores que son directamente susceptibles de prueba. Significa esto que lo que debe ser comprobado, frente a una denuncia de vulneración del citado derecho fundamental en relación con la apreciación del ensañamiento en un delito contra la vida, es tan sólo si quedó debidamente acreditado en el juicio oral, por una parte, que en la ejecución del hecho se causaron padecimientos innecesarios que aumentaron el dolor del ofendido y, por otra, que el autor de este «lujo» de males fue el propio homicida. En el veredicto en que se pronunció el juicio sobre los hechos que están en el origen del recurso se dijo que, de las 26 puñaladas que asestó el procesado a su víctima, 19 las recibió ésta en vida, causándole padecimientos innecesarios para la producción de la muerte. Esta declaración no fue hecha por el Jurado sin base en prueba alguna sino tras oír el dictamen de los médicos forenses y valorar en conciencia las explicaciones de los mismos, por lo que, no careciendo de «toda base razonable» –artículo 846 bis c) motivo e) LECr–, su censura le está vedada a esta Sala. El hecho de que la muerte le sobreviniese a la víctima en pocos minutos, como consecuencia de un «shock» hipovolémico no convierte en irrazonable aquella declaración porque una muerte rápida por agresión no es incompatible con el sufrimiento por la víctima de dolores innecesarios si, durante ese breve lapso de tiempo, el agresor no cesa de inferirle heridas obviamente dolorosas como ocurrió en el caso objeto de enjuiciamiento.

La concurrencia del elemento subjetivo del ensañamiento, que consiste en la deliberación e inhumanidad con que el agresor aumenta el sufrimiento de la víctima, no puede ser cuestionada mediante un recurso de casación en que se denuncia una infracción del derecho a la presunción de inocencia, por ser tal elemento un hecho de conciencia, no susceptible de prueba, sino deducible de datos externos plenamente acreditados, si bien puede ser impugnada denunciando la infracción de ley que se pretenda producida con la apreciación de la agravante. No ve esta Sala mayor inconveniente en entender que la voluntad impugnativa expresada en el motivo que analizamos alcanza también a la inferencia que llevó al Tribunal del Jurado a considerar existente, en el ánimo que tuvo el acusado en la ocasión de autos, el elemento subjetivo del ensañamiento; pero tampoco en esto podemos dar la razón al recurrente. Conviene aclarar que dicho elemento no puede ser confundido sistemáticamente con el placer morboso que se pueda experimentar con el sufrimiento ajeno ni con la frialdad que se sea capaz de sentir provocando ese sufrimiento, pues con tal confusión se corre el riesgo de confinar en personalidades anómalas la posible aplicación de la agravante de ensañamiento. El empleo acumulativo y gramaticalmente expresivo de los dos adverbios «deliberada e inhumanamente» en la definición legal de la circunstancia no debe hacernos perder de vista que, por lo general, siempre que el agresor aumenta deliberadamente, es decir, con conciencia y voluntad de hacerlo, los padecimientos de la víctima, actúa de forma inhumana. O quizá sería más exacto decir «de forma especialmente inhumana» porque quien obra así revela un singular y mayor desprecio a los sentimientos y a la dignidad humana del agredido, bienes jurídicos que en el crimen con ensañamiento resultan vulnerados al mismo tiempo que la vida o la integridad física. Esta actitud especialmente reprochable fue imputada con toda seguridad al procesado, hoy recurrente, por el hecho de haber añadido, a las siete puñaladas de índole mortal que asestó a la víctima, 19 más que eran meramente lesivas y, por consiguiente, innecesarias para la producción de la muerte, no siendo aventurado pensar que el Jurado atribuyó estas otras puñaladas al único propósito de aumentar

el sufrimiento, porque tuvo en cuenta no sólo que la víctima las recibió estando viva sino que la mayoría de las heridas, como hicieron constar los médicos forenses, no eran incisivas sino cortantes, modo de herir con arma blanca que puede revelar, en quien ha causado ya o se propone causar heridas mortales, el deseo de hacer sufrir, en tanto la víctima aliente, antes de que llegue el fatal desenlace. No se estima, en consecuencia, que la apreciación del ensañamiento en el hecho cometido por el procesado haya supuesto una vulneración del derecho a la presunción de inocencia ni tampoco una infracción, por aplicación indebida, del artículo 139.3.º CP. El primer motivo del recurso queda, con ello, rechazado.

(Sentencia de 2 de enero de 2002)

ARTÍCULO 28

Cooperador en delito de estragos: recabar información para lanzar granadas contra refinería de petróleo, con independencia de que no se conozca a los autores materiales de la acción

Segundo. (...) Se cuestiona que hayan sido condenados como cooperadores del delito de estragos, desconociéndose quiénes son los autores materiales, incluso si fueron o no de la organización terrorista ETA.

Al respecto debe señalarse que acreditada la labor de información efectuada por ellos, su calificación como autores por cooperación, de acuerdo con el artículo 28 tiene sustantividad propia con independencia de la identidad de los autores materiales.

En una red clandestina, donde el reparto de cometidos y la opacidad son claras señas de identidad, nada tiene que extrañar.

Finalmente, la atribución a la organización terrorista ETA, sobre ser una máxima de experiencia, dado el objetivo y forma de comisión, lugar y demás circunstancias concurrentes, es algo explícitamente reconocido en las declaraciones de ambos. Un botón de muestra: declaración sumarial de Lander, al folio 2138, textualmente «... preguntado para qué le propuso Asier entrevistarse con las dos personas, antes mencionadas, contesta para que el declarante decidiera si le interesaba colaborar con la organización ETA...».

El motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 22 de febrero de 2002)

Instigar la comisión del asesinato y comunicar al ejecutor los movimientos de la víctima, le describe el escenario del crimen para su mejor realización y le advierte de las medidas de seguridad: la cooperación necesaria absorbe la inducción anterior

Primero. La primera de las impugnaciones comunes a las dos acusaciones se refieren a la subsunción de los hechos realizados por la acusada, Laura F. N., al entender que su participación en el hecho no sólo es de inducción, sino también de cooperación necesaria, haciéndola responder «por ambos títulos», inductora y cooperadora necesaria.

El motivo debe ser estimado parcialmente, no sin antes señalar que la impugnación carece de la eficacia pretendida, toda vez que con independencia del título, por el que sea condenada, el marco penal no se verá afectado, sin perjuicio que en el ejercicio de la función jurisdiccional en la individualización de la pena pueda ser tenida en cuenta la doble imputación que se pretende en el recurso. La estimación parcial lo es para afirmar que la acusada cumple los dos títulos, si bien, sólo será condenada por uno.

Inducir es hacer nacer en otro la idea de realizar un hecho antijurídico de manera que el inductor «dará lugar» a que el autor material del delito lo cometa. Por esta razón se ha dicho que la inducción «es la creación del dolo en el autor principal». Así pues, la característica esencial del inductor es que determina en otro la resolución de realizar el hecho concretando su conducta a hacer nacer en otro la voluntad de la realización del delito.

Lo anteriormente señalado nos permite afirmar, desde este momento, que la conducta de la acusada no es solamente una inducción, pues el relato fáctico al describir la conducta de la acusada refiere no sólo la conducta de instigar la comisión de un hecho antijurídico, sino también la de realizar actos que suponen una aportación esencial a la realización material de la muerte perseguida. Así se relata que la acusada, Laura, con independencia de la instigación, comunica al ejecutor los movimientos puntuales de la víctima, cuándo llegará a la vivienda y el lugar que ocupará en el vehículo: el delantero derecho. Acompaña al ejecutor al lugar donde se podrá realizar la acción, lo que supone la selección, o al menos la participación en la decisión del momento y lugar oportuno y le comunica las condiciones de seguridad de la víctima, concretamente que el conductor del vehículo va armado.

En puridad estos actos son propios de una coautoría. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala, caracteriza al coautor el tener el condominio del hecho, el dominio funcional del hecho. Los intervinientes comparten la decisión conjunta a la realización del hecho, en este caso, la muerte de la víctima, y cada uno de ellos realiza un aporte que, por su importancia, se reputa de calificada para el resultado y necesaria dentro de una razonable división del trabajo.

De no existir legalmente una diferenciación entre coautor y cooperador necesario, quizás artificiosa, no cabría duda de la calificación de coautora de la acusada. Existente la distinción, a los meros efectos de su calificación, pues penológicamente están equiparados, es preciso diferenciar ambas figuras; diferenciación que forzosamente ha de encontrarse en el momento del aporte, el coautor lo hace en la fase ejecutiva, y el cooperador en un momento anterior. La acusada, sin perjuicio de su conducta instigadora, también realiza una aportación material al hecho en un momento anterior a su ejecución, por lo que la calificación de esta conducta es la de cooperadora necesaria en el delito.

Aunque la acusada cumple con los dos títulos, de inductora y cooperadora necesaria, sin embargo, los actos de participación que superen la mera inducción y que implican una aportación en fase inmediata a la ejecutiva absorben la inducción anterior. En el presente caso, teniendo en cuenta la importancia de la contribución al hecho llevado a cabo por la acusada debe considerarse de mayor gravedad la conducta cooperadora a la acción que la inductora, no sólo en un sentido valorativo de las conductas, sino también en el temporal por cuanto la cooperación, como participación, aparece más cercana a la ejecución y con un más claro dominio sobre el hecho del ejecutor.

(Sentencia de 31 de octubre de 2002)

ARTÍCULO 76.2

El cumplimiento sucesivo de las penas privativas de libertad no acumulables no atenta a los fines de reeducación y reinserción de las penas

Segundo. El otro motivo del recurso se ampara en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para denunciar infracción de los artículos 24 y 25 de la Constitución en cuanto proclaman la prohibición de penas a tratos inhumanos y degradantes y la finalidad de reeducación y reinserción social del condenado a penas privativas de libertad.

No se argumenta ni razona en el motivo en qué forma la no refundición de todas las penas que sobre el recurrente pesan pudiera determinar su conversión en inhumanas y degradantes. En cuanto a la finalidad de recuperación y reinserción social de los sancionados con penas de prisión, que constituye el meollo de la argumentación del motivo, constituye un criterio al que han de atenerse obligatoriamente tanto el legislador, como quien aplica judicialmente a casos concretos esa clase de penas y quienes se encargan de la aplicación directa de las mismas. Por otra parte, no puede concluirse sin más apoyos, que el cumplimiento separados y sucesivo de penas, que no son refundibles según el precepto del número 2 del artículo 76 del Código Penal, promulgado casi veinte años después de la Constitución, se oponga a la finalidad constitucionalmente proclamada de las penas privativas de libertad.

(Sentencia de 26 de febrero de 2002)

ARTÍCULO 77

Concurso ideal entre homicidio y aborto: estrangular a mujer conociendo su estado de embarazada

Sexto. Al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el único motivo de impugnación, se denuncia la indebida aplicación del artículo 77 del Código Penal por entender que entre los delitos de asesinato y aborto apreciados existió un concurso real y no ideal.

El motivo plantea un tema no siempre fácil de resolver. Según la teoría penal mientras en el concurso real existen varios hechos y varias infracciones, el denominado ideal o formal supone una unidad de hecho y una pluralidad de infracciones, poniendo de relieve la dogmática alemana que precisa la consideración combinatoria de varios tipos para contemplar el desvalor total de un hecho unitario.

Ha de reconocerse que no es cuestión pacífica en la doctrina ni en la jurisprudencia la relativa al tipo de concurso que debe apreciarse cuando la conducta enjuiciada produce varios resultados, especialmente cuando del concurso ideal «homogéneo» se trata, es decir, cuando cabe apreciar la violación reiterada del mismo tipo penal.

En principio, la base del concurso ideal la constituye la identidad del hecho y, en definitiva, la unidad de acción. La dificultad de precisar en múltiples casos cuando estamos en presencia de una o varias acciones hace que la frontera entre el concurso ideal y el real sea también difícil de determinar. De todos modos, como se dice en la

sentencia de 23 abril de 1992 (caso de la Colza), «partiendo del carácter personal de lo ilícito penal, es evidente que la pena se dirige contra la acción y no contra el resultado. La norma sólo puede ser vulnerada por la acción y, consecuentemente, no se justifica en modo alguno que en los delitos dolosos se considere que la unidad o pluralidad de hechos dependa de los resultados producidos».

Ciñéndonos pues a aquéllos en que una sola acción constituye dos o más delitos, únicos que pueden tener relación con los hechos de esta causa, debe recordarse la doctrina sentada en la sentencia de 23 abril 1992, vulgarmente conocida como del «síndrome tóxico», ya citada. «En los más antiguos precedentes de esta Sala se consideró que para determinar la diferencia entre el concurso ideal y el real, lo decisivo es la unidad o la pluralidad de acciones, sin tomar en cuenta el número de resultados.»

Ello enlaza con la antigua sentencia del Tribunal Supremo de 7 julio 1909, que estableció que no debían penar separadamente los delitos de asesinato y aborto, como son los que ahora nos ocupan, «por haberse realizado en un solo acto los expresados delitos».

El criterio de la unidad y pluralidad de acciones, por lo demás, se ratificó en la sentencia de 15 marzo de 1988, en la que la Sala recurrió expresamente al criterio de la unidad de acción, afirmando que «la base estructural del concurso ideal radica en la unidad de acción, pese a su proyección plural en el área de la tipicidad penal. Si se acusa la presencia de dos o más acciones, constitutiva cada una de un delito se trata de una modalidad o subforma de concurso real». La pena se dirige contra la acción y no contra el resultado. La norma sólo puede ser vulnerada por la acción y, consecuentemente, no se justifica en modo alguno que en los delitos dolosos se considere que la unidad o pluralidad de hechos depende de los resultados producidos, pues «el delito es una modificación en el mundo exterior reconducible a un querer humano». Es indudable que si sólo las acciones pueden infringir una norma el número de infracciones de la norma dependerá del número de acciones.

Según la sentencia de 11 febrero 1998, si la unidad de acción viene determinada, en último término, por el acto de voluntad y no por los resultados, habrá de determinar en cada caso cuál es el contenido del acto de voluntad del sujeto, pues si éste pretende alcanzar en su acción la totalidad de los resultados producidos —es decir, si el mismo actúa con dolo directo— y dichos resultados constituyen la lesión de otros tantos bienes jurídicos protegidos, habrá que concluir que en tal supuesto, tanto desde el punto de la antijuridicidad como desde el punto de vista de la culpabilidad, estaremos en presencia de varios hechos punibles en concurso real. Así, tratándose de la acusación de la muerte de varias personas, directamente buscada por el homicida, su conducta deberá considerarse constitutiva de otros tantos delitos de homicidio, con independencia de que para lograrlo haya optado por efectuar varios disparos con un arma de fuego o haya hecho explotar una bomba. Por el contrario, cuando la voluntad del sujeto afecte directa y fundamentalmente a la acción, mas no al resultado, previsto pero no directamente perseguido, como sucede en el caso de autos, en el que el autor perseguía dar muerte a su mujer, asumiendo y aceptando que con ello provocaba la del feto no directamente perseguida, estaremos en presencia de una verdadero concurso ideal. En tal caso, existirá unidad de acción y diversidad de resultados penalmente típicos que deberán castigarse conforme a las reglas de dicho concurso.

En conclusión, y contemplando el supuesto desde los datos del hecho probado, la acción de estrangular a la mujer embarazada conociendo su estado y que con ello se provocaría la muerte del feto es, a todas luces, una única acción que produce la muerte de la mujer embarazada y la de su hijo. Dolo directo, respecto a la primera, y dolo de consecuencias necesarias respecto al delito de aborto, porque el agente sabe que con su acción se va a producir necesariamente el resultado, ya que la muerte de la

madre llevaría como accesoria la muerte del feto, al conocer su estado de gravidez. La consecuencia accesoria es necesaria aunque no deseada. En tanto conocida como necesaria, sin embargo, es suficiente para considerar que ha sido dolosamente producida.

(Sentencia de 4 de marzo de 2002)

ARTÍCULO 120

Responsabilidad civil subsidiaria: contenido. Existencia: titular legítimo de arma de fuego que permite su uso a quien crea el riesgo

Séptimo. En el último motivo de su recurso, exclusivamente referido al responsable civil subsidiario, Basilides V. V., se denuncia la aplicación indebida del artículo 120 del Código Penal, pues entiende que la responsabilidad civil del propietario de las armas no está prevista en el citado precepto que contiene una enumeración taxativa.

El Ministerio Fiscal apoya el motivo. Entiende que la doctrina de esta Sala ha venido perfilando la cuestión relativa a la responsabilidad civil subsidiaria a través de una interpretación del antiguo artículo 22 de forma cada vez más abierta y flexible, de modo que personas físicas o jurídicas no responsables del delito o falta, pero relacionadas de algún modo con la actividad punible, puedan resultar obligadas a las correspondientes indemnizaciones civiles en beneficio de unos perjudicados totalmente inocentes, siendo posible, entonces, declarar responsabilidades civiles en supuestos que, aun no encajando en los términos literales en los que la norma se expresa, responden, sin embargo, al mismo espíritu en el que ésta aparece inspirada. La regulación del Código vigente es más precisa que la del anterior, pero ello no quiere decir que se impida una interpretación extensiva o incluso analógica, dada la naturaleza civil del precepto.

A pesar de ello, el Fiscal entiende que no es posible salirse absolutamente del marco de la previsión legal. El acusado es mayor de edad, no está incapacitado legalmente ni tiene una incapacidad de hecho, no pudiendo construirse una responsabilidad civil sobre la ausencia de base fáctica que permita establecerla, acomodándola a las exigencias de la norma. Y no puede construirse tampoco la responsabilidad sobre la base de una relación de dependencia hoy perfectamente definida en el Código. Por todo ello, entiende que el motivo debe prosperar.

El Abogado del Estado impugnó el motivo aceptando los razonamientos de la sentencia.

La responsabilidad civil «ex delicto» no viene regulada en el vigente Código Penal con una cláusula general, que establezca los requisitos conforme a los cuales sería posible exigir responsabilidad civil subsidiaria, sino que contiene una enumeración de supuestos cada uno con sus propios requisitos, sin finalizar con una expresión que sirva de cierre. Ello no impide, como señala el Ministerio Fiscal y decíamos en la STS de 26 de marzo de 1997, declarar responsabilidades civiles en supuestos que, aun no encajando en los términos literales en los que la norma se expresa, responden, sin embargo, al mismo espíritu en el que ésta aparece inspirada.

Los preceptos que regulan la responsabilidad civil, aunque incrustados en el Código Penal, no pierden su naturaleza estrictamente civil, de manera que respecto de ellos no está prohibida una interpretación extensiva (STS de 22 de septiembre de 2000). Esta Sala ha establecido precedentes de esta clase de

interpretación en algunas ocasiones. En las Sentencias de 12 de febrero de 1994 y 4 de junio de 1997 entendió que las previsiones del antiguo artículo 20 del Código Penal, actual artículo 118, en cuanto se referían a la responsabilidad civil subsidiaria en casos de eximente completa por enajenación, eran también aplicables a los supuestos de semienajenación mental, que daban lugar solamente a una eximente incompleta. Siguiendo esa línea jurisprudencial puede afirmarse que las previsiones del artículo 120 no son solamente aplicables a los supuestos expresamente previstos en ellas, sino también a otros análogos en los que se aprecie la misma razón para establecer la obligación de responder civilmente por los daños causados por hechos cometidos por terceros en los que no se ha tenido participación alguna con relevancia penal.

El Código Penal de 1995, después de regular en el artículo 118 la forma de hacer efectiva la responsabilidad civil en los supuestos de exención de responsabilidad criminal que señala (apartados 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º del artículo 20), establece en el artículo 120 que son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente las personas que menciona en los cinco apartados del precepto. El primero se refiere a la responsabilidad civil de los padres y tutores, por los daños y perjuicios causados por los delitos o faltas cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía, siempre que haya por su parte culpa o negligencia. Se está refiriendo este precepto a la responsabilidad civil de los padres y tutores por los hechos cometidos por sus hijos y pupilos, y con meridiania claridad exige varios requisitos para que proceda declarar su responsabilidad. En primer lugar, ha de tratarse de hechos cometidos por mayores de dieciocho años, en congruencia con la regulación independiente de la responsabilidad civil en caso de tratarse de menores de esa edad, irresponsables penalmente. En segundo lugar, han de estar sometidos a patria potestad o tutela; tratándose de los padres esa patria potestad es la prorrogada a que se refiere el artículo 171 del Código Civil. En tercer lugar, han de vivir en su compañía, y en cuarto lugar, debe existir por su parte culpa o negligencia. Las previsiones de este número 1.º del artículo 120 no pueden dar lugar a la responsabilidad civil subsidiaria del recurrente, pues no concurre uno de los requisitos cumulativamente exigidos, cual es que se trate de mayores sujetos a la patria potestad. Como señala el Ministerio Fiscal, el autor de los hechos es mayor de edad, no está incapacitado legalmente y no padece enfermedad alguna que pudiera dar lugar a su incapacidad.

De los demás supuestos previstos, resulta claramente inaplicable el apartado segundo, que se refiere muy concretamente a los titulares de editoriales, periódicos, revistas, estaciones de radio o televisión o de cualquier otro medio de difusión escrita, hablada o visual.

Respecto de los demás, conviene antes detenerse en el contenido de la resolución impugnada. La sentencia de instancia se refiere a algunos datos de interés. Así, de los hechos probados se desprende que el lugar es el domicilio tanto del recurrente como de su hijo, el autor de los hechos; que en el mismo hay un molino propiedad de la familia; que la escopeta estaba montada y colgada en una pared de la habitación de su propietario, el recurrente Basilides V., y que la munición empleada, dos cartuchos, estaban en el cajón de una mesilla, ubicada en la misma, según aclara en el Fundamento de Derecho Quinto. Tal disposición del arma vulnera lo previsto en el artículo 144 a) del Reglamento de Armas, tal como razona la sentencia, ya que, según en ella se dice, el recurrente omitió la más mínima diligencia al guardar la escopeta y la munición en el modo que las guardó y facilitó con ello la comisión de un delito como el enjuiciado. Estos datos permiten subsumir el supuesto de hecho en las previsiones del apartado tercero del artículo 120.

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 padre e hijo. En el caso presente, se dice que el acusado se encontraba en su domicilio, que es también el de su padre, el ahora recurrente, y que, en el lugar hay un molino propiedad de la familia, lo que permite considerar al lugar como un establecimiento, precisamente de tipo agrícola en el que trabajan los miembros de la familia, lo que se confirma con el examen de los autos al amparo del artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y también se deduce de los hechos la omisión de las medidas impuestas con carácter general por el Reglamento de Armas en la custodia de la escopeta, lo que determinó el acceso del acusado al arma antes de su utilización.

Desde este punto de vista es posible establecer la obligación de responder subsidiariamente.

El supuesto mencionado en el apartado quinto, es relativo a 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. El tenor literal de este apartado es claro. En principio podría sostenerse que 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.

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. De los hechos contenidos en la sentencia se desprende que el titular legítimo del arma, el recurrente Basilides V. autorizaba a su hijo, Jesús, a utilizar la escopeta de caza, pues compartiendo ambos la misma vivienda familiar y el mismo establecimiento agrícola, tenía la misma, acompañada de la necesaria munición, a la vista y acceso de cualquiera, especialmente de los miembros de su familia al guardarla simplemente colgada de una pared de su habitación. En esas condiciones no puede resultar ajeno a la utilización del arma por parte de su hijo, que, además, la emplea en una mal entendida defensa de la propiedad de la familia.

El motivo se desestima.

(Sentencia de 14 de octubre de 2002)

ARTÍCULO 127

Comiso de bienes de sociedades que no han sido parte en el proceso pero que se entienden testafierros de los condenados. Doctrina de levantamiento del velo

Primero. El Código de 1973 incluía el comiso en el Título de las Penas y dentro de Sección 3.ª, que se refería a las penas que llevan consigo otras accesorias. El artículo 48 establecía como consecuencia obligada de la pena, el comiso tanto de los efectos que provinieren del delito, como de los instrumentos con que se hubieren ejecutado, a no ser que pertenecieran a un tercero no responsable del delito.

Como puede observarse, el afectado directamente por el comiso era el condenado y, por tanto, con su presencia en el proceso y con la petición expresa de que se llevase a efecto esta consecuencia accesoria de la pena, se cubrían todos los presupuestos y garantías procesales.

El Código Penal de 1995, que según la mayoría de la doctrina se inspira en el Código Alemán, dedica el título VI de su libro I (art. 127 a 129), a las que denomina consecuencias accesorias, sin hacer mayores precisiones, si bien parece que trata de distinguirlas de las medidas de seguridad y de la responsabilidad civil ex delicto. Esta postura legal ha originado un debate doctrinal importante, en torno a su verdadero carácter, manteniéndose diversas posturas y no faltando quienes sostienen que tiene una naturaleza análoga a las medidas de seguridad, o bien un carácter administrativo.

Ahora bien, cualquiera que sea la postura que se adopte, y según la redacción actual del artículo 127 es necesario que el juzgador se pronuncie sobre la procedencia o no del comiso. Sólo se debe descartar la medida si se acredita la pertenencia de las cosas a terceros de buena fe, lo cual constituye un elemento del debate procesal que necesariamente debe ser objeto, primero, de alegación y, después, de prueba.

El artículo 128 establece una diferencia sustancial, en relación con la regulación del Código derogado, ya que concede al juzgador la posibilidad de que, valorando las circunstancias del caso y en función del principio de proporcionalidad, pondere la naturaleza o gravedad de la infracción penal, pudiendo, en atención a estas circunstancias, no decretar el comiso o decretarlo parcialmente, alternativa de la que no se disponía en el Código anterior.

Cuando, como sucede en el caso presente, la decisión de comiso se toma ante la necesidad de evitar que los condenados se aprovechen de las ganancias ilícitas procedentes directamente del delito, con objeto de neutralizar un enriquecimiento o situación patrimonial ilícita, la decisión se pudiera enmarcar más en el ámbito de la responsabilidad civil ex delicto, que de la responsabilidad penal. En todo caso, es necesario una condena previa que lleve aparejada la imposición de una pena, por lo que la inexistencia de ésta, por ejemplo, en los casos de prescripción, haría inviable el comiso. En los supuestos en que concurra alguna causa de imposibilidad de ejecución de la pena, por ausencia o muerte sobrevenida del reo, no existen en cambio obstáculos para decretar el comiso, ya que la pena formalmente se mantiene.

Desde una perspectiva jurisprudencial, se ha dicho en la sentencia de esta Sala de 23 de noviembre de 2000, por tanto, posterior a la vigencia del nuevo Código Penal, que para ordenar el comiso es necesario, como sucede en el caso presente, determinar el origen del dinero con el que se han adquirido los bienes cuya expropiación se ordena, revelando con ellos su procedencia ilícita. En otra sentencia posterior de 6 de marzo de 2001 se exige que su planteamiento y debate se haga en el juicio oral, por medio de petición expresa hecha al respecto por alguna de las partes acusadoras en sus escritos de calificación, para que el acusado pueda defenderse también

de esta cuestión. En una sentencia anterior de 20 de enero de 1997 se contempla la posibilidad de que la persona que dice ser titular del bien decomisado y que no haya intervenido como parte en el proceso, se le conceda la opción de ejercitar los recursos pertinentes, como ha sucedido en el caso presente, con objeto de darle oportunidad de ser escuchada.

A todo lo anteriormente expuesto hay que añadir, en relación con el presente caso, que nos hallamos ante reclamaciones presentadas por sociedades que dicen ser titulares de los bienes decomisados, lo que permite aplicar también la teoría del levantamiento del velo a la que hemos hecho referencia en el apartado anterior, cuando de la realidad procesal y de las pruebas practicadas se desprenda claramente, que la titularidad de las fincas es un mero decorado que se utiliza para presentar una realidad que no se corresponde con la verdadera situación de los bienes. En todo caso, y estando vinculada la decisión del comiso a la conducta de los condenados, no existe inconveniente para que estas sociedades, que ya han tenido posibilidad material de exponer sus puntos de vista en el proceso, a través de sus verdaderos protagonistas, puedan reproducir sus pretensiones en el procedimiento correspondiente, alegando la titularidad de los bienes decomisados, de conformidad con lo establecido en el artículo 996 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Con carácter general y como respuesta a todas las cuestiones que se plantean a continuación, conviene recordar que la institución del comiso, tiene un gran arraigo en todos los sistemas jurídicos. De los instrumentos internacionales, el más importante es el Convenio Europeo 141, relativo al blanqueo, investigación, incautación y comiso de productos del delito, de 8 de noviembre de 1990. España, si bien lo firmó el 8 de noviembre de 1990, no lo ratificó hasta el año 1998 y no entró en vigor hasta el 1 de diciembre del mencionado año. En el citado convenio, se admitían reservas para limitarlo de manera específica y exclusiva al tráfico de drogas, pero España no ha hecho uso de esta facultad, por lo que se extiende a toda clase de delitos.

En el preámbulo de dicho Convenio se dice que los Estados Miembros del Consejo de Europa, convencidos de la necesidad de una política penal común para proteger a la sociedad en los casos de criminalidad grave, estiman necesario implantar métodos modernos y eficaces para privar al delincuente de los productos de su delito.

En el artículo 1.º se define la confiscación (comiso), como una pena o una medida, ordenada por un Tribunal como consecuencia de un proceso seguido por una infracción penal y que supone la privación permanente de un bien. En el artículo 2, se dispone que los Estados Partes adoptarán las medidas legislativas y otras que resulten necesarias para permitirles confiscar los instrumentos y los productos del delito.

Así como las previsiones de carácter sustantivo, aparecen homogéneamente recogidas en la mayor parte de los textos legales, las normas procesales carecen de uniformidad, por lo que deben aplicarse las que están vigentes en cada uno de los países. Ajustándonos a nuestro sistema y valorando en su integridad las disposiciones de carácter constitucional y de legalidad ordinaria, podemos afirmar que no existe indefensión, en los casos en que no hay citación formal de una sociedad al proceso, cuando nos encontramos ante una persona jurídica o mera razón social, cuya única razón de existir es la de encubrir la verdadera titularidad de los bienes.

Si de la instrucción de la causa, como sucede en el caso presente, se evidencia que los efectos procedentes del delito han sido registrados por los imputados a nombre de personas jurídicas, con la finalidad de sustraerlos a la acción de la justicia, resultaría un contrasentido afirmar, al mismo tiempo, que la titularidad es ficticia y que, no obstante serlo, atribuye derechos a ese titular. La condición de testaferrero no puede generar ningún derecho legítimo, que el ordenamiento deba reconocer como tal.

Por otro lado, y en relación con las posibilidades de defensa de los que dicen ser titulares de los bienes, no quedan absolutamente cercenados, ya que, al no haber sido parte en el proceso, la sentencia penal no tiene para ellos la eficacia de la cosa juzgada y pueden ejercitar las acciones civiles al amparo del artículo 996 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En este caso, además, han tenido la posibilidad de acceder al Recurso de Casación y de reproducir, como podrá verse más adelante, los argumentos que ya fueron esgrimidos y suficientemente debatidos en la anterior instancia.

En este contexto y para terminar, podríamos mencionar las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera e Internacional, del que España forma parte y que está constituido en el seno de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), y que recomienda a los países, adoptar las medidas necesarias para prevenir el uso ilícito y abusivo de sociedades manifiestamente ficticias, que no pueden ostentar ningún derecho ni pueden alegar que actúan de buena fe.

(Sentencia de 29 de julio de 2002)

ARTÍCULO 132

Naturaleza jurídica de la prescripción. Existencia de prescripción del delito por transcurso del plazo de cinco años desde la presentación del escrito de acusación y el día en que se dictó el auto de apertura del juicio oral contra el acusado, sin que se interrumpa la prescripción por la petición de la acusación a la Audiencia Provincial para que se dictase el auto de apertura del juicio oral, ni por otras actuaciones procesales carentes de relevancia; Interrupción: cuando el procedimiento se dirige contra el culpable o cuando se dicte, una vez el proceso en marcha, alguna resolución de contenido sustancial

Tercero. La institución de la prescripción, cuya naturaleza jurídica ha sido discutida largamente por la doctrina, constituye una causa legal de extinción de la responsabilidad criminal (v., artículo 130.6.º CP vigente y artículo 112.6.º CP/1973) por el transcurso del tiempo, bien a partir del momento de comisión del hecho delictivo de que se trate hasta la iniciación del correspondiente procedimiento, bien por la paralización de éste, durante el período de tiempo legalmente establecido (que varía en función de las penas con que el Código Penal castiga los correspondientes delitos (v., art.131 CP vigente y art. 113 CP/1973), y tiene su fundamento en el efecto destructor del tiempo, en cuanto priva de eficacia a la pena y destruye o hace imposibles las pruebas. De ahí la concepción mixta (sustantivo-procesal) defendida por parte de la doctrina respecto de la naturaleza jurídica de esta institución a la que, en la actualidad, según reiterada y pacífica jurisprudencia de este Alto Tribunal, se reconoce naturaleza sustantiva y la posibilidad de ser apreciada de oficio en cualquier instancia de la causa, en cuanto se manifieste con claridad la concurrencia de los requisitos que la definen y condicionan (v., SS. de 27 de junio de 1986, 14 de diciembre de 1988, 31 de octubre de 1990 y 22 de septiembre de 1995, entre otras muchas).

El plazo de prescripción de los delitos se interrumpe (v., art. 132.2 CP vigente y artículo 114 párrafo segundo CP/1973) desde que el procedimiento se dirija contra el culpable, y, tratándose del supuesto de paralización del mismo, cuando el órgano judicial dicte alguna resolución que ofrezca un contenido sustancial propio de una puesta en marcha o prosecución del procedimiento, que revelen que la investigación avanza, pues no cualquier diligencia o acto procesal tiene fuerza para interrumpir el curso de la prescripción (v., «ad exemplum», S. de 4 de diciembre de 1998).

En el presente caso, nadie cuestiona que el procedimiento se ha dirigido oportunamente contra el acusado ni tampoco el plazo de prescripción del delito imputado al mismo —una estafa— que es de cinco años, tanto bajo la vigencia del Código Penal derogado (v., art. 113 CP/1973), como según se establece en el nuevo Código Penal (v., art. 131). Lo único que se discute es si desde la fecha en que la acusación particular formuló su escrito de acusación contra el señor G. F. —el 9 de marzo de 1992— hasta el día en que el Tribunal dictó el auto acordando la apertura del juicio oral —el 24 de marzo de 1997—, entre cuyas fechas existe un plazo superior a los cinco años, se ha producido alguna actuación procesal relevante con entidad suficiente para interrumpir el plazo de prescripción en curso.

Pocas dudas pueden ofrecer al respecto la interposición de los recursos de reforma y de apelación instados por la defensa del acusado aquí recurrente contra la providencia de la Audiencia en la que se acordó dar traslado de las actuaciones a la acusación particular, el escrito de la defensa de otro coacusado en el que su Letrado manifestaba la imposibilidad de continuar con su defensa y la providencia en la que se solicitaba un determinado informe del Ministerio Fiscal, pues dichas actuaciones no reúnen notoriamente las características precisas para producir el efecto interruptor del plazo de la prescripción en curso. La parte recurrente pone su acento, fundamentalmente, en el escrito dirigido por la acusación particular a la Audiencia Provincial el 15 de febrero de 1995 interesando se dictase el auto de apertura del juicio oral, mas, para valorarlo a los efectos aquí perseguidos, hemos de tener en cuenta: a) que se trata de un escrito procesalmente atípico; b) que, ante la falta de respuesta por el órgano jurisdiccional, la acusación particular se aquietó definitivamente hasta que la Audiencia dictó, finalmente, el 24 de marzo de 1997, el auto acordando la apertura del juicio oral; c) que el impulso procesal corresponde específicamente a los Jueces y Tribunales, por lo que, en principio, sólo las resoluciones judiciales tienen virtud interruptora de la prescripción, y d) que la jurisprudencia ha venido interpretando el término paralización en términos extensivos «pro reo».

Por todo lo anteriormente expuesto, hemos de reconocer que, en el presente caso, no es posible reconocer efectos interruptores de la prescripción del delito imputado a Ramón G. F. A ninguna de las actuaciones procesales practicadas en la causa a que se refiere este recurso desde la formulación del escrito de acusación de la acusación particular, que tuvo lugar el 9 de marzo de 1992, hasta el auto en el que se acordó la apertura del juicio oral, dictado por la Audiencia el 24 de marzo de 1997, por lo que, al mediar más de cinco años entre ambas fechas, es preciso reconocer también que transcurrió el correspondiente plazo de prescripción y, por ende, que la resolución judicial en que así se ha declarado es ajustada a Derecho, por lo que no puede apreciarse la infracción legal denunciada.

Procede, en conclusión, la desestimación de este motivo.

(Sentencia de 12 de febrero de 2002)

La prescripción se interrumpe desde que el procedimiento se dirigió contra el acusado con la deducción de testimonio de particulares y no con la citación formal para declarar en calidad de imputado

Cuarto. El quinto motivo alega infracción de ley por no haberse apreciado por el Tribunal de instancia la prescripción de las infracciones penales objeto de enjuiciamiento y condena. Alega el recurrente que entre la comisión de las infracciones y el momento en que se le recibió declaración en calidad de imputado transcurrieron más de cinco años, dado que por error su primera declaración en la causa seguida contra él se produjo en calidad de testigo, por lo que todas las infracciones se encontrarían prescritas.

La fundamentación del recurso parte del error de considerar que el «dies a quem» para el cómputo del plazo de prescripción es el de la declaración en calidad de imputado, criterio descartado por la doctrina jurisprudencial de esta Sala. Es cierto que la determinación del momento interruptivo de la prescripción constituye una cuestión polémica por la defectuosa técnica de la expresión legal con la que se determinaba dicho momento interruptivo en el Código Penal anterior («desde que el procedimiento se dirija contra el culpable», artículo 114.2 del Código Penal 73). Técnica defectuosa no subsanada en el Código Penal de 1995 (artículo 132.2) que utiliza prácticamente la misma expresión.

La doctrina tradicional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo estimaba que el plazo de prescripción debía extenderse desde el día en que se cometió el delito hasta aquel en que se comienzan las actuaciones para su descubrimiento y persecución, pues a eso equivale la frase dirigirse el procedimiento contra el culpable, entendiéndolo por procedimiento todos los actos encaminados a la instrucción de la causa (Sentencias 6 de junio de 1967, 25 de mayo de 1977, 8 de mayo de 1989, 23 de marzo de 1990, 2 de febrero y 18 de marzo de 1993, 13 de junio de 1997, etc.). De acuerdo con este criterio para la interrupción de la prescripción del delito «basta que el procedimiento se incoe genéricamente en averiguación del hecho y sus posibles autores» (Sentencia de 13 de junio de 1997).

Una posición más matizada estima que considerar la mera incoación de un procedimiento dirigido genéricamente a la investigación del hecho como necesariamente equivalente a dirigir el procedimiento contra todos los que finalmente resulten responsables, constituye una interpretación poco respetuosa con la redacción del precepto, por lo que es necesaria una valoración flexible de cada caso en concreto (Sentencias de 6 de julio de 1990 y 25 de enero de 1994, entre otras), siendo necesaria la individualización de la persona contra la que se dirige el procedimiento.

Lo que ha sido descartado por la doctrina jurisprudencial constante es la posibilidad de acoger la tercera posición, defendida por el recurrente, que exige para entender dirigido el procedimiento contra el culpable el auto de procesamiento o la citación formal y declaración como imputado, prescindiendo totalmente de las actuaciones anteriores que ya materialmente están dirigiendo el proceso penal hacia unos determinados denunciados, querrellados o meramente implicados.

En la actualidad la doctrina prácticamente unánime de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo adopta la posición intermedia: no basta con la apertura de un procedimiento destinado a la investigación del delito en cuestión cuando este procedimiento se dirige contra personas indeterminadas o inconcretas o contra personas diferentes de quien interesa la prescripción, pero tampoco es exigible que se dicte auto de procesamiento o se formalice judicialmente la imputación (mediante la citación a declarar en concepto de inculpado), siendo suficiente para entender interrumpida la

prescripción por «dirigirse el procedimiento contra el culpable» que en la querrela, denuncia o investigación aparezcan nominadas unas determinadas personas, como supuestos responsables del delito o delitos que son objeto del procedimiento, siendo equiparable a esta hipótesis los supuestos en que la denuncia, querrela o investigación se dirija contra personas que, aun cuando no estén identificadas nominalmente, aparezcan suficientemente definidas (doctrina acogida sustancialmente en las sentencias de 25 de enero de 1994, de 3 de febrero y 1 de marzo de 1995, de 14 de abril, 30 de septiembre, 3 de octubre y 11 de noviembre de 1997, de 25 de enero de 1999, 6 de noviembre de 2000 y 27 de marzo de 2001, entre otras muchas).

Siendo así que en el caso actual el procedimiento se incoó nominalmente contra el recurrente, por deducción de testimonio de particulares acordado por el órgano enjuiciador del procedimiento penal seguido como consecuencia de la denuncia falsa por él formulada, y en dicho testimonio se identificaba perfectamente al hoy condenado, dirigiéndose contra él el procedimiento, es claro que la fecha de deducción de dicho testimonio ha de considerarse como de interrupción de la prescripción. Dado que el testimonio se dedujo en febrero de 1988, es decir, año y medio después de ocurridos los hechos, resulta manifiesto que no ha transcurrido el período de cinco años, ni siquiera el de tres, que pudiera fundamentar, en el caso más favorable, la alegación de prescripción de los delitos perseguidos y enjuiciados.

Ahora bien, por la misma razón procede estimar parcialmente el recurso en lo que se refiere a la condena por falta de lesiones, pues como acertadamente informa el Ministerio Fiscal, cuando se acordó la deducción del testimonio la referida falta ya se encontraba prescrita, al ser el plazo de prescripción de dos meses en el CP anterior, que era el que se encontraba vigente cuando ocurrieron los hechos.

(Sentencia de 17 de mayo de 2002)

Prescripción en los supuestos en que un delito es instrumento para cometer otro: prescripción conjunta de los delitos, comenzando el plazo de prescripción cuando se comete el segundo de ellos. Delito de falsedad para cometer estafa procesal: la no prescripción de la estafa motiva que tampoco prescriba la falsedad al hallarse vinculados de modo inseparable

Sexto. El Fiscal articula sobre un único motivo su Recurso con base en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación de los artículos 130.5.º y 131, en relación con el 392 y 74 del Código Penal, toda vez que considera que debe condenarse por el delito de Falsedad documental, ya que no se ha producido la prescripción del mismo. Procede la estimación del Recurso.

En efecto. La Audiencia considera que, acreditada la comisión de las Falsedades como se describe en los Hechos Probados y con sobrado fundamento se motiva, la responsabilidad derivada de las mismas se encuentra extinguida por prescripción (art. 130.5.º CP), al haber transcurrido en exceso el término previsto legalmente para ello, dada la gravedad de la infracción (art. 131.1 parr. 5.º CP).

Frente a ello, dos son los argumentos que esgrime el Ministerio Público en su Recurso. De una parte, la disconformidad en relación con el «dies a quo» determinado por la Audiencia para el inicio del cómputo del plazo prescriptivo de tres años, que fue el de la presentación de las fotocopias de las cartas cuya firma se falsificó, acompañando a las demandas interpuestas ante el Juzgado civil (21 de abril y 6 de

junio de 1993), cuando el Fiscal considera que ese comienzo de plazo ha de fijarse en el momento posterior en el que se aportaron, al procedimiento ya abierto, los originales de referidos documentos (26 de junio de 1995), de modo que, de optarse por este segundo criterio y al retrasarse ese punto de partida, al tiempo de interposición de la Querrela (10 de julio de 1996) el delito no había prescrito.

Y, como segundo argumento, el de que, hallándonos ante dos infracciones conexas, en relación de concurso instrumental, ideadas y ejecutadas con un único designio común, cuales son las falsedades documentales cuya exclusiva finalidad es urdir el engaño para la consecuente acción defraudatoria lucrativa, el término para la prescripción de ambas, según la reiterada interpretación de la doctrina jurisprudencial, no puede comenzar sino hasta el momento en que el conjunto complejo delictivo se comete en su totalidad. Lo que, en el presente caso, llevaría a la imposibilidad de la prescripción de la Falsedad documental independientemente de la Estafa, con la que forma un conjunto indivisible en su comprensión.

Y en tanto pudiera ser objeto de mayor discusión y dudas interpretativas el primero de tales razonamientos esgrimido por el Fiscal en apoyo de su tesis de la inexistencia de la prescripción, lo que no ofrece oscuridad alguna es la procedencia de la segunda alegación, pues es lo cierto que, como tiene dicho esta Sala en reiteradas ocasiones: «Como recuerdan las Sentencias de 16 de diciembre de 1997 y 25 de enero de 1999, entre otras, la prescripción del delito tiene un doble fundamento, material y procesal: Por un lado, se reconoce a la prescripción una naturaleza jurídica material, en tanto se afirma que el transcurso del tiempo excluye la necesidad de aplicación de la pena, tanto desde la perspectiva de la retribución como de la prevención general o especial. Por otro lado, desde la perspectiva procesal, se destacan las dificultades probatorias suscitadas en el enjuiciamiento de hechos muy distanciados en el tiempo respecto del momento del juicio. En los supuestos de enjuiciamiento de un comportamiento delictivo complejo que constituye una unidad delictiva íntimamente cohesionada de modo material, como sucede en aquellos supuestos de delitos instrumentales en que uno de los delitos constituye un instrumento para la consumación o la ocultación de otro, se plantea el problema de la prescripción separada, que puede conducir al resultado absurdo del enjuiciamiento aislado de una parcela de la realidad delictiva prescindiendo de aquélla que se estimase previamente prescrita y que resulta imprescindible para la comprensión, enjuiciamiento y sanción de un comportamiento delictivo unitario. Acudiendo para la resolución de esta cuestión a los fundamentos procesales y especialmente a los materiales del propio instituto de la prescripción que se interpreta, la doctrina de esta Sala (Sentencias de 14 de junio de 1965, 6 de noviembre de 1991, 28 de septiembre de 1992, 12 de marzo de 1993, 12 de abril de 1994, 18 de mayo y 22 de junio de 1995, 10 de noviembre de 1997 y 29 de julio de 1998, entre otras), estima que en estos supuestos la unidad delictiva prescribe de modo conjunto, de modo que no cabe apreciar la prescripción aislada del delito instrumental mientras no prescriba el delito más grave o principal. Y ello porque no concurren los fundamentos en que se apoya la prescripción pues ni el transcurso del tiempo puede excluir la necesidad de aplicación de la pena para un único segmento subordinado de la conducta cuando subsiste para la acción delictiva principal, tanto si se contempla desde la perspectiva de la retribución como de la prevención general o especial, ni, por otro lado, en el ámbito procesal, puede mantenerse la subsistencia de dificultades probatorias suscitadas por el transcurso del tiempo que sólo afecten a un segmento de la acción y no a la conducta delictiva en su conjunto. Como destaca la Sentencia de 29 de julio de 1998, las razones que avalan este criterio son de carácter sustantivo, por lo que no resulta aplicable en supuestos de mera conexidad procesal»

(STS de 21 de diciembre de 1999, a semejanza de otras varias como la de 12 de mayo de 1999, por ejemplo, además de las ya mencionadas en esta misma cita).

De modo que, en el supuesto que nos ocupa, no habiéndose producido la prescripción de la Estafa, no cabe tener por prescrito el delito de Falsedad que a aquella se vincula de modo inseparable.

Por consiguiente, como ya se adelantó, el Recurso merece prosperar, procediendo seguidamente al dictado de la oportuna Segunda Sentencia, en la que se acogan las consecuencias de esta estimación.

(Sentencia de 3 de julio de 2002)

Prescripción: unidad natural de acción. Las diligencias de investigación del Fiscal no interrumpen su cómputo. En los supuestos de delitos cometidos por personas jurídicas u organizaciones la investigación criminal interrumpe la prescripción respecto de todas las personas vinculadas orgánica o funcionalmente a la persona u organización, aunque la persecución individualizada frente a ellos no se concrete hasta tiempo después

Segundo. El motivo segundo se formaliza, por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por inaplicación del artículo 74 del vigente Código Penal.

1. El Ministerio Fiscal discrepa de la calificación efectuada por el juzgador, que excluye la continuidad delictiva en el hecho relativo a la disposición de trescientos millones de pesetas. Combate las afirmaciones deslizadas en el fundamento de derecho segundo de la sentencia recurrida, cuando sienta que Mario C. no tomó dos decisiones de acción, sino una sola y que la pluralidad de actos en que se concretó la disposición patrimonial, no es sino la ejecución fraccionada de una sola voluntad.

Mantiene que nos encontramos ante dos conductas, que se corresponden con dos acciones típicas, antijurídicas y culpables, llevadas a cabo por el mismo sujeto, siguiendo los designios de un plan previo y preconcebido que recae sobre preceptos de idéntica naturaleza y que ocasionan un perjuicio patrimonial a un único sujeto. Señala que la distancia temporal entre los dos hechos superó los dos meses, lo que constituye un factor cronológico que, en modo alguno, se ajusta a la denominada unidad natural de la acción. Precisa que el desconocimiento del destino final de los fondos ilícitamente distraídos refuerza la tesis de la continuidad delictiva.

Termina sosteniendo que, la concurrencia de todos los requisitos del delito continuado, habrá que penarla según el actual artículo 74 del Código Penal.

2. La Sala sentenciadora estima que Mario C. no toma dos decisiones de acción, por lo que sólo existe un hecho, sin que tenga relevancia jurídica la circunstancia de que se materialice la decisión en dos acciones separadas, desde el punto de vista naturalístico.

Considera, no obstante, que ha existido un perjuicio patrimonial, ya que ha salido del patrimonio del Banco una cantidad de trescientos millones de pesetas y no se ha acreditado que de ello haya resultado un beneficio para la entidad. Tampoco estima acreditado que la disposición de dichos fondos produjera resultados satisfactorios para la entidad bancaria Banesto, derivados de la ruptura del proyecto de fusión con el Banco Central en la que estaba inmersa. La sentencia declara que los hechos que

han quedado probados son subsumibles en el delito de apropiación indebida del artículo 535 del Código Penal de 1973.

La sentencia maneja como alternativas, la inclusión de los hechos en el actual artículo 252 del Código Penal (apropiación indebida) y asimismo en el artículo 295 (administración desleal). Después de valorar las diversas posibilidades y teniendo en cuenta que las acusaciones han apreciado las circunstancias de agravación contenida en el núm. 7.º del artículo 529 del Código de 1973 y en los números 6.º y 7.º del artículo 250 del Código vigente, se inclina por considerar más favorable el Código de 1973, calificando los hechos conforme al artículo 535 en relación con el 528 y 529.7.º del mismo texto legal. La afirmación que se hace en la sentencia en el sentido de que no ha quedado acreditado que la disposición por Mario C. de 300 millones de pesetas se hiciera con la finalidad de favorecer al Banco, como retribución por la mediación de don Adolfo S. ante el Gobernador del Banco de España, para que éste autorizara la defusión y diera el visto bueno a las cuentas correspondientes del ejercicio de 1988, elimina cualquier posibilidad de valorar una hipotética existencia de un delito de administración desleal.

El Ministerio Fiscal no discute, en este punto, la calificación jurídica de los hechos, sino la consideración de los mismos como un solo delito y no como un delito continuado, que es la tesis que mantiene en el presente motivo.

3. Como es sabido uno de los elementos generales del tipo es la acción, que se proyecta en una conducta externa que produce normalmente un resultado típico. La determinación del momento consumativo tiene relevancia, en relación con determinadas circunstancias concurrentes, como los grados de participación y la prescripción del delito.

Parte de la doctrina acude a lo que se denomina la concepción natural de la vida, para decidir si ha habido una unidad natural de la acción, que integra un solo hecho delictivo, mientras que otros sectores sostienen que la valoración unitaria de la acción tiene que hacerse desde una perspectiva jurídica y no social.

La jurisprudencia de esta Sala ha considerado que existe una unidad natural de la acción, que solo merece un reproche penal, en los casos de agresiones sexuales en los que existiendo más de una penetración vaginal, oral o anal, éstas se producen en un corto lapso de tiempo, durante todo el cual, la víctima ha estado sometida a la acción directa del sujeto activo. Esta misma unidad natural de la acción o concepción naturalística se ha tomado en cuenta en los casos en que existe lo que se denomina progresión delictiva. En estos supuestos, existe una realización de varios hechos delictivos pero en un corto espacio temporal, por lo que se aprecia la existencia de un sólo delito.

La sentencia de esta Sala de 19 de abril de 2001 recuerda esta doctrina jurisprudencial al decirnos que, el concepto de unidad natural de acción concurre cuando los mismos movimientos corporales típicos se reiteran en un mismo espacio y de manera temporalmente próxima (varios puñetazos seguidos configuran un único delito de lesiones y varias penetraciones seguidas un único delito de violación), de manera que para un observador imparcial, el hecho puede ser considerado como una misma acción natural, careciendo de sentido alguno descomponerlo en varios actos delictivos (Cita, además, las sentencias de 15-2-1997; 7-5, 19-6 y 14-7-1999 y 2 y 18 julio de 2000).

4. Ahora bien, una situación distinta, es la que se produce cuando nos encontramos ante una repetición de acciones separadas por ocasiones temporales diferentes, más o menos distantes en su cronología. En estos supuestos no hay unidad natural de la acción, sino diversas actuaciones que pueden ser consideradas o bien como un concurso real de delitos o como un delito continuado. Tanto la teoría de la ficción,

como la teoría realista o la de la realidad jurídica, parten de la admisión de una pluralidad de hechos, que se integran bajo la figura del delito continuado, que ha sido consagrada legalmente en el artículo 69 bis del Código de 1973 y reiterada en el artículo 74 del Código vigente.

Un ejemplo típico de delito continuado que se utiliza en los manuales es el del cajero de un Banco que se apropia en distintas ocasiones de diferentes cantidades, siguiendo un designio unitario, o bien aprovechando circunstancias parecidas.

Primero, la jurisprudencia y ahora el propio Código Penal permiten la construcción del delito continuado sobre la base de la concurrencia de los requisitos siguientes:

a) Un sólo sujeto activo de todas las acciones; b) un dolo unitario o designio único derivado de un plan preconcebido; c) homogeneidad en la lesión del bien jurídico protegido; d) semejanza del precepto penal violado; e) conexión espacio-temporal.

Es evidente que, en el caso que es objeto de nuestra atención, se dan todos los elementos para calificar los hechos como un delito continuado. Las acciones imputadas al mismo sujeto obedecen a un sólo designio, al decidir «unilateralmente disponer de la suma de trescientos millones de pesetas para fines ajenos al giro de la empresa».

La ejecución del plan preconcebido, que aisladamente considerado integraría dos delitos de apropiación indebida, se ha realizado de forma lo suficientemente separada en el tiempo –más de dos meses–, como para que sea imposible considerarlas integradas en una sola acción delictiva. Por el contrario, el diverso modo de proceder y la forma de disposición del dinero, en dos fracciones de ciento cincuenta millones de pesetas, podría llevarnos a un concurso real, si no hubiera existido el plan preconcebido o un sólo designio, del que nos habla el hecho probado, de cuyo contenido no podemos apartarnos.

Ese dolo inicial, plasmado en dos complicadas operaciones distanciadas en el tiempo, es lo que inevitablemente nos lleva a estimar la concurrencia de un delito continuado.

5. La alegación efectuada por la representación del acusado, sobre la unidad de acción, manteniendo que la ejecución fraccionada de su decisión fue tomada unilateralmente por el Director General de la Banca Comercial, no encuentra su apoyo en el hecho probado, ya que se afirma tajantemente que, «la disposición efectiva de la suma de 300 millones de pesetas, una vez preparada la cantidad para ello, se llevó a cabo en dos entregas de 150 millones de pesetas cada una».

En todo momento el acusado, en su condición de Presidente de la entidad financiera, conoció y ordenó el diseño de la operación. Asimismo, decidió la confidencialidad de la entrega del dinero, resultando indiferente que las precauciones materiales para enmascarar las dos cantidades las tomaran sus subordinados. Resulta evidente que era más fácil realizar lo acordado si se actuaba en dos momentos distintos y a través de sucursales diferentes. El dominio pleno y total del acto correspondió al acusado Mario C. y a él se debe imputar la forma de realizar el hecho delictivo, sin que pueda sostenerse que los colaboradores hubieran actuado por su cuenta y absolutamente desligados de su principal.

Por lo expuesto, el motivo debe ser estimado.

Tercero. El motivo tercero se ampara en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por indebida inaplicación del artículo 113 del Código Penal de 1973.

1. El Ministerio Fiscal parte de lo que considera un error de derecho, al no aplicar la figura del delito continuado, por lo que estima que existe un nuevo error sustantivo, al decidir, indebidamente, la prescripción del delito. Sostiene que, tanto en el caso de que se aplique el derogado como el nuevo texto penal, entre el hecho delictivo y la interposición de la querrela, no ha transcurrido el plazo previsto para la extinción de la responsabilidad criminal.

Señala que la pena que se podía imponer conforme al artículo 69 bis del anterior Código, podría llegar hasta la prisión mayor por lo que, conforme al artículo 113.2 de dicho texto, el plazo de prescripción sería de diez años. Cita en su amparo el acuerdo de la Sala General de esta Sala de 29 de abril de 1997. En principio sostiene que se llega a idéntica solución, aplicando el actual artículo 74, ya que por aplicación de los artículos 248, 249 y 250.6 del nuevo Código Penal nos llevaría a una pena de prisión de uno a seis años de prisión y multa. La aplicación del artículo 74.2 del Código Penal permitiría superar el límite máximo de seis años de prisión, relacionando esta pena con los artículos 131.1 y 33 del Código Penal nos llevaría nuevamente a un plazo de diez años.

2. Establecida en el motivo anterior la existencia de un delito continuado, procede ahora examinar si, esta nueva valoración, tiene influencia sobre la prescripción del delito acordada por la Sala sentenciadora.

Este punto fue planteado como cuestión previa y rechazado por resolución de 9 de marzo de 1998, para su decisión en la sentencia definitiva. La resolución recurrida después de hacer unas profundas consideraciones dogmáticas termina afirmando que si se es coherente con la idea de que el delito continuado es un caso de unidad jurídica de la acción, que no siempre debe favorecer al reo, debe reconocerse que las acciones que se integran en la relación de continuidad pierden, por este hecho, su sustantividad propia. Considera la sentencia que el delito ha prescrito porque desde la fecha de su comisión (abril de 1989), hasta la interposición de la querrela, en noviembre de 1994, ha transcurrido el plazo establecido en la ley vigente, al momento de la comisión de los hechos delictivos. Conforme al artículo 113 del Código derogado, prescriben a los cinco años los delitos cuya pena no exceda de seis años. Estima que no concurre la circunstancia agravatoria del artículo 529.8.ª del anterior Código, ya que, en su opinión, no ha quedado demostrada la relación directa entre la apropiación de trescientos millones, que pertenecen al patrimonio de un Banco, y la producción de un perjuicio patrimonial a una pluralidad de personas.

No obstante, señala que la solución hubiera sido otra de aplicarse el Código vigente, porque el plazo para la prescripción que establece el artículo 131 del Código Penal, para delitos castigados con pena que excede de cinco años de prisión, como aquí acontece (prisión de uno a seis años de multa) no había transcurrido, pero no se puede aplicar retroactivamente, en perjuicio del reo, una legislación más desfavorable.

3. Ateniéndonos a lo anteriormente expuesto, debemos examinar, si al amparo de la legislación derogada y teniendo en cuenta las previsiones y posibilidades punitivas que ofrecía el artículo 69 bis del Código Penal de 1973, que regula el delito continuado, se ha producido el transcurso de los plazos de prescripción que establecía el anterior artículo 113 del Código Penal.

Con carácter general, se ha dicho por esta Sala, y así ha quedado plasmado en un Acuerdo General de 29 de abril de 1997, que para computar los plazos de prescripción de los delitos se deben tomar en consideración las penas señaladas en abstracto, teniendo en cuenta las posibilidades punitivas que se nos presentan en cada caso concreto.

El artículo 69 bis del Código Penal de 1973 establecía que los responsables de un delito o falta continuado, serían castigados con la pena señalada, en cualquiera de sus grados, para la infracción más grave, que podría ser aumentada hasta el grado medio de la pena superior. El mismo precepto, contempla una serie de previsiones específicas, para los delitos contra el patrimonio, estableciendo la imposición de la pena, tomando en cuenta el perjuicio total causado.

La sentencia califica los hechos, como ya se ha dicho, integrándolos en un delito de apropiación indebida del artículo 535 del Código Penal de 1973 en relación con la circunstancia 7.ª del artículo 529, que estima como muy cualificada a los efectos de penalidad lo que nos sitúa, según el artículo 528, en una pena de prisión menor que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 bis del Código derogado, permitía llegar hasta el grado medio de la pena de prisión mayor, es decir, hasta los diez años de prisión mayor.

En consecuencia, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 113 párrafo tercero del Código de 1973, el plazo de prescripción es de diez años, que no habían transcurrido desde la comisión de los hechos, hasta la interposición de la querrela por el Ministerio Fiscal.

4. El antiguo artículo 113 del Código Penal, para computar los plazos de la prescripción, parte de la pena que la ley señalare, lo que ratifica la postura de considerar la pena en abstracto. En relación con el delito continuado, existen numerosas sentencias de esta Sala, en las que se establece que la pena a considerar, sería la que resultara de la posibilidad de aumentarla hasta el grado medio de la pena superior (STS de 13 de marzo de 1996).

Como se ha señalado por la doctrina de esta Sala, entre otras muchas, la sentencia de 31 de marzo de 1997, a los efectos de la extinción de la responsabilidad penal por el transcurso del tiempo o prescripción, la pena base a tener en cuenta no es ni la que corresponde imponer en cada caso concreto, ni la que ha sido objeto de acusación, sino la que establezca la propia ley como máxima posibilidad, pues ello, amén de que literalmente así lo dice el precepto (señalado por la ley) es de lógica interpretación, ya que lo contrario iría en contra de un principio tan importante como es el de la «seguridad jurídica». Este mismo criterio se ha seguido en otras sentencias de esta Sala, como la de 26 de octubre de 2001, que reproduce la anterior doctrina.

En consecuencia y descartada la posibilidad de aplicar el artículo 74 del Código Vigente (que tampoco autorizaría la prescripción), la estimación del delito de apropiación indebida como continuado por la vía del artículo 69 bis del Código de 1973, impide la entrada en juego de los plazos extintivos de la responsabilidad criminal.

Eliminada la prescripción, reaparece la figura del delito de apropiación indebida del artículo 535, en relación con los artículos 528 y 529.7.º del Código Penal de 1973, solución por la que se decanta la sentencia recurrida, después de ponderar la aplicación alternativa del Código vigente en su modalidad de apropiación indebida e, incluso, de administración desleal. Asumiendo dicha calificación y teniendo en cuenta la existencia de un delito continuado, determinaremos en la segunda sentencia la pena que corresponda debidamente individualizada.

Por lo expuesto, el motivo debe ser estimado.

Cuarto. El motivo cuarto se interpone al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del artículo 113 del Código Penal de 1973. El motivo afecta solamente a Jacobo H. M. en relación con el delito referido a Carburos Metálicos.

1. El Ministerio Fiscal pone de relieve que la sentencia recurrida, después de calificar los hechos y la conducta del acusado como constitutiva de un delito de apropiación indebida de los artículos 535 en relación con los artículos 528 y 529.7 del Código Penal de 1973, parte de la fecha de comisión del hecho (6 de abril de 1990) y en base a que la primera declaración de Jacobo H., como imputado, tuvo lugar el 10 de noviembre de 1995, declara la extinción de la responsabilidad criminal, por prescripción, al haber transcurrido más de cinco años.

Como datos para sostener su postura, destaca y señala que la querrela del Fiscal de 14 de noviembre de 1994 hacía referencia a la existencia de un tercero que recibió el pago del dinero apropiado, aunque sin conocer su identidad. Destaca que uno de los querellados, Arturo R., al declarar como imputado, el 14 de diciembre de 1994, menciona de manera expresa la intervención directa de Jacobo H. Asimismo, existen las manifestaciones de Mario C. (19 de diciembre de 1994) y Rafael P. E. (4 de enero de 1995). En esta última se afirma que, a juicio del declarante, el pago debió corresponder al ajuste que pudieran haber efectuado Air Products con el Grupo Hachuel. A la vista de estas manifestaciones se cita como testigo a Jacobo H. (31 de enero de 1995).

Ante las diversas posiciones jurisprudenciales, el Ministerio Fiscal mantiene que para computar los plazos de la prescripción, no basta con la apertura de un procedimiento destinado a la investigación del delito en cuestión, cuando éste se dirige contra personas inconcretas o diferentes, de las que después se pueden ver afectadas por la extinción de la responsabilidad, pero tampoco es exigible que se formalice judicialmente la imputación.

También resalta que en el curso de la investigación judicial, el Fondo de Garantías de Depósitos interpuso recurso de queja contra la denegación, por parte del instructor, de que Jacobo H. declarase como imputado y que la Sala de la Audiencia Nacional lo estima.

2. El Ministerio Fiscal pone de relieve que las posturas jurisprudenciales, sobre la determinación del momento en que se entiende que un procedimiento penal va dirigido contra una determinada persona, han sufrido oscilaciones en las últimas décadas. Cita como representativas de las tesis contrapuestas, la Sentencia de esta Sala de 29 de septiembre de 1999, en la que se concede efecto interruptivo de la prescripción a la simple referencia a los posibles autores, aún innominada, en la denuncia o la querrela y el Auto de 19 de julio de 1997, en el que se exigía una declaración formal de procesamiento para entender que el procedimiento se dirigía contra una persona.

El Fiscal mantiene una posición intermedia, y considera que no es suficiente para interrumpir la prescripción, la apertura de un procedimiento contra personas inconcretas o personas diferentes de a quienes afecte la prescripción, pero tampoco es exigible una imputación formal de carácter judicial. Estima que, en este caso, desde el inicio de la investigación judicial, aparecían indicios suficientes para que se le hubiese tomado declaración como imputado.

3. No es posible, ni acertado, desde una correcta y actualizada política criminal aplicar los criterios de la prescripción de los delitos individuales (robo, violaciones, hurtos) a los delitos cometidos dentro del complejo entramado de una empresa, valiéndose de las estructuras y de la cobertura que proporciona el funcionamiento interno y el organigrama de una sociedad. El empresario o dirigente pondrá en marcha todos los recursos humanos, materiales y jurídicos para tratar de situarse en un segundo plano y cubrirse de las primeras investigaciones. Por ello, estimamos que, cuando se trata de delitos cometidos a través de una persona jurídica, la orientación de la acción hacia la misma afecta de igual manera a todos los que están en relación

directa con la empresa criminal, teniendo en cuenta que la verdadera responsabilidad no está en la base, sino en el vértice que tiene capacidad de decisión.

Como ha puesto de relieve la doctrina, las modalidades delictivas modernas se desenvuelven principalmente en contextos colectivos, en sistemas sociales. La sociología y la psicología enseñan que las personas que forman un colectivo tienen comportamientos distintos a los que tendrían de actuar en solitario. Los sujetos de la organización son intercambiables y no aparecen o se muestran a primera vista, por lo que estimamos que es suficiente, como hizo el Ministerio Fiscal en su querrela, con hacer referencia innominada a un tercero que recibió el pago del dinero apropiado, para que se entienda que el procedimiento y la investigación se dirige contra la persona que aparece enmascarada detrás de toda la trama delictiva.

Resulta además de un valor relevante que la propia querrela del Ministerio Fiscal, en el apartado 8 (página 38), se refiere a operaciones anómalas que se pueden haber producido en el grupo Hachuel, lo que evidencia la intervención de la persona a la que se refiere el presente motivo. En este mismo apartado y más adelante se hace referencia a las relaciones del grupo Hachuel con la entidad Banesto y la obtención, por parte de aquél, de importantes financiaciones para la adquisición de sociedades.

4. La Sentencia de esta Sala de 29 de julio de 1998 analiza detenidamente el significado de la expresión: «cuando el delito se dirija contra el culpable». Entiende que la expresión «culpable» se refiere, por extensión, al sujeto pasivo del proceso, imputado, inculcado, procesado, acusado, etc., según la fase del procedimiento en que nos encontremos.

La jurisprudencia, tradicionalmente hasta los años 1991 y 1992, ha venido entendiendo que el procedimiento se dirige contra el culpable desde el momento en que se inicia para averiguar, tanto el delito como la identidad de los delincuentes, y esta línea jurisprudencial se ha venido manteniendo en Sentencias de 6 de julio de 1994, 1 de marzo de 1995 y 13 de junio de 1997. Dice esta última, citando literalmente otras muchas, que «la prescripción no necesita para interrumpirse, actos de inculpación o imputación formal, pues basta que el procedimiento se incoe genéricamente en averiguación del hecho o de sus posibles autores».

Reconocemos la existencia de otra jurisprudencia, que exige que el culpable aparezca determinado en su tramitación, bien por medio de su nombre y apellidos, bien de otro modo a través del cual pudiera llegar a conocerse su identidad.

Ahora bien, insistimos, en que debe mantenerse una postura específica cuando nos encontramos ante delitos atribuidos a una colectividad de personas o cuando se observa la existencia de una organización o entramado, con diversidad de papeles en la actuación delictiva, evitando con ello que los escalones superiores o las personas difuminadas en el seno de una organización empresarial, que es necesario desentrañar a través de una compleja y dificultosa investigación, puedan ampararse en estas circunstancias para gozar de los mismos plazos de prescripción que los delincuentes individuales.

Si se admitiese la igualdad de todos los supuestos, estaríamos concediendo un beneficio inaceptable a las modernas formas de delincuencia, tanto en su faceta de crímenes terroristas o de narcotráfico, como en los supuestos de delincuencia económica cometida en el seno de las personas jurídicas societarias o valiéndose de ellas.

5. En el caso presente se da la circunstancia de que la acción ejercitada por el Ministerio Fiscal, antes de cumplirse el plazo general marcado por la ley, como ya se ha dicho, se hacía referencia a la existencia de un tercero que recibió el pago del dinero apropiado. El hecho se fija en el 6 de abril de 1990, y la querrela del Fiscal se interpone en noviembre de 1994. Pero sucede además que otro de los querrellados en

su declaración de 14 de diciembre de 1994 hace referencia a la intervención de Jacobo H., al que la Sala ha absuelto por prescripción del delito.

Como puede verse, y de conformidad con todo lo anteriormente expuesto, no habían transcurrido los plazos de prescripción exigidos por la ley.

Por lo expuesto, el motivo debe ser estimado.

(Sentencia de 29 de julio de 2002)

ARTÍCULO 138

Homicidio. Error en el golpe: supuestos y criterios de solución

Tercero. (...) El supuesto enjuiciado constituye una modalidad de error de tipo denominada «aberratio ictus» o error en el golpe en el que el objeto lesionado es distinto al que se quería lesionar.

Esta Sala –confrontar Sentencias de 29 de marzo y de 11 de julio de 2001– tiene declarado que el error en el golpe o «aberratio ictus», consecuencia de una falta de acierto en la dirección del ataque, bien por falta de puntería o porque un tercero se interpone en la trayectoria, resulta irrelevante o intrascendente si existe identidad en el bien jurídico protegido, señalando la Sentencia de esta Sala de 8 de mayo de 1995 que la Ley determina de modo no individualizado el objeto de protección.

Así las cosas, cumplida la imputación objetiva al haberse verificado que el resultado es la realización del peligro jurídicamente desaprobado creado por la acción del recurrente quien tenía conocimiento y representación del peligro que creaba con su acción, concurrirían, según los hechos que se declaran probados, cuantos elementos objetivos y subjetivos caracterizan el delito doloso de homicidio y ello plantearía una calificación jurídica que pudiera desfavorecer los intereses del recurrente, lo que no es permitido por el principio que impide la «reformatio in peius».

Sin embargo, habrá que tener en cuenta las circunstancias concretas del hecho que nos ocupa.

En los casos de «aberratio ictus» la doctrina coincide en señalar que en estos supuestos el autor proyecta una acción sobre un objeto determinado, pero, a causa de la deficiente realización de la misma, ésta recae sobre otro objeto de idéntica protección y calificación jurídica. Y para una más correcta calificación jurídica se sostiene igualmente, por una parte de la doctrina, que se debe tener en cuenta si el segundo objeto sobre el que recayó y sufrió la lesión estaba o no a la vista del autor. Si ciertamente estaba a su vista, se debe admitir el llamado dolo alternativo cuando el desarrollo causal no era improbable; en este sentido, se ha pronunciado la Sentencia de esta Sala de 20 de abril de 1994. Por el contrario, en aquellos casos en los que no estaba a la vista del autor el objeto sobre el que recayó su acción, la doctrina dominante sostiene que el sujeto debe responder por tentativa de homicidio respecto del objeto determinado sobre el que proyectó la acción, en este caso José B., en concurso ideal con homicidio imprudente respecto al objeto sobre el que recayó su acción, en este caso su esposa María E. G. B., ya que el autor, en este segundo supuesto, no ha tenido un conocimiento del desarrollo del suceso que sea suficiente como para permitir afirmar que el resultado acaecido sobre un objeto similar, pero que no es la meta de su acción, deba imputársele a título de dolo.

Y como no consta en los hechos que se declaran probados que cuando el recurrente inició su agresión tuviese a la vista a su esposa, sobre quien recayó el golpe

con la azada, aparece, pues, correcta, de acuerdo con la doctrina antes expuesta, la calificación jurídica de los hechos realizada por el Tribunal de instancia de homicidio en grado de tentativa respecto a José B. y homicidio imprudente con relación a María E. G. B., ya que la insuficiencia del conocimiento del acusado Germán en el desarrollo del suceso respecto a la ubicación de su mujer no impide la calificación de imprudencia temeraria (Código Penal de 1973) realizada por el Tribunal de instancia, ya que de no haber omitido elementales medidas de precaución y cautela hubiese tenido cabal conocimiento del peligro jurídicamente desaprobado, que generaba con su acción, con relación a la fallecida.

(Sentencia de 7 de febrero de 2002)

ARTÍCULO 139

Asesinato. Alevosía: zarandear de forma brutal y violenta a la hija de seis meses de dad, en la forma conocida y descrita en el argot médico como «el latigazo», causándole lesiones muy graves en el cerebelo, que posteriormente produjeron la muerte. Dolo eventual: al despreciar la posibilidad de evitar tal grave resultado interrumpiendo su acción, evidentemente era consciente de que esa muerte se cometía sobre un ser tan indefenso como una niña de tal edad y seriamente afectada en su estado de salud por severos maltratos previos

Cuarto. El último motivo del Recurso, el Cuarto, se refiere, a través del cauce del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la indebida aplicación del artículo 138 del Código Penal, dada la ausencia de dolo, o ánimo de matar, por parte del recurrente.

El motivo alegado, de acuerdo con numerosísimos pronunciamientos de esta Sala en ese sentido, supone la comprobación por el Tribunal de Casación de la correcta subsunción de los Hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal. Pero esa labor ha de partir de un principio esencial, cual es el de la intangibilidad de la narración de Hechos llevada a cabo por el Tribunal de instancia, a partir de la convicción que por el mismo se alcanza, acerca de la realidad de lo acontecido, como consecuencia de la valoración del material probatorio disponible, que le es propia con exclusividad, como ya antes se dijo.

En este sentido, es clara la improcedencia también del motivo, puesto que la descripción narrativa del relato sobre el que se asienta el pronunciamiento de la Audiencia es de sobra bastante e idónea para alcanzar su conclusión condenatoria y la afirmación de concurrencia de un dolo, al menos en forma eventual de matar.

Es más, el Tribunal de instancia llega a esta conclusión, de la presencia de tal categoría del dolo cuando, a nuestro juicio, también hubiere sido perfectamente posible, dadas las circunstancias del caso, afirmar incluso la presencia del dolo directo.

No obstante, en línea con la argumentación de la Sentencia recurrida, la fragilidad de una niña de tan corta edad, realizada por el estado físico previo que presentaba, según se desprende del informe de autopsia, y los violentos movimientos a los que el recurrente, de acuerdo con lo parcialmente reconocido por él mismo, la sometió, hasta el punto de ocasionarle la muerte, revelan la incuestionable presencia en la

mente del autor de la eventualidad del resultado letal de su conducta, a pesar de lo cual prosiguió, con desprecio del mismo, ejecutando tales actos.

En este sentido, y a propósito de la caracterización del dolo eventual y de su perfecto encaje en la descripción de la conducta de Manuel («... zarandea de forma brutal y violenta a la niña, en la forma conocida y descrita en el argot médico como "latigazo", causándole lesiones muy graves en el cerebelo, que entra prácticamente en coma...»), podemos recordar, como ejemplo, la Sentencia de 4 de junio de 2001, que dice:

«Esta Sala ya expresó en nuestra Sentencia de 21-1-1997, que el conocimiento y la voluntad —componentes esenciales del dolo como actitud consciente y deliberadamente finalística de producción de un resultado dañoso o lesivo— son determinantes por su intensidad del nivel de consentimiento que su titular presta a la acción, mas no siempre corren parejos con la objetiva probabilidad del resultado o con el alcance de la actuación exterior. De ahí que quepa hablar de varias clases de dolo, efecto clasificatorio que, si bien sirve con eficacia para discernir matices de la cromatografía culpabilística, en modo alguno rebaja la dosis de responsabilidad que ofrece tal espectro en la zona que no se identifica con la imprudencia (Sentencia de 21-6-1999, que seguimos). Partiendo de tal concepción, que —por su fórmula sincrética— trata de excluir posicionamientos monopolísticos en favor de tendencias afines al consentimiento, la probabilidad o al sentimiento (todos ellos presentes en el campo doctrinal) debe destacarse que la doctrina de esta Sala apunta definitivamente hacia una conformación ecléctica de la figura del dolo eventual en la que se consignan elementos de probabilidad y actitudes de consentimiento, conocimiento y representación que permiten una aproximación más exacta a los últimos estímulos desencadenantes de la actuación del agente o, lo que es lo mismo, al soporte intencional y volitivo de su acción. En definitiva, el dolo eventual supone que el agente se representa un resultado dañoso, de posible y no necesaria originación y no directamente querido, a pesar de lo cual se acepta, también conscientemente, porque no se renuncia a la ejecución de los actos pensados. La misma imputación deviene, conocido el acto y sus consecuencias, con la voluntad de realizarlo y con la probabilidad del daño directamente no deseado. Por tanto, el dolo eventual exige la doble condición de que el sujeto conozca o se represente la existencia en su acción de un peligro serio e inmediato de que se produzca el resultado y que, además, se conforme con tal producción y decida ejecutar la acción asumiendo la eventualidad de que aquel resultado se produzca. Lo que significa que, en todo caso, es exigible en el autor la consciencia o conocimiento del riesgo elevado de producción del resultado que su acción contiene (SSTS 20-2-1993, 20-10-1997 y 11-2 y 18-3-1998, entre otras).»

Es, por tanto, de todo punto razonable concluir, coincidiendo con la Audiencia, que, cuando el recurrente ejecuta actos de semejante violencia sobre su hija, es sabedor del alcance que los mismos pueden tener sobre la vida de la niña y, a pesar de ello, los lleva a cabo, con el resultado fatal que conocemos.

Por consiguiente, también este motivo y, con él, el Recurso en su integridad debe ser desestimado.

Noveno. El Ministerio Público incluye un único motivo en su Recurso, interesando, sobre la base del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento, la aplicación del artículo 139.1 del Código Penal, al considerar el hecho enjuiciado de la muerte de la niña como un delito de Asesinato y no de Homicidio (artículo 138 CP) como, a su juicio incorrectamente, fue calificado por la Audiencia. Pues concurre la agravante, en este caso específica, de alevosía, plenamente compatible, según el Fiscal, con el «dolo eventual» atribuido a Manuel.

La Audiencia, por su parte, consideró incompatible el dolo eventual apreciado en la conducta del autor del hecho con la posible concurrencia de la alevosía.

Y, a este respecto, conviene recordar que ya tiene dicho la doctrina de la Sala que «... la pretendida incompatibilidad entre el dolo eventual de muerte y el dolo directo de actuar alevosamente que esgrime el recurrente no se convierte en obstáculo calificador insalvable como aquel pretende, pues es perfectamente diferenciable en un comportamiento como el enjuiciado, una directa y decidida intención y voluntad de dar cumplimiento a finalidades aseguratorias para la ejecución y para el propio actuante así como sobre la indefensión de la víctima (parcela esta del comportamiento alevoso que aparece diáfano en el actuar del agente que espera o busca deliberadamente una situación de relajamiento más propicia para la sorpresa) de una actitud intencional que no completa el agotamiento de la determinación de dañar respecto a la causación del daño o lesión en sí misma si no en cuanto a la aceptación de su resultado, supuesto del dolo eventual en el que, no obstante representarse aquel como probable, sin embargo es consentido o aceptado. Referencia –la del resultado– que, válida e imprescindible para determinar la graduación del dolo, no debe extenderse a dicha circunstancia como pretende quien recurre aludiendo a una corriente doctrinal y jurisprudencial de la que son exponentes Sentencias como las de 16 de marzo de 1981, 13 de abril de 1993, 11 de julio de 1994 y 29 de noviembre de 1995, sino que debe desconectarse de la alevosía, según se afirma en la resolución combatida de acuerdo con Sentencias de esta Sala de 16 de marzo de 1981, 20 de noviembre de 1993 y 21 de enero de 1997, pues la definición legal de la alevosía, tanto en el Código derogado como en el actual, a lo que hace referencia es a asegurar la ejecución y, en el caso de autos, el procesado lanza el golpe con la navaja de forma tan imprevista y sorpresiva que asegura su ejecución, y ello, con independencia de que tuviera intención directa de matar o, simplemente, la aceptara ese efecto como consecuencia de su acción, y no se haya producido el resultado de la muerte por la rápida intervención facultativa a que fue sometida la víctima» (STS de 21 de junio de 1999, que recogía doctrina expuesta ya en la anterior, de 21 de enero de 1997, y que sería seguida por la ya mencionada de 4 de junio de 2001).

Criterio que había sido, así mismo, el aplicado, para un supuesto que guarda gran analogía con el que aquí se enjuicia, por la STS de 20 de diciembre de 1993, cuando afirmaba: «... aunque se haya debatido la posibilidad de estimar el delito de asesinato como comisible por dolo eventual, ello ha sido solo en cuanto no cabe admitir la eventualidad o condicionalidad de las circunstancias que conforme el artículo 406 CP cualifican el homicidio, para convertirlo en aquel delito más grave. Pero si respecto a la circunstancia cualificativa concurrente se da la plena conciencia, esto es, aparece abarcada por la inteligencia o comprensión del autor, y es querida o realizada la acción con tal circunstancia por el sujeto, nada puede oponerse a la existencia del asesinato solo por que lo comprendido eventualmente por el dolo sea la muerte (vide Sentencia de 16 de marzo de 1981). En el supuesto de autos, es evidente que aunque el dolo de muerte pudo haber sido solo eventual, lo que sí era directa y plenamente conocida y querida por el acusado era la condición desvalida de la víctima que, por su corta edad, no podía ofrecer obstáculo alguno o la acción agresiva de aquel, se produjera esta como se produjera. Y sabido es que la condición infantil del sujeto pasivo, en cuanto encierra por sí misma una indefensión, constituye una de las modalidades de la alevosía, recogida ya en nuestro Derecho histórico por la circunstancia 3.ª del artículo 609 CP de 1822, que incluía en la definición del asesinato por alevosía el actuar contra persona indefensa, y destacada por la jurisprudencia de esta Sala, que especialmente incluye en esa clase de personas desvalidas o indefensas a los niños (SSTS de 13 noviembre de 1991, de 17 de mayo de 1992, de 14 de enero, de 4 de febrero, de 2 abril de 1993, por citar las más recientes). Lo que aparece confirmado, como reflejo de la existencia en tal sentido de un claro sentimiento social, en el Proyecto de CP de 1992, cuyo artículo 21.1.º, actua-

lizando aquel criterio del primero de nuestros Códigos penales, define la alevosía agregando a la fórmula vigente la cláusula “o cuando el hecho se ejecutara sobre persona absolutamente indefensa”. Por todo lo que, dado el carácter esencialmente objetivo y no susceptible de ser ignorado de la condición infantil y desvalida de la persona sobre el que el acusado realizó su agresión, la alevosía, ya apreciada por la Sala a quo, concurre como cualificante de su conducta, ejecutada con dolo eventual de muerte».

No cabe sino compartir, por plenamente razonable, la anterior argumentación. Si el autor del homicidio se representó la eventualidad de causar la muerte y, aún no deseándola directamente, la aceptó al despreciar la posibilidad de evitar tal grave resultado interrumpiendo su acción, evidentemente era consciente de que esa muerte se cometía sobre un ser tan indefenso como una niña de seis meses de edad y seriamente afectada en su estado de salud por severos maltratos previos.

Por lo que no debe excluirse la agravante de alevosía, que está sin duda presente en la conducta de Manuel, no bajo las formas de «traición» ni de «ataque sorpresivo», sino en la más objetiva, descrita por la Jurisprudencia como característica más genuina de la «cobardía común», la actuación que se aprovecha o prevalece en situaciones especiales de desvalimiento (STS de 21 de junio de 1999).

No solo la corrección técnica de la compatibilidad de la agravante con el carácter del elemento culpabilístico (dolo eventual) es irreprochable, sino que la propia gravedad de la conducta enjuiciada lleva de modo plenamente natural a la calificación de los hechos, contenidos en la completa descripción de la Sentencia recurrida, como un delito de asesinato, tal y como interesa el Fiscal, en este caso desde su posición de recurrente, y de acuerdo con lo que ya se ha afirmado en resoluciones como la más arriba mencionada, de 4 de junio de 2001, que, en referencia al significado de la alevosía, enumera como elementos caracterizadores y justificativos de la misma, los siguientes: «a) En cuanto a la dinámica de su actividad: un aseguramiento del resultado sin riesgo para el agente, eliminando la defensa que pudiera existir por parte del ofendido con lo que se pone de relieve el cariz predominantemente objetivo, a través del aseguramiento de la ejecución y de la indefensión de la víctima. b) En cuanto a la culpabilidad: la presencia no solamente del dolo proyectado sobre la acción del agente, sino además un ánimo tendencial dirigido hacia la indefensión del sujeto pasivo del delito, y mediante el cual se pone de relieve cierta vileza o cobardía en el obrar. c) Que, a través del enjuiciamiento, se capte una mayor repulsa social de la acción delictiva de la que intrínsecamente lleva el resultado (v., SSTS de 24 de mayo de 1982, de 10 de mayo de 1984, de 25 de febrero de 1987 y de 24 de enero de 1992)».

El Recurso, por todo ello, debe estimarse, procediéndose a dictar, a continuación, la correspondiente Segunda Sentencia, que recoja, en forma adecuada, las consecuencias derivadas de esta estimación.

(Sentencia de 31 de octubre de 2002)

ARTÍCULO 147

Lesiones. Autoría: la agresión conjunta de un grupo de personas hace responsables a todos los atacantes cuando era previsible el resultado y todos ellos emplean una violencia análoga en intensidad con la víctima, existiendo dominio funcional del hecho por todos

Único. [...] 2.—El motivo único del recurso de casación de Antonio R. C. se formuló al amparo del artículo 849.1.º LECrM y en él se denuncia la infracción del ar-

título 28, en relación con el artículo 147 CP y el principio *in dubio pro reo*. Considera el recurrente que existiendo la duda acerca de si la agresión de Antonio fue la que causó la fractura de Pedro, se debe proceder a la absolución, al estar dicha solución amparada por el principio general *in dubio pro reo*. Se estima también en el recurso que el solo hecho de que se mantenga en la sentencia: «El acusado Antonio debe responder, ya sea como autor directo, ya como cooperador necesario» implica conculcar el principio de culpabilidad, al no quedar plenamente fijada la acción típica que realizó dicho acusado.

Se critica en el recurso la unidad de acción que se atribuye en la sentencia a ambos acusados, padre e hijo, y la necesaria cooperación, que según la resolución, ambas conductas de Antonio y de Teófilo, tuvieron en el resultado:

A) En cuanto a la unidad de acción, se niega en el recurso que exista, por entender que hubo dos acciones sucesivas completamente diferentes y con resultados distintos, sin que la intervención del padre e hijo en los hechos fuese conjunta, indiscriminadamente y simultánea, como se establece en la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1987.

Antonio golpeó a Pedro una sola vez y luego se fue a atender a su hija, que estaba siendo desgarrada por el perro de la familia del agredido, por lo que la acción de Antonio se consumó en un solo acto, sin que interviniera en la preparación y en la ejecución el padre de Antonio, por lo que no se puede estimar la unidad de acción de ambos. La acción del padre, Teófilo R. L., fue posterior e independiente de la de su hijo, aunque fuese con un intervalo de poco tiempo, por lo que no es aplicable al caso la teoría del dominio funcional del hecho.

Entiende el acusado que el caso de autos no es el supuesto de que varias personas golpean a otra y no se pueden diferenciar sus acciones porque son simultáneas, indiscriminadas y conjuntas, por lo que la responsabilidad de los autores respecto al resultado del conjunto de las acciones es de solidaridad. Según el recurso, cuando se permite individualizar cada una de las acciones realizada por cada uno de los inculpa-dos, ello impide desde el plano normativo la imputación recíproca de los resultados lesivos.

Se cita por el recurrente la doctrina de la Sentencia de esta Sala de 14 de marzo de 1994, en la que de conformidad con la reforma operada por la Ley 8/1983, de 25 de junio, se ponen de relieve las exigencias de un Derecho Penal asentado en las garantías del principio de culpabilidad, que obliga a avanzar en la individualización de la responsabilidad criminal y en desterrar de nuestro sistema punitivo la responsabilidad objetiva y todas sus manifestaciones. Según la citada sentencia, acorde con esta evolución, se abandona la doctrina que construye la solidaridad de los coautores sobre la base del resultado realmente producido por cualquiera de ellos e igualmente se ha superado el criterio del acuerdo previo de voluntades como justificante de la responsabilidad sobre todo lo posteriormente acontecido, aunque desborde lo conve-nido.

Con arreglo a la doctrina expuesta, considera el recurrente que deben abandonarse los criterios de solidaridad penal cuando las acciones lesivas no sean simultáneas e indiscriminadas, entendiendo que en el caso enjuiciado, aunque el resultado de cada acción no se ha determinado, ello no significa que las acciones no hayan sido distintas, y, por tanto, enjuiciable independientemente. Se estima en el recurso que las garantías del principio de culpabilidad exigen que, si no se tiene la certeza absoluta de que una acción produjo un resultado, se debe absolver al inculpa-do, petición que se reitera para Antonio R. C.

Según el recurrente, en el ámbito penal, fuera de los casos de agresiones simultáneas e indiscriminadas la duda sobre el resultado de cada acción debe conllevar la absolución, por la aplicación del principio general *in dubio pro reo* y el derecho constitucional a la presunción de inocencia, sin que se puede decidir en función de la reparación del daño, que siempre tendrá la vía civil.

B) Tras exponerse en el recurso que Antonio R. C. no podía ser reputado autor directo de la lesión, se rechaza también que pueda ser considerado cooperador necesario.

Según el recurrente, para entender que la participación del mismo fue en calidad de cooperador necesario tendría que partirse del supuesto de que su acción produjo tal lesión, que sin tener el carácter de fractura, tuviera tal entidad que con el segundo golpeo facilitase la fractura del maxilar. Para considerársele cooperador necesario a Antonio R. C., tendría que ser posible aplicar la fórmula de la *conditio sine qua non*, al reputar la actuación del cooperador necesario como una contribución causal a la comisión del delito. En el supuesto enjuiciado, para poder condenar a Antonio R. como cooperador necesario se debería de haber verificado que la posible lesión que pudiera haber provocado su acción hubiese contribuido a la fractura del maxilar. Sin embargo, se pone de relieve en el recurso que este hecho no se ha acreditado en ningún momento, porque tampoco quedó determinado en el informe del médico forense. Es más, según se afirma en el fundamento cuarto de la sentencia «el informe médico forense es rotundo al afirmar que no puede determinarse de forma exacta cuál de los golpes produjo la rotura».

Así, según el recurrente, la duda que se aprecia respecto de si Antonio R. fue el autor directo de la lesión, debe extenderse también y aplicarse en función del principio *in dubio pro reo*, respecto de su calificación como cooperador necesario.

3. El Ministerio Fiscal impugnó el recurso, por entender que los dos golpes recibidos por el perjudicado, propinados por Antonio R. y por su padre, Teófilo R., contribuyeron de manera eficaz al resultado de la acción. Entiende el Ministerio Público que en el caso enjuiciado existe una actuación conjunta, aunque los golpes se produjeran de manera sucesiva, pues ambos agresores actuaron con la misma finalidad, producir lesiones en la persona agredida, aprovechando el segundo atacante el impacto producido por el primer golpe en la víctima del hecho, lo que podía considerarse como participación adhesiva.

4. En el motivo único del recurso de casación básicamente se impugnó que sea imputable a la acción del acusado Antonio R. C. el resultado de la fractura de la mandíbula de Pedro R. C., con lo que se censura la subsunción de los hechos enjuiciados en el artículo 147.1 CP, y la tipificación de los mismos como delito de lesiones, y también se impugna la atribución de autoría en el delito de lesiones a Antonio R. y la aplicación de las normas del artículo 28 CP a la participación de Antonio en la acción delictiva.

El motivo debe ser desestimado por las razones que seguidamente se exponen:

A) El tipo de recurso de casación utilizado, por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1.º LECrm obliga a un total respeto al *factum* en la sentencia, y en este se expresa que a consecuencia de estas agresiones –refiriéndose a los puñetazos propinados por Antonio R. C. y por Teófilo R. L.–, Pedro R. sufrió lesiones consistentes en fractura de mandíbula inferior, por lo que los hechos probados revelan la relación de causalidad entre la agresión de Antonio y el deterioro óseo ocasionado a Pedro, lo que conlleva que la acción del acusado, integrada con el resultado produ-

cido, debe calificarse de delito de lesiones previsto en el apartado 1 del artículo 147 CP y la participación de Antonio deba considerarse integrante de autoría, de conformidad con el artículo 28 CP.

B) Con apoyo en el relato de la mecánica de la agresión dirigida contra Pedro R. C. contenido en el párrafo 2.º de la narración de los hechos probados, y en las afirmaciones expuestas en el fundamento cuarto de la sentencia recurrida –que se recogen en el apartado 1 del presente fundamento– también se llega a la conclusión de que el puñetazo propinado por Antonio tuvo relevancia causal en la producción de la fractura de la mandíbula de Pedro R., bien porque efectivamente fuera tal golpe el originador de la rotura –opción admitida en el informe médico forense–, bien porque, en todo caso, aunque no ocasionara la fractura, la facilitó, al disminuir o anular la capacidad de reacción de Pedro, con lo que el segundo agresor Teófilo R. tuvo asegurada la efectividad de su acción; y

C) La agresión, por parte de Antonio y Teófilo, con sendos puñetazos consecutivos e inmediatos dirigidos a la mandíbula de Pedro R. C. fue un supuesto de ataque plural a la integridad física de una persona, no explícitamente concertado, pero tácitamente aceptado por los agresores, que, según jurisprudencia de esta Sala, manifestada en las Sentencias de 25 de marzo de 2000, y de 7 y 10 de noviembre de 2001, constituye a todos los del grupo en responsables de la lesión final originada por el ataque, si era previsible que ese resultado pudiera derivarse del tipo de agresiones llevadas a cabo. Según la última citada sentencia, en tales casos, cuando todos los sujetos emplean contra el agredido una violencia de análoga intensidad, de todos debe ser predicado el condominio funcional del hecho, en cuanto la actuación de cada uno contribuye por igual a anular o disminuir la resistencia de la víctima. Conforme dicha sentencia, en los supuestos mencionados, el elemento subjetivo de la coautoría –acuerdo de voluntades– puede ser un convenio tácito, lo que ocurre normalmente en aquellos casos en los que transcurre un brevísimo lapso de tiempo entre la ideación criminal y su puesta en práctica.

La doctrina expuesta es claramente aplicable al supuesto enjuiciado. Debe entenderse que hubo una agresión plural, por parte de Antonio R. C. y de su padre, Teófilo R. L., no explícitamente concertada, pero tácitamente convenida contra Pedro R. C., que se concretó en ataques físicos análogos –sendos puñetazos dirigidos a la mandíbula inferior del agredido– y que debe determinar la imputación a Antonio –puesto que Teófilo falleció– de responsabilidad penal por las consecuencias de los golpes proporcionados, y la atribución por tanto de autoría, del artículo 28 CP, en el delito de lesiones del artículo 147.1 del mismo Cuerpo legal.

(Sentencia de 11 de noviembre de 2002)

ARTÍCULO 150

Deformidad: la pérdida de incisivos u otras piezas dentarias es considerada deformidad. Parámetros a tener en cuenta para excepcionalmente no apreciar deformidad en supuestos de rotura de piezas dentarias. Acuerdo de Pleno de 19 de abril de 2002

Primero.–La sentencia impugnada condena al acusado como autor de una falta de lesiones del artículo 617 1.º del Código Penal de 1995, absolviéndole del delito de lesiones con deformidad, del artículo 150 del mismo texto legal, que le imputaba el

Ministerio Público. Frente a la misma se alza el recurso del Ministerio Fiscal fundado en un solo motivo, por infracción de ley, que interesa ahora la condena del acusado como autor de un delito ordinario de lesiones del artículo 147. Señala el Ministerio Público que aunque la rotura parcial de un incisivo, reconstruida odontológicamente, no se considere deformidad, al menos debe dar lugar a la condena por delito y no por falta, dado que dicha reconstrucción odontológica implica tratamiento médico.

Segundo.—El recurso debe ser estimado, en aplicación del criterio uniforme aprobado por esta Sala en su reunión del pasado 19 de abril. En efecto en la Sala General celebrada para unificación de criterios en relación con la valoración como deformidad de la pérdida o rotura de alguna pieza dentaria, se acordó, tras un prolongado y meditado debate, que «la pérdida de incisivos u otras piezas dentarias, ocasionada por dolo directo o eventual, es ordinariamente subsumible en el artículo 150 CP/1995 (deformidad). Este criterio, sin embargo, admite modulaciones en supuestos de menor entidad, en atención a la relevancia de la afectación o a las circunstancias de la víctima, así como a las posibilidades de reparación accesible con carácter general, sin riesgo ni especiales dificultades para el lesionado. En todo caso dicho resultado comportará valoración como delito, y no como falta».

La valoración de la pérdida o rotura de incisivos como deformidad es conforme con una doctrina jurisprudencial, muy consolidada, que considera como deformidad la pérdida permanente de sustancia corporal que, por su visibilidad, determina un perjuicio estético o, dicho con la expresión de la Sentencia de esta Sala de 29 de enero de 1996, «toda irregularidad física permanente que conlleva una modificación corporal de la que pueden derivarse efectos sociales o convivenciales negativos». Sin embargo, ha de tomarse en consideración que la pena establecida para estos supuestos por el Legislador, un mínimo de tres años de privación de libertad, indica claramente que se pretenden sancionar conductas especialmente graves, lo que aconseja excluir aquellos supuestos de menor entidad, en los que la pena legalmente predeterminada resulta desproporcionada.

Tercero.—En la doctrina de los Tribunales Provinciales se solventan, en ocasiones, estos supuestos de menor entidad, atribuyendo el resultado lesivo a mera imprudencia, y construyendo un concurso ideal entre delito doloso de lesiones del artículo 147 y delito imprudente de lesiones del artículo 152.3.º, en relación con el 150.

Esta solución no parece convincente. Resulta dogmáticamente muy difícil sostener que cuando se golpea a alguien en el rostro con intención de lesionarle, pueda diferenciarse entre un dolo de lesionar y otro también de lesionar, pero un poco menos. Por otra parte, la doctrina de esta Sala (Sentencias de 27 de diciembre de 1982, de 24 de octubre de 1989, de 23 de abril de 1992, de 6 de junio, de 30 de junio y de 26 de julio de 2000, de 19 de octubre de 2001, entre otras) viene generalmente estimando que quien conoce suficientemente el peligro concreto generado por su acción, que pone en riesgo específico a otro, y sin embargo actúa conscientemente, obra con dolo, pues sabe lo que hace, y de dicho conocimiento y actuación puede inferirse racionalmente su aceptación del resultado, que constituye consecuencia natural, adecuada y altamente probable de la situación de riesgo en que deliberadamente ha colocado a la víctima.

Cuando se golpea en la boca a una persona, con el puño, con un instrumento contundente o incluso con la cabeza, como sucedió en el caso actual, quien lo hace con intención de lesionar es plenamente consciente del riesgo concreto que ocasiona de provocar la pérdida de piezas dentarias, por lo que si actúa con dicha conciencia ello implica, al menos, la aceptación del resultado y por tanto la concurrencia del dolo eventual.

Cuarto.—La solución adecuada para los supuestos de menor entidad no puede obtenerse, por tanto, obviando el criterio jurisprudencial del dolo eventual sino asumiendo que estos supuestos deben quedar típicamente excluidos de la agravación, a través de una interpretación adecuada del subtipo agravado, sujeta al fundamento material de su *incriminación*.

Desde la perspectiva antes enunciada del principio de proporcionalidad, como deformidad debe calificarse únicamente aquella pérdida permanente de sustancia corporal que, por su visibilidad, determina un perjuicio estético suficientemente relevante para justificar su equiparación con la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro no principal. Ello permite a los órganos jurisdiccionales excluir de la agravación de deformidad, ponderadamente y en una valoración caso a caso, aquellos supuestos de menor entidad a los que ya se refería la jurisprudencia de esta Sala, por ejemplo en Sentencias de 29 de enero de 1996 y de 22 de enero de 2001.

Para la apreciación de estos supuestos, el criterio unificado establecido por el Pleno de esta Sala permite valorar tres parámetros. En primer lugar, la relevancia de la afectación, pues no es lo mismo una mera rotura que la pérdida total de una o de varias piezas dentarias, y también ha de considerarse la mayor o menor visibilidad o afeamiento estético que la lesión ocasione, en atención a la situación de las piezas dentarias afectadas o a otros factores.

En segundo lugar, las circunstancias de la víctima, en las que ha de incluirse la situación anterior de las piezas afectadas. Por ejemplo, la reciente Sentencia de esta Sala de 6 de junio de 2002, ha excluido la aplicación de la agravación atendiendo a que la única pieza dentaria afectada ya había sido antes empastada, es decir que se trataba de una pieza «ya deteriorada y recompuesta».

Y, en tercer lugar, la posibilidad de reparación odontológica de la pieza o piezas afectadas, pero sin que ello suponga acudir a medios extraordinarios (pues a través de estos medios hoy día casi cualquier deformidad puede ser reparada), sino a través de una fórmula reparadora que sea habitualmente utilizada con carácter general, fácilmente accesible y sin necesidad de riesgo alguno ni especiales dificultades para el lesionado. No resulta proporcionado imponer una elevada pena de prisión a quien ha ocasionado una ligera deformidad, fácilmente reparable a través de procedimientos usuales, accesibles a todos, y que en consecuencia no va a tener carácter permanente.

Quinto.—Aplicando esta doctrina al caso actual, fácilmente se aprecia que el criterio del Tribunal sentenciador al descartar la aplicación del artículo 150 interesada por el Ministerio Fiscal, es acertado. En efecto nos encontramos ante un supuesto de rotura parcial de un incisivo, rotura que ha sido reparada mediante una «reconstrucción» odontológica, que por el importe acreditado de la misma (siete mil ptas.) ha tenido que ser necesariamente sencilla, usual y, desde luego, accesible. El resultado ocasionado no alcanza la entidad de deformidad relevante y permanente exigible para la aplicación de la grave penalidad prevenida en el artículo 150 CP/1995.

Ahora bien, como también se destaca en el acuerdo de esta Sala de 19 de abril, citado, «en todo caso dicho resultado comportará valoración como delito, y no como falta». En efecto, la exclusión de la aplicación del tipo agravado no puede conducir, en un salto injustificado, a prescindir también del tipo básico de lesiones, es decir, del artículo 147 CP. Es claro que la reparación de una rotura parcial de un incisivo, realizada inevitablemente por odontólogo, constituye un tratamiento médico, que va más allá de la primera asistencia requerida por cualquier golpe o traumatismo. Constituye dicha reparación una actividad terapéutica, dirigida al restablecimiento del estado anterior de una pieza anatómica, que ha sido perjudicada o dañada por una acción lesiva que debe ser curada, y también encaminada a prevenir cualquier perjuicio o

enfermedad que pudiera provenir del mantenimiento de una situación de rotura, que facilita la acción de cualquier agente agresivo. En consecuencia, nos encontramos ante un delito de lesiones, y no ante una simple falta.

En definitiva, procede estimar el recurso, sancionando el hecho como delito básico de lesiones, y no como falta.

(Sentencia de 19 de junio de 2002)

ARTÍCULO 153

Malos tratos habituales. Doctrina general: bien jurídico protegido. Improcedencia de apreciar la agravante de alevosía al no tratarse de un delito contra las personas e incompatibilidad con la de parentesco. Homicidio tentado cometido por la madre en comisión por omisión

Octavo.—El sexto motivo de recurso, también por infracción de ley impugna la aplicación del artículo 153 CP/1995, delito de violencia doméstica o malos tratos habituales. Nuevamente argumenta el recurrente partiendo de un relato fáctico distinto al establecido por la sentencia de instancia, por lo que el motivo carece de fundamento.

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, de 19 de mayo y de 26 de junio de 2000, o de 5 de marzo de 2001.

Conviene recordar aquí la referida doctrina, pues servirá de base no solo para la desestimación de este motivo casacional, sino también para el análisis y resolución de los planteados por el Ministerio Público.

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 Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, que sancionó la violencia física sobre el cónyuge o persona que estuviese unido por análoga relación de afectividad o sobre hijos sujetos a patria potestad, pupilo, menor o incapaz, 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 Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (nuevo Código Penal), 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 convivente 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.ª y 2.ª de este capítulo...», que se refiere a la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y a la sustitución de las mismas.

La Ley Orgánica 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 aquella.

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 vertebrará 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, destaca la repetida Sentencia de 24 de junio de 2000, que 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, preci-

samente, 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 solo 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, destaca la repetida Sentencia de 24 de junio de 2000, el delito que comentamos debe ser abordado como un problema social de primera magnitud, y no solo 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 estas y de los propios victimarios.

Puede afirmarse que el bien jurídico protegido es la preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor y libertad presidida por el respeto mutuo y la igualdad. Dicho más sintéticamente, el bien jurídico protegido en la paz familiar, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquel ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque en efecto nada define mejor el maltrato familiar 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 solo 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 (artículo 77) y no de normas–, ni se precisa tal enjuiciamiento, bastando la comprobada realidad de la situación que se denuncia como ha quedado reforzado en la reforma del tipo penal dada por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, siendo al respecto irrelevante tanto las protestas de haber sido enjuiciadas ya autónomamente como faltas las agresiones, o que por la falta de denuncia y del tiempo transcurrido aquellas 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 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, que destaca 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.

Noveno.—Como consecuencia de lo expuesto, es claro que debe desestimarse el motivo que denuncia indebida aplicación al caso del tipo penal definido en el artículo 153 del Código Penal. La reiteración de agresiones lesivas (cuatro han resultado probadas), cometidas por el recurrente sobre una niña de dos años, hija de su compañera sentimental y que convivía con ambos, integra un comportamiento de violencia física habitual gravemente atentatorio contra la pacífica convivencia familiar, que debe ser sancionado con arreglo a este precepto, con independencia de las sanciones adicionales que correspondan por cada una de las agresiones lesivas realizadas, como delitos o faltas contra la vida e integridad física de la menor, individualmente consideradas.

Décimo.—El séptimo motivo de casación denuncia supuesta infracción de ley por violación del artículo 617 1.º del Código Penal en las condenas por faltas. El desarrollo del motivo insiste en negar los hechos declarados probados, por lo que debe ser desestimado al constituir un requisito ineludible de este cauce casacional el respeto de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia.

Undécimo.—El primer motivo del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal interesa la aplicación de la agravante de alevosía en el delito de violencia doméstica del artículo 153 para ambos acusados.

El motivo no puede ser estimado. Como ya hemos señalado, la doctrina de esta Sala ha ratificado que el delito de malos tratos familiares constituye 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, afirmando también que los concretos actos de violencia solo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y por ello se sancionan separadamente, no impidiendo la sanción adicional de la conducta de violencia doméstica como delito autónomo, con sustantividad propia. Asimismo, hemos afirmado que el bien jurídico protegido por este delito no es propiamente la integridad física de los agredidos (si lo fuese, no podrían sancionarse doblemente las agresiones individualizadas y además la violencia habitual integrada por las mismas, sin vulnerar el principio *ne bis in idem*), sino la pacífica convivencia familiar, por lo que no se trata propiamente de un delito contra las personas sino contra las relaciones familiares, pese a su ubicación sistemática. También hemos destacado que esta norma penal 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, lo que determina que el tipo lleve ínsito, al menos, un cierto abuso de superioridad.

Aplicando esta doctrina a la cuestión controvertida, es claro que las agravantes referidas a los medios, modos o formas con los que se ejecuta cada agresión concreta, como lo es la alevosía, deben ser apreciadas en la sanción separada de cada una de dichas agresiones como delitos o faltas contra la integridad física, pero no reproducirse al sancionar adicionalmente el delito contra la paz familiar integrado por la habitualidad del comportamiento violento, pues en primer lugar este delito no es propiamente un delito contra las personas —únicos en los que resulta aplicable la agravante de alevosía, conforme al artículo 22.1.º CP/1995— sino contra la pacífica convivencia familiar y en segundo lugar si el modo de ejecución de una agresión concreta se utilizase repetidamente tanto como agravante del delito de lesiones como del delito de malos tratos habituales, se estaría vulnerando el principio *ne bis in idem*.

Ello no quiere decir que el mayor desvalor de la acción derivado del modo alevoso de comisión de una o más agresiones quede sin sanción, pues agravará, en cada caso, si procediese, los delitos integrados por cada agresión concreta. En el supuesto

actual, como se analizará seguidamente, procede la aplicación de la agravante de abuso de superioridad, que fue la expresamente solicitada por el Ministerio Público, en el delito de homicidio intentado.

Asimismo, en los delitos de violencia doméstica el Tribunal *a quo* podrá tomar en consideración en cada caso las circunstancias de las víctimas y los modos de ejecución al individualizar la pena, pudiendo recorrer la pena prevenida para el tipo en toda su extensión (art. 66.1.º CP/1995), si el caso lo justificase y la sentencia lo motivase expresamente, sin necesidad de que dichos modos de ejecución integren circunstancias modificativas específicas propias de los delitos contra las personas.

Duodécimo.—El segundo motivo del recurso del Ministerio Público interesa la aplicación de la agravante de abuso de superioridad al agresor material en el delito de homicidio intentado.

El motivo debe ser estimado. La Sala sentenciadora no aplica esta circunstancia de agravación por entender que dada la edad de la menor y su total desvalimiento, la agravante que correspondería sería la de alevosía, que no puede aplicarse porque no ha sido peticionada y por su discutible compatibilidad con el dolo eventual. Precisamente esta última consideración es la que llevó a la acusación pública a prescindir de la alevosía, pero ello no excluye en absoluto que, dado el manifiesto desequilibrio de fuerzas y su aprovechamiento por el acusado, se aprecie la agravación de abuso de superioridad.

Décimotercero.—El tercer motivo del recurso interpuesto interesa la aplicación de la agravante de parentesco en el delito de homicidio intentado para la madre de la menor.

El motivo no puede ser estimado, debiendo ratificarse el criterio del Tribunal de instancia que excluye la aplicación de esta agravante en el delito cometido por omisión, por estimar que ha sido precisamente esa relación de parentesco la que ha determinado la condena de la madre por revestirla de la «posición de garante» respecto de su hija.

Como recuerda la Sentencia de 4 de abril de 2001, la circunstancia mixta de parentesco (art. 23 CP) es de aplicación cuando la relación familiar resulte relevante en relación con el tipo delictivo, y se aplica como atenuante o agravante atendiendo al mayor o menor grado de reprochabilidad que merece el comportamiento del autor por el hecho de existir la relación parental, conyugal o de análoga afectividad, pudiendo estimarse que un delito cometido entre familiares será más o menos reprochable que el cometido por extraños cuando el tipo de relación familiar concreta existente incremente o disminuya, en cierto modo, el vigor o entidad del mandato que lo impide, así como los efectos sobre la víctima. En términos de la STS de 26 de junio de 2000, la agravación «aparece fundamentada en el aprovechamiento de circunstancias con debilitamiento de las posibilidades de defensa y posterior denuncia, en la vulneración de normas de derecho privado relacionadas con los deberes inherentes a la patria potestad, o incluso, fundada en la mayor culpabilidad de quien, además de realizar el tipo, vulnera exigencias éticas y morales de nuestra cultura».

Por ello, hemos declarado que junto a los dos requisitos que el Ministerio Fiscal expone, la existencia de la relación parental y el conocimiento por el autor del hecho, ha de concurrir como elemento subjetivo la existencia de un sentimiento especial derivado de la representación de los deberes morales y jurídicos que la relación familiar entre parientes determina (Sentencia de 4 de abril).

Pues bien, son precisamente estos mismos deberes derivados de la relación parental los que, como infracción de un especial deber jurídico del autor conforme a lo expresamente prevenido por el artículo 11 CP/1995, determinan la posición de garante y justifican la condena de la madre de la menor como autora por omisión.

Derivar de la misma infracción de los deberes parentales una circunstancia de agravación adicional implica una doble valoración, en perjuicio del reo, de una misma infracción, por lo que vulneraría el principio *non bis in idem*.

Es cierto que esta Sala ha aplicado en alguna ocasión la agravante de parentesco en condenas por omisión a quien se encontraba en posición de garante parental, como sucede en la sentencia citada por el Ministerio Público de 15 de abril de 1997, pero se trata de resoluciones aisladas en las que no se plantea el problema de la eventual absorción ahora resuelto expresamente, y además la agravante se aprecia al amparo de la apreciación simultánea de una eximente incompleta que disminuye la culpabilidad. Por el contrario en otras resoluciones más numerosas dicha agravación no se aprecia (SSTS de 27 de junio de 1997, de 27 de octubre de 1997, de 19 de octubre de 2000). Concretamente en esta última se casa la sentencia de instancia para suprimir la agravante de parentesco en la madre condenada por imprudencia por la muerte de su hija, por estimar que «la omisión del deber de cuidado que le era exigible a la madre, y por la que ha sido condenada, comprende el presupuesto de la agravación», justificación igualmente aplicable a los supuestos de comisión por omisión.

En definitiva, la apreciación de la posición de garante por infracción de deberes parentales absorbe la agravante de parentesco, porque la condena ya integra el presupuesto de la agravación.

(Sentencia de 22 de enero de 2002)

ARTÍCULO 155

Consentimiento del ofendido en el delito de lesiones: requisitos. Lesiones consentidas por mujer causadas durante prácticas sexuales sadomasoquistas. Constituyen métodos peligrosos causar quemaduras, esposamiento, sujeciones manuales intensas y agresiones en el curso de prácticas sexuales sadomasoquistas

Segundo.—Por el primer motivo en el que se pretende la infracción de los artículos 147 y 148 del Código Penal, debemos abordar los dos temas que invoca el recurrente: la inexistencia de dolo eventual y la inconcurrencia del subtipo agravado definido en el artículo 148.1.º del Código Penal.

Para dar respuesta casacional a ambos submotivos, dada la vía elegida por el recurrente, hemos de partir de los hechos declarados probados por la sentencia de instancia, en la parte sustancial que ha sido combatida.

En efecto, el acusado y la lesionada, Angélica B. P., súbdita holandesa, habían mantenido en el pasado una relación sentimental, con un período no determinado de convivencia marital, en 1994; tiempo más tarde, rota tal relación e iniciada otra (por la perjudicada), vuelven a encontrarse, y en la tarde del día 19 de julio de 1997, regresa al domicilio de Javier C. I. (acusado), «y una vez allí, puestos de común acuerdo, tuvieron relaciones sexuales, de duración no concretada; en el transcurso de las mismas, y sin que se haya acreditado que Angélica ingiriera sustancias estupefacientes, y, puestos de común acuerdo Javier y Angélica, el primero realizó prácticas sadomasoquistas, utilizando métodos y objetos no concretados, pero suficientes para, fruto de las mismas, causar lesiones a Angélica, como así resultó». En el fundamento jurídico cuarto, y con valor de relato factual, se describen tales métodos que producen sujeción en las muñecas, más sujeción manual con fuerte presión y otras veces suje-

ción digital y, por último, empleo de fuentes de calor, que la Sala sentenciadora deduce de la prueba pericial practicada en el proceso penal y que «implican necesariamente un peligro para la salud física y psíquica de la víctima».

Las lesiones causadas fueron las siguientes: equimosis de gran tamaño en las escápulas y en la región dorso lumbar con zonas erosionadas a este nivel en línea media; equimosis redondeadas en ambos lados de la zona sacra, en disposición vertical, en dos columnas de tres; equimosis en la región deltoidea izquierda; dos equimosis redondeadas en la cara posterior del brazo izquierdo; equimosis en la cara interna del codo izquierdo, dos equimosis redondeadas en la cara anterior del brazo izquierdo; equimosis difusa, mal delimitada a modo de brazaletes; zona equimótica difusa, en la cara posterior del dorso de la muñeca y mitad superior del dorso de la mano izquierda; pequeñas equimosis redondeadas en la cara anterior del muslo izquierdo; zona eritematosa de límites mal definidos en la mama derecha, encima de la areola mamaria; pequeña ulceración puntiforme de 2-3 mm de diámetro, una en el dorso del antebrazo izquierdo y otra en el dorso del antebrazo derecho; equimosis extensa en la rodilla izquierda, y presentaba tumefacción eritematosa de la mucosa del conducto vaginal, orificio vaginal y clítoris. De dichas lesiones tardó en curar trescientos once días que precisó atención médica, y de los que treinta días estuvo incapacitada laboralmente, teniendo como secuela un estrés postraumático que precisó tratamiento psicológico y psicoterapéutico, persistente en el reconocimiento médico forense, y que presumiblemente desaparecerán con el tiempo.

La Sentencia recurrida parte de la calificación del dolo en el autor, como de eventual, manejando la teoría de la imputación objetiva, como condición de la adecuación del comportamiento a dicho tipo objetivo, pues aquel ha ejecutado una acción generadora de un peligro jurídicamente desaprobado.

El recurrente reprocha la calificación del dolo como eventual, pero sin ofrecer más alternativa que su inexistencia, e incide sobre que las lesiones son leves. Sobre esto último, a la vista de lo declarado por el *factum* de la resolución judicial recurrida, no puede sostenerse mínimamente. Con relación al dolo, el recurrente da por sentado que dichas lesiones se causaron intencionadamente por el acusado, pero validadas por el consentimiento de la víctima, que aprobaba las relaciones sexuales sadomasoquistas, de manera que, en dicha tesis, no tendría intención de lesionar, sino de satisfacer los deseos de su pareja, causándole males de los que podía obtenerse en cierto modo una especie de culminación libidinosa.

Ciertamente, el nuevo Código Penal, en el artículo 155, concede efectos penológicos atenuados al consentimiento en las lesiones, cuando ha sido prestado válidamente, libre, espontáneo y expresamente emitido por el ofendido, con rebaja de la pena inferior en uno o dos grados, salvo que sea prestado por un menor de edad o un incapaz. Este precepto, aun no habiendo sido expresamente alegado por el recurrente, siendo un motivo por infracción de ley debe ser valorado y, en su caso aplicado, por esta Sala Casacional.

Retomando, pues, el contenido del recurso casacional, la consideración del dolo como eventual no puede mantenerse en esta instancia, sin que este razonamiento suponga merma alguna de las posibilidades defensivas de las partes, ni reforma peyorativa de clase alguna. En efecto, el conocimiento de la posibilidad de que se produzca el resultado y la conciencia del alto grado de probabilidad de que realmente se produzca caracteriza la figura del dolo eventual desde el prisma de la doctrina de la probabilidad o representación, frente a la teoría del consentimiento que centra en el elemento volitivo asentimiento, consentimiento, aceptación, conformidad, o en definitiva «querer» el resultado el signo de distinción respecto la culpa consciente. Ambas constituyen las dos principales posiciones fundamentadoras del dolo eventual. Esta

Sala, en su evolución, ofrece un punto evidente de inflexión en la Sentencia de 23 abril 1992 (conocida como «caso de la colza»), en la que se afirma que «si el autor conocía el peligro concreto jurídicamente desaprobado y si, no obstante ello, obró en la forma en que lo hizo, su decisión equivale a la ratificación del resultado que con diversas intensidades ha exigido la jurisprudencia para la configuración del dolo eventual. Añade dicha sentencia que “la jurisprudencia de esta Sala, sin embargo, permite admitir la existencia del dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene la seguridad de controlar, aunque no persiga el resultado típico. El dolo eventual, por lo tanto, no se excluye simplemente por la esperanza de que no se producirá el resultado o porque este no haya sido deseado por el autor”».

En el caso, sin embargo, no puede mantenerse tal posibilidad representativa, ya que las lesiones se causaron por el agente de forma «querida» e «intencionalmente perseguida», sin que pudiera representarse de modo alguno que no se iban a producir, dados los métodos empleados, y la intensidad con que se utilizaban, vertiéndose la hipotética idea representativa exclusivamente en el consentimiento de la víctima, no en los actos ejecutivos, que, desde luego, fueron intencionalmente queridos por el autor. De manera que el dolo no es eventual, sino directo; dicho lo cual, naturalmente en esta infracción punitiva, ninguna trascendencia penológica puede operar, siendo una cuestión dogmática.

En cambio, tiene importancia el consentimiento prestado por la víctima. En efecto, el relato factual explica que «puestos de común acuerdo Javier y Angélica, el primero realizó prácticas sadomasoquistas, utilizando métodos y objetos no concretados, pero suficientes para, fruto de los mismos, causar lesiones a Angélica, como así resultó».

La agredida era mayor de edad, sin que conste afectación alguna de su capacidad jurídica, y consintió tales prácticas de forma voluntaria y libre, accediendo a dichas prácticas sexuales sadomasoquistas, que conforman la utilización de métodos violentos o muy intensos que han producido las lesiones que anteriormente hemos dejado transcritas. No existe, pues, elemento alguno para dejar de aplicar el contenido del artículo 155 del Código Penal, que introduce en nuestra legislación punitiva el consentimiento en las lesiones, fuera de la exención de responsabilidad criminal en los casos de trasplantes de órganos efectuados con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual, a que se refiere el artículo 156 del Código Penal, y con anterioridad el artículo 428.2.º del Cuerpo Penal derogado y la Consulta de la Fiscalía General del Estado 3/1985.

El tema del consentimiento en las lesiones ha sido siempre doctrinalmente polémico, girando las posiciones entre la indisponibilidad del bien jurídico que se protege y garantiza en el artículo 15 de la Constitución Española y la posibilidad de dar relevancia a dicho consentimiento; aquella fue la posición tradicional de nuestra legislación punitiva, no teniendo nuestro Código Penal ninguna previsión al respecto hasta 1963, zanjando el legislador en dicha fecha la polémica en el artículo 428 bajo la tesis de que «las penas señaladas en el capítulo anterior se impondrán en sus respectivos casos, aunque mediere el consentimiento del lesionado». Sin embargo, para resolver los casos de lesiones causadas con motivo de tratamiento médico e intervenciones quirúrgicas en supuestos de trasplante de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual, se agrega un segundo párrafo al mencionado artículo 428, por Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, que en 1989 (21 de junio) se amplía a regular los términos en que no serían punibles los casos de esterilizaciones de incapaces, cuestión que fue sometida al Tribunal Constitucional (Sentencia 214/1994, de 14 de julio). Por último, el nuevo Código Penal introduce el consentimiento en el artículo 155 y la justificación de aquellas otras intervenciones en el artículo 156, con técnica mejorada.

En el artículo 155 se limita a conceder una atenuación penológica, por lo que la cuestión no ha sido definitivamente superada, pero con unos resultados que en algunos casos pueden conseguir una más adecuada respuesta penal. Respecto a los requisitos (del consentimiento), se establecen los siguientes: a) válido, cuya interpretación debe relacionarse con lo establecido en el propio precepto, en el sentido de que no es válido el consentimiento prestado por menor de edad o incapaz, término este último que debe corresponderse con una minusvalía aparente no siendo necesaria su declaración judicial, todo ello en relación con lo dispuesto en el artículo 25 del propio Código Penal; b) libre y espontáneo, esto es, no condicionado por ningún elemento externo, ya que en este caso impediría su apreciación, en razón del bien jurídico protegido que lo es la integridad física, constitucionalmente protegida en el artículo 15 de nuestra Carta Magna; c) expresamente emitido por el ofendido, no bastando con meras suposiciones sobre la prestación del tal consentimiento.

En el caso sometido a nuestra consideración casacional, el consentimiento prestado por persona mayor de edad y que se proyecta en el curso de unas relaciones sexuales con prácticas sadomasoquistas, cumple todos esos requisitos, aunque lo reprochable de tales lesiones con afectación física en la ofendida pueda tener incidencia en la dosificación penológica, que permite ajustar el propio artículo 155 del Código Penal.

Dicho consentimiento tiene, pues, relevancia en la esfera del injusto penal, concediéndole la Ley una rebaja penológica, sin perjuicio de su aplicación siempre cautelosa por el intérprete penal, máxime en supuestos como el enjuiciado, enmarcado en relaciones sexuales con indudables componentes sádicos, aun contando con tal consentimiento (sin embargo, no viciado, según resulta del relato histórico sometido a nuestra consideración casacional).

La aplicación del contenido de dicho precepto (artículo 155) supone la estimación de este apartado del motivo, dictándose a continuación segunda Sentencia por esta Sala.

Tercero.—Con relación al segundo apartado del motivo, y que pretende la indebida aplicación del artículo 148.1.º del Código Penal, por no tratarse —los empleados— de medios o métodos concretamente peligrosos para la vida o salud, física o mental, del lesionado, el reproche casacional debe desestimarse.

En efecto, si bien con deficiente exposición pormenorizada, existe en el relato factual elementos de donde deducir la existencia de tales métodos peligrosos; en el *factum* se explica que se emplearon objetos suficientes para la causación de las múltiples lesiones producidas en la ofendida, pero fundamentalmente se expresa que fueron fruto de «prácticas sadomasoquistas». La jurisprudencia de esta Sala únicamente se ha ocupado de tales prácticas en las Sentencias de 8 de mayo de 1989 y de 18 de marzo de 1991 (en ambas, por delito de asesinato) y de 12 de enero de 1995 (en el marco de la prostitución). Pero tales prácticas suponen una incidencia violenta e intensa sobre el cuerpo de otra persona en el curso de relaciones sexuales que se convierten de esa forma en fuente de (aparente o real) satisfacción, generalmente solicitada o consentida, con componentes sádicos, y que al producir lesiones resultan reprochables para el derecho penal, a pesar del consentimiento (en los términos anteriormente expuestos).

Tales métodos (quemaduras, latigazos, esposamientos, sujeciones manuales intensas, agresiones, etc.) integran sin esfuerzo alguno el subtipo agravado que se describe en el número primero del artículo 148 del Código Penal, que se correlaciona con formas o métodos concretamente peligrosos para la salud, física o psíquica, del lesionado. En el caso, las lesiones tardaron en curar trescientos once días, con treinta días de incapacidad laboral, y produjeron como secuela «estrés postraumático que precisó

tratamiento psicológico y psicoterapéutico», conformando tal riesgo tanto para su salud física como psíquica, por lo que el motivo, en este apartado, se desestima.

(Sentencia de 5 de junio de 2002)

ARTÍCULO 156

Ginecólogo que practica una intervención quirúrgica para esterilizar a persona declarada incapaz, sin cerciorarse de la existencia de la preceptiva autorización judicial: hechos insuficientes para calificar los hechos como constitutivos del delito

Tercero.—Los motivos primero y segundo, ambos por error de derecho, pretenden combatir la calificación jurídica de los hechos enjuiciados hecha por el Tribunal de instancia.

Sostiene la parte recurrente en el primero de los motivos, en apoyo de su tesis: a) que ha de ponerse en duda que la intervención quirúrgica practicada haya producido el resultado dañoso de la esterilización, porque la joven sometida a la referida intervención quirúrgica puede tener hijos, bien por fallo del método anticonceptivo utilizado, bien mediante técnicas de reproducción asistida, bien mediante nueva intervención quirúrgica, y porque «no hay ninguna prueba ni indicio de que la intervención quirúrgica practicada haya causado alguna lesión o daño o pudiera ser de algún modo perjudicial para» dicha joven, y, b) porque «tampoco se acredita la existencia de un ánimo o intención de lesionar», porque el médico recurrente «ignoraba el requisito previo de la autorización judicial para la práctica de esterilizaciones [...] para estos supuestos» y «no existían instrucciones o protocolos de actuación para los mismos», destacando, además, que la referida intervención quirúrgica «se le había encomendado el día anterior en el parte de quirófano».

En el segundo motivo, se alega que «los hechos declarados probados en la sentencia acreditan la existencia de un error invencible». Si el otro acusado, Director Jefe del Departamento de Ginecología y Obstetricia, desconocía la exigencia de la autorización judicial para este tipo de intervenciones quirúrgicas y no había impartido instrucción alguna sobre el particular, el hecho de que el aquí recurrente desconociese también tal exigencia debe considerarse constitutivo de un error invencible.

El Tribunal de instancia declara acertadamente en su sentencia que el resultado de la intervención quirúrgica de autos produjo una verdadera esterilidad, con independencia de que la ligadura de trompas fuere, con mayor o menor dificultad, reversible; afirmando que, como consecuencia de ella, la joven incapaz «quedó privada de su capacidad de concepción y, por ende, estéril» (véase F. 2.º).

Por lo demás, afirma también dicho Tribunal que en el presente caso concurre también el «dolo de lesionar», no el denominado *dolus malus*, sino el denominado por la doctrina «dolo natural» o «neutro», «en los términos en que viene recogido en nuestra norma penal» (véase F. 2.º). En efecto, el artículo 5 del Código Penal establece que «no hay pena sin dolo o imprudencia», y es patente que la intervención quirúrgica causante de la esterilidad de la joven incapacitada no se produjo por ninguna intervención descuidada o negligente del cirujano que practicó la «salpingoligadura» (véase HP), por cuanto lo que realmente se propuso llevar a cabo el cirujano fue precisamente la ligadura de trompas de la joven con objeto de dejarla estéril.

Consiguientemente, el daño (la esterilización de la joven) y la voluntad de producir tal resultado por parte del acusado no pueden ser cuestionados en el presente caso.

El problema de la calificación jurídica de la conducta del Doctor C., tal como ha sido planteado en la sentencia recurrida, se centra en el requisito previsto en el artículo 156, párrafo segundo, del Código Penal, en el que se establece –según se dice en la misma– una «condición de no punibilidad», «consistente en la existencia de “autorización judicial” previa», requisito que, de modo patente, no concurre en el presente caso, y respecto del cual la Sala de instancia estima que en la conducta del referido acusado ha concurrido un «error de prohibición» «vencible» (artículo 14.3 del Código Penal). No cabe la menor duda de que –de admitirse la concurrencia de un error de prohibición sobre el particular– lo que no puede admitirse es que el mismo tuviera el carácter de invencible, dada la condición de médico especialista en ginecología de este acusado, como acertadamente se razona también por la Audiencia (véase F. 3.º).

Desde la perspectiva examinada, hemos de admitir que, en principio, no es posible la estimación de estos dos motivos de casación por infracción de ley. No obstante lo cual, teniendo en cuenta la inequívoca voluntad impugnativa del recurrente, es preciso examinar el problema aquí planteado desde la perspectiva de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE); partiendo, claro está, del pleno respeto del relato de hechos probados de la sentencia recurrida, integrado en su caso con las referencias fácticas recogidas en los fundamentos jurídicos de la resolución judicial, de acuerdo con la consolidada jurisprudencia de esta Sala sobre el particular.

Desde esta perspectiva, lo primero que llama la atención es la parquedad del relato fáctico que, en cuanto al aquí recurrente se refiere, se limita a decir que el mismo llevó a cabo la esterilización de una joven incapacitada, a petición de su madre, sin cerciorarse de la existencia de la preceptiva autorización judicial, sin más precisiones (véase HP). Nada se consigna acerca de que el Doctor C. era un médico interino del Hospital Clínico de San Carlos, integrado en el Departamento de Ginecología y Obstetricia del que era Director Jefe el otro acusado, y de que por la Dirección le fue encomendada la intervención quirúrgica de autos la víspera de la fecha señalada para su práctica. Nada se consigna tampoco sobre la intervención de otros facultativos en la decisión de practicar la referida intervención, ni sobre la estructura y organización del Departamento, ni de sus distintos Servicios o Unidades, ni acerca del expediente abierto a la joven incapacitada, ni sobre el facultativo que ordenó incluir en el programa de intervenciones del día de autos la cuestionada intervención. No puede considerarse una exigencia obligada para el cirujano encargado de practicar una intervención quirúrgica que, antes de hacerlo, deba comprobar el cumplimiento de todos los requisitos necesarios para llevarla a cabo (entre ellos el de la autorización judicial en estos casos). Tiene razón el acusado cuando afirma que «él no podía suspender o retrasar la intervención quirúrgica allí, ya en el quirófano», pues «él tendría que presumir que cuando la paciente es llevada al recinto operatorio es porque ya se han cumplido todos los requisitos necesarios para ello» (véase F. 3.º), y ello, con independencia de que él ignorase que para dicha intervención era precisa la previa autorización judicial.

Es evidente que el relato fáctico de la sentencia recurrida carece de los elementos de juicio necesarios para la calificación jurídica de la conducta enjuiciada, por carecer de un buen número de extremos fácticos de la mayor relevancia que, en buena lógica, deben considerarse absolutamente precisos para llevarla a cabo; sin que el

examen de los autos (véase art. 899 LECrm) pudiera permitir, en último término, llegar a mayores precisiones, habida cuenta de la instrucción practicada.

En atención a lo expuesto, este Alto Tribunal estima que los hechos que se recogen en el *factum* de la sentencia recurrida son de todo punto insuficientes para llevar a efecto, como ha hecho la Audiencia Provincial, la calificación jurídica de la conducta realizada por el acusado señor C. el día de autos en relación con la joven incapaz Alicia M. P. Por tanto, debemos apreciar la infracción de ley denunciada en el primero de los motivos de este recurso, que consiguientemente debe ser estimado, lo que hace innecesario cualquier pronunciamiento respecto del segundo.

B. Recurso del acusado Manuel E. F.

Cuarto.—Por la representación de este acusado, se ha formulado un único motivo de casación, por infracción de ley, que ha sido deducido por el cauce procesal del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En él se denuncia la «aplicación indebida del artículo 149 en relación con el 156 del Código Penal».

Dice la parte recurrente, en el breve extracto del motivo, que «el juzgador incurre en una clara incongruencia en la sentencia al condenar como delito doloso la conducta que el mismo describe como imprudente», cuando «del relato fáctico no se deduce el dolo».

«El profesor E. F. —se dice— es el Jefe del Departamento donde se realizó la ligadura de trompas [...]. Las funciones del Jefe del Departamento en los Hospitales gestionados por el Instituto Nacional de la Salud, es el caso del Hospital Clínico de San Carlos, vienen reguladas en el Real Decreto 521/1987 [...], en esta norma se dice textualmente en la disposición transitoria tercera: en los Hospitales donde existan Jefes de Departamento [...] corresponderá a sus titulares [...] la coordinación de los servicios integrados en ellos».

Destaca la parte recurrente que «se dice en la sentencia de la Audiencia que: Manuel, es obvio, no participa materialmente en la intervención quirúrgica esterilizante. Incluso debe admitirse, porque no se ha aportado prueba alguna que permita afirmar lo contrario, que era del todo ignorante de la práctica de la misma, como el propio procesado sostiene».

Se afirma también, después, que «entre las funciones del profesor E. no estaba el dar instrucciones al personal sobre los requisitos legales que exigía una ligadura de trompas a una persona con el síndrome de Down, pero en el caso hipotético de que hubiese tenido estas funciones, el no dar las instrucciones a que se refiere la sentencia sería una conducta imprudente, jamás dolosa». Mas, «para que se dé imprudencia se requiere la omisión de una obligación y aquí no había ninguna obligación que se omitiese».

En la organización hospitalaria —se añade—, «las secciones son las unidades bases con autonomía propia y entendemos que al igual que en la Sección donde atendieron primeramente a la joven [...], fue donde le pidieron por dos veces a la madre el consentimiento para operarla, allí debió ser donde le debieron pedir el requisito de la autorización judicial». Como lógica consecuencia de ello, entiende la parte recurrente que es en el nivel de la Sección donde, en principio, se agotan las responsabilidades asistenciales, «puesto que para que puedan alcanzar al Jefe del Departamento [...] es preciso que el Jefe de la Sección o Unidad decida personalmente someter el caso al estudio de la Sesión Clínica diaria, entendiéndose que cuando no opta por esta vía decide personalmente, para lo que está completamente facultado y asume todas las responsabilidades». En este sentido, «el Jefe de Sección o Unidad pidió [...] la inclusión de la enferma en el programa de intervenciones de una fecha determinada y el día anterior

a la fecha de la operación el profesor E. u otro médico, entre los Jefes de Servicio, confeccionaron el programa de intervenciones quirúrgicas al no haber sido incluido en el mismo ninguna observación por parte de los Jefes de Sección o Unidad que intervinieron en el caso».

Por lo demás, «está perfectamente probado en autos que cuando el profesor E. hace el programa de intervenciones habían visto a la paciente seis o siete médicos y ninguno le comentó o le informó de su síndrome de Down y ninguno consideró las especiales circunstancias del caso para llevarlo a Sesión Clínica, que es donde se comentan, como decimos, los casos especiales».

Nuevamente hemos de poner de relieve aquí la parquedad del relato fáctico en cuanto se refiere ahora a la intervención del doctor E. en el hecho enjuiciado, ya que se limita prácticamente a decir que el mismo era el Jefe del Departamento de Ginecología y Obstetricia del Hospital Clínico de San Carlos y que, en su función de coordinador de los Servicios de él dependientes, no había dado las instrucciones oportunas al personal a su cargo para el cumplimiento, en supuestos como el enjuiciado, del referido requisito previo de la autorización judicial, al ignorar la necesidad del mismo.

Es de destacar también que, en el cuarto de los fundamentos de Derecho de la resolución recurrida, el Tribunal de instancia reconoce expresamente que el doctor E. no participó materialmente en la intervención quirúrgica esterilizante y que «era del todo ignorante de la práctica de la misma».

Se echa en falta, una vez más, una descripción fáctica más rica en detalles. Para enjuiciar debidamente el caso —hemos de reconocerlo— hubiera sido preciso que se describiese detalladamente la estructura y organización del hospital, las funciones de los Jefes de Departamento y de los Jefes de Servicio o Unidad, la Sección del mismo donde fue atendida la joven incapaz, el proceso seguido en ella, los facultativos que la atendieron, sus actuaciones y decisiones, quién dio la orden de intervención, etc. Nada de esto consta en la resolución combatida.

Toda la responsabilidad del aquí recurrente se hace depender de que el mismo no había dado las instrucciones oportunas al personal a su cargo para el cumplimiento, en los casos procedentes, del requisito de la autorización judicial, lo que se atribuye a que ignoraba la necesidad de esta.

Llegados a este punto, es preciso destacar que, en el caso enjuiciado, el profesor E. no tuvo intervención concreta alguna: «era del todo ignorante» de la práctica de la intervención quirúrgica esterilizante, y que el Tribunal sentenciador no ha razonado en forma alguna por qué el Jefe del Departamento tenía la obligación de dar instrucciones concretas para el supuesto de intervenciones esterilizantes a personas incapacitadas, cuando la exigencia de la previa autorización judicial está legalmente establecida y debe formar parte de la formación profesional de los correspondientes especialistas, y de modo especial de aquellos que tengan la condición de profesores. Dado, pues, que en el presente caso la joven incapacitada fue atendida en un determinado Servicio —del que nada se concreta, como tampoco de los facultativos que la examinaron—, y que hubo de ser lógicamente en dicho Servicio donde se tramitó el oportuno expediente y donde, en último término, se acordó la práctica de la referida intervención quirúrgica, es preciso concluir que ninguna responsabilidad criminal cabe imponer al aquí recurrente. Por consiguiente, al calificarse su conducta en la forma que se ha hecho en la resolución combatida, es patente que se ha producido la infracción legal denunciada.

Procede, en conclusión, la estimación de este motivo.

(Sentencia de 1 de febrero de 2002)

ARTÍCULO 163

Supuestos en que el delito de detención ilegal no es absorbido por el delito de robo con intimidación

Único.—[...] No se puede compartir el criterio mantenido por el Tribunal de instancia de que los hechos enjuiciados, cuya calificación tanto por el Ministerio Fiscal como la acusación particular lo fue de delito de robo con toma de rehenes previsto en el artículo 501.4 del Código Penal de 1973, constituya un único delito de robo con intimidación, entendiéndose, aunque no lo dice, que las detenciones ilegales quedaron absorbidas por el delito de robo. Ello explica que el Tribunal sentenciador considere más favorable al acusado el nuevo Código Penal, lo que indudablemente no sería el caso si se hubiera tenido en cuenta que las privaciones de libertad de cinco víctimas constituía otras tantas figuras delictivas contra la libertad de movimientos en su modalidad de detención ilegal.

Ciertamente, el supuesto enjuiciado constituye un ejemplo evidente de robo con toma de rehenes para facilitar la ejecución del delito, previsto en el artículo 501.4 del Código Penal de 1973, ya que los acusados, como claramente se recoge en el relato de hechos que se declaran probados, amordazaron y maniataron a tres jóvenes que se encontraban en el domicilio del señor R. y una vez que llegó el titular y su esposa, igualmente fueron amordazados y maniatados, exigiendo al titular que les entregase las llaves y las claves del sistema de alarma de la oficina donde estaba situada la entidad mercantil de la que era gerente lo que se consiguió tras amenazarle con llevarse a una de sus hijas y ponerle un objeto metálico en el pecho con apariencia de ser una pistola. Igualmente le exigieron la entrega de las llaves de una caja de caudales y mientras quedaban los cinco detenidos en el interior de la vivienda los acusados se trasladaron a la oficina y consiguieron apoderarse de más de cinco millones de pesetas. Igualmente se apoderaron de diversos efectos del interior de la vivienda. La privación de libertad de los moradores de la vivienda se inició sobre las veinte horas y se prolongó hasta pasada la una de la madrugada del día siguiente.

La toma de rehenes que es uno de los supuestos alternativos del artículo 501.4.º del Código Penal, significa la sujeción directa o pendencia inmediata de una persona o personas respecto de los delincuentes como prenda o garantía del buen fin de la acción criminal, y es precisamente el riesgo o peligro que crea para dichas personas, escudo de los autores del hecho, lo que justifica la agravación penal dentro de las previstas en el artículo 501 citado.

El Código Penal de 1995 elimina esta figura delictiva compleja si bien ello no quiere decir que sea exclusivamente sustituida por un delito de robo con intimidación, aunque sea agravado por uso de armas, ya que ello únicamente ocurrirá cuando la detención o privación de libertad haya durado el tiempo imprescindible para cometer el delito contra la propiedad; por el contrario, cuando una persona es privada de su libertad ambulatoria por tiempo claramente superior al normalmente necesario para llevar a cabo la acción depredatoria mantiene la detención ilegal su propia autonomía que no es absorbida por el robo; así, tiene declarado esta Sala —cfr. Sentencias de 20 de diciembre de 1999, de 11 de septiembre de 1998 y de 6 de julio de 1998, entre otras— que el delito de robo entraña y absorbe la pérdida momentánea de la libertad cuando se realiza durante el episodio central del hecho y que no se cumplen los elementos tendenciales de la figura de detención ilegal al estar comprendida dentro de la normal dinámica comisiva del robo con violencia o intimidación, siempre que quede limitada al tiempo estrictamente necesario para efectuar el despojo según el «modus operandi» de que se trate (Sentencia de 23 de mayo de 1996). No sucede lo mismo

cuando una persona es retenida en un tiempo que excedía el que fue preciso para efectuar la sustracción. Si ha habido supresión dolosa de la libertad de movimientos con cierta duración en el tiempo, ello permite afirmar su autonomía con relación al delito de robo en el que no queda subsumida.

En el supuesto que examinamos, además de ser, por lo antes expuesto, un ejemplo claro de robo con rehenes, de aplicarse el Código Penal de 1995 esa privación de libertad que afecta a cinco personas, no queda absorbida por el delito de robo.

Ciertamente es así en cuanto la privación de libertad se prolongó durante un tiempo superior a cinco horas que superaba en mucho del que era necesario para sustraer los objetos y dinero que había en el domicilio y que incluso excedió del que se precisaba para apoderarse del dinero de la oficina, máxime cuando las víctimas, maniatadas y amordazadas, fueron abandonadas en esa situación hasta que pudieron soltarse de sus ligaduras.

Lo que se acaba de exponer evidencia que de aplicarse el Código vigente, habría que tener en cuenta que junto al delito de robo con intimidación con uso de instrumentos peligrosos, concurrían otros cinco delitos de detención ilegal y ello determinaría una pena muy superior a la que correspondería de apreciar un único delito de robo con rehenes del artículo 501.4 del Código Penal de 1973, máxime cuando este último texto permite la concesión de los beneficios de la redención de penas por el trabajo.

(Sentencia de 22 de febrero de 2002)

Coger a una niña de ocho años, que estaba con sus familiares en un recinto ferial, levantarla del suelo y recorrer con ella varios metros contra su voluntad: conducta equívoca que impide apreciar delito de detención ilegal. Falta de coacciones o vejación leve

Único.—En el único motivo de casación que se formaliza en el recurso, amparado en el artículo 849.1.º LECrm, se denuncia una infracción, por aplicación indebida a los hechos declarados probados, del artículo 163.1 CP. El motivo debe ser favorablemente acogido. Lo sustancial del hecho que ha determinado la condena del acusado como autor de un delito de detención ilegal en grado de tentativa es que, habiendo encontrado o tropezado aquel con una niña de ocho años, que estaba con sus familiares en un recinto ferial, la levantó del suelo y recorrió con ella varios metros contra su voluntad «sin que se hayan aclarado sus intenciones». El delito de detención ilegal, como cualquier otro de estructura dolosa, requiere, para que se pueda considerar ejecutado e incluso iniciada su ejecución, la existencia del tipo subjetivo, es decir, la conciencia y voluntad del autor de realizar el tipo objetivo que es, de acuerdo con el precepto que lo define, encerrar o detener a otro. Si los hechos realmente acontecidos no permiten conocer con qué intención se llevaron a cabo —lo que suele ocurrir cuando, como en el caso enjuiciado, adolecen de una cierta equívocidad— no puede afirmarse que se haya producido la infracción, ni siquiera en un grado imperfecto de ejecución, por ausencia del esencial elemento subjetivo de la misma. Debe tenerse en cuenta que si la doctrina de esta Sala sostiene que el delito de detención ilegal es de consumación instantánea, ello presupone que los actos de ejecución realizados sean suficientes para tener por cierto el ánimo o intención de privar de libertad ambulatoria al sujeto pasivo. Puede ser indiferente para la integración del delito el móvil o intención remota que anima al sujeto activo de la acción, pero no lo es su intención inmediata. Si esta fuere, por ejemplo, gastar una broma o

dar un susto a la persona sobre la que se actúa –y no puede descartarse que el acusado procediese con esa intención en la ocasión de autos– la conducta sería reprobable por revestir la apariencia de un atentado contra la libertad y ser susceptible de perturbar momentáneamente a quien la sufre, pero tal apariencia solo justificaría la calificación del hecho como falta de coacción o vejación leve subsumible en el artículo 620.2.º CP. Es esta y no la más grave de detención ilegal la calificación jurídica merecida por el hecho enjuiciado tal como aparece descrito en la declaración de hechos probados. Se estima, en definitiva, el único motivo de casación articulado en el recurso.

(Sentencia de 21 de septiembre de 2002)

ARTÍCULO 173

Torturas y otros delitos contra la integridad moral. Elementos: infligir a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral. El acusado, junto a otras personas, desnudan a la víctima, pintan su cuerpo con spray, le cortan el pelo y lo abandonan. Concurrencia de abuso de superioridad

Tercero.–El primer motivo del recurso, formalizado por el cauce del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia la indebida aplicación del artículo 173 del Código Penal (delito contra la integridad moral de las personas, como trato degradante), dados los hechos que declara probados la sentencia de instancia.

El relato factual declara que la víctima fue trasladada a un monte y «en ese lugar, Imanol G., rodeado del acusado y sus acompañantes, fue obligado a desnudarse, le rociaron el cuerpo con spray de pintura rosa y le cortaron el pelo con unas tijeras. Tras lo cual el acusado y sus acompañantes abandonaron el lugar, dejando en el mismo a Imanol G.» y añade: «el acusado, que conocía a Imanol G. desde hacía varios años, estaba enfadado con este último por[que] había mantenido relación con la amiga del acusado».

Como valor derivado del artículo 15 de la Constitución Española aparece el rechazo más absoluto para cuanto represente o suponga menosprecio a la dignidad humana en cualquier caso y sean cuales fueren las circunstancias. Fue la Sentencia de 25 de abril de 1978 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos la primera que vino a marcar la diferencia entre la tortura o trato inhumano con lo que únicamente puede estimarse como trato degradante. Queda así de manifiesto que el trato degradante no tiene por qué ser inexcusablemente elemento constitutivo de la tortura.

Los malos tratos definen una actitud general y amplia, son un «plus» de perversidad y maldad que acoge sin embargo distintas y variadas conductas de mayor o menor entidad, de más o menos trascendencia. Pero, como exponemos, dentro de esos malos tratos son evidentemente diferentes el trato degradante y la tortura.

El delito del artículo 173 representa, en opinión doctrinal casi unánime, 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 solo

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 menoscabe gravemente la integridad moral. Se trata de someter a la víctima, de forma intencionada, a una situación degradante de humillación e indigna 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 CP.

El motivo debe ser desestimado.

En efecto, la acción descrita por el Tribunal de instancia relata cómo el acusado es alejado del núcleo urbano hasta conducirlo a un monte por varias personas, que proceden a desnudarle y pintar con spray todo su cuerpo, llegando a cortarle el pelo con unas tijeras, con la finalidad de humillarle, produciéndole, como dice la sentencia recurrida, en el cuarto de sus fundamentos jurídicos, un sentimiento de temor y miedo, situación anímica percibida por el agente de la Ertzaintza que recibe la denuncia, al punto de señalar que «se hallaba atemorizado, asustado». No puede sostenerse que se trata de una broma, pues las circunstancias del lugar, tiempo y pluralidad de partícipes impiden esa calificación atípica, y también la degradación de los hechos como simple falta de vejaciones, que se corresponde con otras circunstancias menos extremas, graves y humillantes. El artículo 620.2.º se refiere a vejaciones injustas de carácter leve, y los hechos declarados probados no son precisamente leves, al punto de dejarle en esas circunstancias en el monte solo, desprotegido, humillado, desnudo y atemorizado, abandonando el lugar el acusado y sus acompañantes.

Cuarto.—Los motivos segundo, tercero y cuarto denuncian, por la vía del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la apreciación por la Sala sentenciadora de la circunstancia agravante de abuso de superioridad, desde diversos planos jurídicos: en primer lugar, entendiendo implícito al delito una especie de superioridad como integrante del tipo; en segundo lugar, por concurrir en la realización del mismo una pluralidad de personas, sin que estas estén ni cuantificadas ni identificadas; por último, porque el Tribunal sentenciador no dio como probado el elemento subjetivo imprescindible para la existencia de la agravante.

Desde el primer plano, es evidente que aun cuando la causación de tratos degradantes que supongan el menoscabo moral en la víctima al punto de humillarla gravemente, requiere una situación de aparente superioridad física, o fortaleza psicológica, facilitando la comisión delictiva, no podemos mantener que la simple debilidad espiritual o conductual de aquella pueda privilegiar la realización de los actos típicos descritos en el artículo 173 del Código Penal, de modo que tanto se humilla con tratos degradantes infligidos intencionadamente y con grave ánimo vejatorio, sea cual sea el componente físico o psicológico de la víctima, siendo más perverso (plus de antijuridicidad y culpabilidad) cuanto más débil en este aspecto consideremos a dicho perjudicado por el delito. Y lo propio hemos de decir respecto al comportamiento colectivo, ya que la Ley no exige en modo alguno una participación de esas características, bastando con que los hechos típicos sean cometidos por una sola persona. Si concurren varios, como en este caso, estén o no identificados o cuantificados, la multiplicidad de partícipes origina en el ánimo del agente una situación de desamparo que facilita la comisión delictiva y que debe tener adecuada respuesta en la concurrencia de la agravante de superioridad.

Esta circunstancia agravante de abuso de superioridad exige para su apreciación los siguientes requisitos, según la doctrina de esta Sala (SS de 5 de junio de 1995, de 27 de abril de 1996, de 7 de febrero de 1997 y de 21 de marzo de 2000, entre otras muchas):

1.º Que haya una situación de superioridad, es decir, un importante desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora frente al agredido, derivada de cualquier circunstancia, bien referida a los medios utilizados para agredir (superioridad medial o instrumental) bien al hecho de que concorra una pluralidad de atacantes, siendo precisamente este último supuesto el más característico y el de mayor frecuencia en su aplicación (superioridad personal).

2.º Esa superioridad ha de ser tal que produzca una disminución notable en las posibilidades de defensa del ofendido, sin que llegue a eliminarlas, pues si esto ocurriera nos encontraríamos en presencia de la alevosía, que constituye así la frontera superior de la agravante que estamos examinando. Por eso la jurisprudencia mencionada viene considerando a esta agravante como una «alevosía menor» o de «segundo grado».

3.º A tales dos elementos objetivos hemos de añadir otro de naturaleza subjetiva, consistente en que haya abuso de esa superioridad, esto es, que el agresor o agresores conozcan esa situación de desequilibrio de fuerzas y se aprovechen de ella para una más fácil realización del delito.

4.º Que esa superioridad de la que se abusa no sea inherente al delito, bien por constituir uno de sus elementos típicos, bien porque el delito necesariamente tuviera que realizarse así.

En el caso, concurren todos esos elementos. Ya hemos dejado apuntado que tal abuso de superioridad no es inherente al delito, porque el mismo puede ser perfectamente cometido por una sola persona, no requiriendo participación colectiva alguna;

los agresores, entre los que se contaba el acusado hoy recurrente, conocían perfectamente que tal situación numérica era aprovechada para la comisión delictiva, minimizando que no anulando la defensa de la víctima. Concorre finalmente la superioridad personal, por lo que cumpliéndose todos los citados requisitos, los motivos que hemos estudiado conjuntamente tienen que ser desestimados.

(Sentencia de 8 de mayo de 2002)

ARTÍCULO 180.2

Delito de agresión sexual. Hechos cometidos por la actuación conjunta de dos o más personas: fundamento. Dificultad de aplicación cuando hay varias agresiones sexuales en que los partícipes lo son por autoría directa y por cooperación necesaria cuando no ejecutan directamente el acceso carnal. Acusado que junto con menor es autor directo de un delito y cooperador necesario de otro. La aplicación de la agravación vulneraría el principio non bis in idem

Primero.— [...] La segunda denuncia se refiere a la expresión contenida en el *factum* «siguiendo un plan preconcebido», en referencia a que Antonio ya tenía previsto no llevar a Inmaculada a su casa sino al sitio y con el propósito descrito en el *factum*.

Podría cuestionarse la oportunidad de incluir en los hechos probados lo que es un juicio de intención de naturaleza subjetiva y como tal no es un hecho, por lo que su ubicación hubiese sido más correcta en la fundamentación, como conclusión de una serie de datos, estos sí, incluidos en los hechos probados. En todo caso, en este control casacional se verifica la existencia de los datos objetivos que fundamentan tal juicio de intenciones y que tienen tres apoyaturas fácticas reflejadas en los hechos probados:

- a) El recurrente le dice a Inmaculada que la llevará a casa en su coche –tomaran o no otra copa por la zona–, montando ella en tal creencia, robustecida por el conocimiento que tenía del menor Miguel Ángel.
- b) Antonio se desvía de la dirección y salen de Valladolid, Inmaculada solicita que la dejen, incluso intenta salir del coche, lo que le es impedido.
- c) Llegados a un sitio aislado y despoblado, apto para sus intenciones, Antonio detiene el vehículo y Miguel Ángel le dice «hazlo con los dos o no te llevamos a casa».

En base a estos tres datos se construyó el juicio de intenciones cuestionado en el motivo. En este control casacional se comprueba la razonabilidad del mismo por ser totalmente adecuado a las máximas de experiencia. No es conclusión arbitraria.

La intención que animaba al recurrente al cuestionamiento del previo acuerdo no era otra que negar la concurrencia del subtipo agravado previsto en el número 2 del artículo 180 en la actual redacción dada por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, «cuando los hechos se cometan por la acción conjunta de dos o más personas»; redacción que modificó la inicial del Código Penal dada por la Ley Orgánica 10/1995, de

23 de noviembre, que era la siguiente: «cuando los hechos se cometan por tres o más personas actuando en grupo». En tal sentido se concluye la argumentación del motivo en este aspecto, afirmando que no hay actuación en grupo, y, en consecuencia al no haber intervención de Antonio en la agresión de Miguel Ángel no procede el subtipo que se comenta. La conclusión de lo razonado hasta ahora nos llevaría a rechazar la denuncia efectuada.

No va a ser esa la decisión de la Sala, sino que, en definitiva, se va a declarar la no concurrencia del subtipo agravado del número 2 del artículo 180 del Código Penal, bien que por otras vías y diferentes razones a las alegadas por el recurrente.

Fue el vigente Código Penal quien introdujo como artículo de nueva planta, sin precedente en el anterior, diversos subtipos agravados de los delitos básicos de las agresiones sexuales descritos en los artículos 178 y 179.

Entre los subtipos previstos se incluyó el que es objeto de estudio y debate en esta resolución, relativo a la realización en grupo prevista en el número 2 del artículo 180. Esta figura constituía una agravante genérica en el Código Penal de 1973, y como tal estaba incluida en el artículo 10 apartado 13, «ejecutarlo de noche, en doblado o en cuadrilla», que ha desaparecido en el vigente texto, y eso puede ser la explicación de que haya reaparecido como subtipo agravado en relación a las agresiones sexuales.

La introducción de esta figura agravada puede ser perturbadora y fuente de conflicto en relación a los supuestos –por otra parte frecuentes– de una pluralidad de partícipes en la agresión sexual, que tenía la traducción jurisprudencial en el anterior Código Penal, desde la concepción amplia de autor, de hacer a todos los partícipes autores materiales de la propia violación o agresión efectuada, y al mismo tiempo autores por cooperación necesaria respecto de las agresiones de los otros copartícipes, con posible concurrencia de la agravante genérica de cuadrilla, para la que, recordemos, el propio Código Penal daba una definición legal: «hay cuadrilla cuando concurren en la comisión del delito más de tres malhechores armados».

Esta situación ha cambiado radicalmente con la creación en el vigente Código del subtipo agravado del artículo 180.2, porque caso de coparticipación de los intervinientes en el doble concepto de autores materiales de sus propios actos, y autores por cooperación de los actos de los otros partícipes, la posterior aplicación en las dos modalidades de autoría, del subtipo agravado de actuación en grupo incidiría directamente sobre una misma situación –pluralidad delictiva– que se valoraría penalmente de forma sucesiva dos veces, en cada copartícipe: lo que se traduciría en la calificación del hecho como constitutivo de dos delitos de agresión sexual, uno como autor natural y otro como autor por cooperación, pero ambos cualificados por el subtipo de actuación conjunta de dos o más personas.

Esta es, precisamente, la calificación que recoge la sentencia que condena al recurrente como autor de dos delitos de agresión sexual del artículo 179 y del artículo 180.2.º, imponiendo por cada uno, pena de doce años de prisión. Tal calificación es estima vulneradora del principio *non bis in idem* por cuanto la estimación de ser autor por cooperación necesaria, se superpone exactamente sobre el subtipo de actuación en grupo, dicho de otro modo, la autoría por cooperación necesaria en estos casos exige, al menos, una dualidad de personas por lo que a tal autoría le es inherente la actuación en conjunta en grupo que describe el subtipo agravado. Por ello, en casos como el presente en el que existe una cooperación necesaria a las agresiones concertadas, cada persona debe responder de su propia agresión sexual y la de aquellos en las que hubiese cooperado, pero sin la concurrencia del subtipo previsto en el número 2 del artículo 180 por la incompatibilidad expuesta, que por las mismas razones debe extenderse a la calificación de autor material, con la consecuencia de quedar, en la

práctica, muy reducido el ámbito de aplicación de tal modalidad agravada en casos de doble autoría material y por cooperación necesaria.

La conclusión de cuanto se ha razonado, es la de estimar improcedente por vulnerador del principio «non bis in idem», la aplicación del subtipo agravado de actuación en grupo previsto en el artículo 180.2.º del Código Penal, debiendo calificarse las dos agresiones sexuales por las que ha sido condenado el recurrente como constitutivas del tipo básico del artículo 179 del Código Penal.

(Sentencia de 12 de marzo de 2002)

ARTÍCULO 180.5

Uso de armas u otros instrumentos peligrosos en el delito de agresión sexual. Prostitutas a las que se retiene durante toda la noche mediante violencia física y exhibición de un cuchillo, practicando todo tipo de actos sexuales. La apreciación de la agravación no vulnera en este caso el principio non bis in idem

Séptimo. Cuestiona en tercer lugar el recurrente la concurrencia de la agravante quinta, «cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas». La impugnación de esta circunstancia se realiza negando la utilización del cuchillo, lo que determina su necesaria desestimación, pues en este cauce casacional el respeto al relato fáctico es obligado.

Desde otra perspectiva, no alegada por el recurrente, ha de recordarse que esta Sala ha alertado también frente al riesgo de que la apreciación automática de esta agravación ante el empleo de cualquier arma con efectos meramente intimidatorios determine una injustificada exacerbación punitiva, con eventual vulneración del principio *non bis in idem* al determinar la acción intimidatoria al mismo tiempo la calificación de la conducta como agresión sexual y su cualificación como agresión agravada.

Por ello lo determinante no es solamente el «instrumento», sino el «uso» que el sujeto activo haga del mismo, de tal manera que la mera exhibición del instrumento no es suficiente para integrar el subtipo agravado, cuando no se aprecie un peligro especialmente relevante y constituya el único elemento que integra la intimidación, señalando la Sentencia de esta misma Sala de 23 de marzo de 1999, que «... habrá de ponderarse en cada caso con suma cautela el instrumento utilizado por el agente, analizando no sólo las características del medio empleado, sino también la forma o manera en que éste es utilizado, así como las circunstancias que concurren en el episodio...».

Añade esta resolución que «La experiencia judicial nos enseña que en la inmensa mayoría de agresiones sexuales mediante intimidación el medio empleado por el autor del hecho para quebrar la voluntad de la víctima y someterla a sus deseos no es otro que la amenaza contra la vida o la integridad corporal de aquélla, utilizándose a tal fin instrumentos como navajas, cuchillos, punzones y un sinnúmero de objetos perfectamente aptos para causar la muerte o lesiones graves. Este *modus operandi* puede considerarse como estándar por su frecuencia y, en tal condición, esta clase de ilícitos, en general, estarían comprendidos en el tipo básico del atentado con intimidación contra la libertad sexual que contempla el artículo 178 CP, precisamente por ser el

modo más habitual de intimidación en esta clase de ilícitos. Es cierto que el número 5 del artículo 180 CP exagera la pena a aplicar “cuando el autor haga uso de medios especialmente peligrosos susceptibles de producir la muerte o cualquiera de las lesiones...”, lo que obliga a plantearnos la duda de si la aplicación indiscriminada de este precepto no llevaría a pervertir la voluntad del legislador elevando a la categoría de regla general lo que se contempló por la *mens legislatoris* como una excepción».

En el caso a que dicha resolución se refería, y que no acogió la agravación, el autor de la agresión sexual se limitó a mostrar a la víctima una navaja cerrada en los primeros instantes del suceso, que se prolongó durante varias horas, sin que después de aquella fugaz exhibición –sin duda intimidatoria– volviese a hacer uso de la navaja en cuestión.

Ahora bien, en el supuesto actual no es el uso de un cuchillo el que determina la calificación como agresión sexual, ya que ésta no se deriva de la intimidación con el arma, sino de la violencia ya previamente empleada. En efecto en un primer momento de la acción el recurrente golpeó brutalmente a su víctima, dándole una patada en la boca, provocándole la ruptura de su dentadura postiza y haciéndola sangrar, violencia que neutralizó cualquier resistencia que pudiera ofrecer, y que por sí misma integra el tipo delictivo de agresión sexual. En consecuencia, la utilización posterior del cuchillo de cocina, que llegó a ponerse al cuello de una de las víctimas según las manifestaciones de éstas, constituye un riesgo o peligro adicional, que justifica en este caso la especial agravación.

El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

(Sentencia de 16 de octubre de 2002)

Agresión sexual: uso de armas y otros medios igualmente peligrosos susceptibles de producir la muerte o lesiones. Existencia: brutal patada en la boca y exhibición de un cuchillo

Décimo. El segundo y el tercer motivo de recurso, que se desarrollan conjuntamente, se articulan por infracción de ley, y alegan vulneración de los artículos 179 y 180.2.º y 5.º CP/1995. Niega el recurrente la relación de causalidad entre el empleo de la fuerza e intimidación y el «acceso carnal», por estimar que «en el relato fáctico se establece la relación de causalidad en el empleo de la fuerza e intimidación sobre un precio pactado para el comercio carnal».

El motivo parece negar la condición de agresiones sexuales a los supuestos en que las víctimas sean personas que ejerzan la prostitución, dando a entender que en casos como el presente la fuerza o intimidación no está causalmente vinculada a la obtención de un favor sexual, que se podría lograr pagando un precio, sino a ahorrarse ese precio, es decir, a evitar el desplazamiento patrimonial. Nos encontraríamos, por tanto, ante una modalidad del delito de extorsión, al obligar a otro por la fuerza a realizar un acto en perjuicio de su patrimonio, es decir, sin percibir la contraprestación económica interesada.

Por el contrario, esta Sala ha estimado reiteradamente (SSTS de 17 de noviembre de 1956; de 26 de noviembre de 1971; de 13 de junio de 1973; de 24 de noviembre de 1978; de 23 de septiembre de 1992; de 7 y 29 de marzo de 1994; de 23 de enero de 1997; 20 de julio de 1998; 29 de enero; de 11 de mayo, y 5 de julio de 2000, entre otras) que la imposición violenta del acto carnal a una persona que ejerce la prostitución constituye el delito de violación, hoy agresión sexual, ya que la persona afectada

tada, con independencia del modo que vive su sexualidad, conserva la autonomía de su voluntad en orden a disponer libremente de su cuerpo y de la sexualidad que le es propia.

Aplicando a este supuesto la doctrina de la Sentencia de 14 de diciembre de 1994, cabe señalar que, a pesar de que haya existido un acuerdo previo para mantener relaciones sexuales, es indudable que la víctima mantiene el derecho a poner límites a sus prestaciones (o a negarlas, en atención al comportamiento de la otra parte), dado que –resulta redundante decirlo– en el acuerdo no enajena su condición de persona y, por ello, el autor no puede tratarla como un objeto. Aun en el caso de que exista un consentimiento inicial de ejecutar ciertas acciones sexuales, los acusados no tienen derecho a recurrir a la violencia para imponer brutalmente la ejecución forzada de lo que sus víctimas ya no quieren realizar voluntariamente.

Doctrina que constituye una ineludible consecuencia de la definición del bien jurídico protegido como libertad sexual, es decir, una parcela básica de la libertad individual, lo que impone tutelar la autodeterminación sexual de todos los individuos en cada momento, sin que resulte aceptable, a efectos de tutela penal, transformar esta libertad en un valor meramente patrimonial, aun cuando el sujeto previamente, en uso de su libertad, haya comerciado con su sexualidad.

(Sentencia de 16 de octubre de 2002)

ARTÍCULO 248

Estafa: concepto de engaño bastante. Utilización en comercios, obteniendo bienes y servicios, de tarjetas de crédito con la banda magnética manipulada en la que se habían introducido datos obtenidos fraudulentamente de terceros, siendo la misma persona la que se identifica al usar la tarjeta y la titular de la misma. Inaplicable estafa informática y robo con uso de llaves falsas. Especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación y a la entidad del perjuicio: más de 8.000.000 de pesetas

B) El motivo cuarto impugna la aplicación del artículo 248.1 del Código Penal, ya que, a juicio del recurrente, no existe engaño bastante ni posible relación de éste con el perjuicio causado, toda vez que: a) los comercios donde las operaciones se realizaron, excepto la empleada del Corte Inglés que, al detectar la irregularidad, dio origen a las actuaciones, no procedieron a la comprobación de la numeración que aparecía en los tiques de venta, con lo que fácilmente hubieran podido detectar el fraude; b) si se sostiene que la única obligación del establecimiento era comprobar la identidad y la firma del adquirente, que en este caso eran conformes, pues no hay que olvidar que los soportes plásticos de las tarjetas eran auténticos y se utilizaban por su verdadera titular, no podía haber engaño, ya que el error se alojaba en la información contenida en la banda magnética; c) Si hubiera engaño, éste no afectaría al comerciante, que es el que realiza el desplazamiento patrimonial, sino al sistema informático de la entidad que autoriza la operación; d) en todo caso, podría concurrir el supuesto de la «estafa informática», descrito en el artículo 248.2 del Código Penal, que a su vez consumiría la falsedad documental de la «banda» del artículo

390.1.º, pero también en este caso la manipulación debería ser «bastante», como el engaño de la Estafa común, mientras que aquí la confección de la mendacidad ha sido fácil de llevar a cabo, de detectar y, como han fallado a pesar de ello los mecanismos de seguridad, lo que existe es un caso de «autopuesta en peligro» de la propia perjudicada, lo que remite la cuestión al ámbito del mero ilícito civil, y e) en definitiva, según la Defensa, los hechos podrían hallar su correcto encaje penal en la figura del Robo con fuerza mediante «llaves falsas», imposible de punición, en este caso, por imperativo del principio acusatorio.

Entrando en el análisis de tales argumentaciones, hay que comenzar proclamando el acierto de la calificación jurídica llevada a cabo, en su Resolución, por el Tribunal de instancia, desechando desde ya, por supuesto, la posibilidad de un delito de robo con fuerza mediante el uso de «llave falsa» (art. 238.4.º CP) a que alude el Recurso, pues, si bien la «tarjeta» es asimilada, en efecto, a la «llave falsa», según el párrafo segundo del artículo 239 del Código Penal tal asimilación se refiere a los supuestos de «apoderamiento» de cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder al lugar en que éstas se encuentran, que integran el delito de robo (art. 237 CP), lo que evidentemente no es el caso en acciones como las enjuiciadas, en las que lo que se producen son unas conductas defraudatorias, necesitadas del concurso de quien presta el servicio o pone a disposición del autor los bienes con los que éste ilícitamente se enriquece y, por supuesto, sin empleo alguno de fuerza para acceder al lugar en que se ubican tales bienes objeto de apropiación, como acontece en las hipótesis de apertura de locales cerrados, cajas de seguridad, cajeros automáticos, etc., que son para las que la norma lleva a cabo la referida asimilación entre «llave falsa» y «tarjeta», sobre la base de la funcionalidad de ésta para franquear el acceso a los lugares cerrados ya referidos.

Por otra parte, en modo alguno puede aceptarse la afirmación del recurrente acerca de la supuesta «facilidad» de la confección mendaz de las tarjetas, operación que requiere, sin duda, instrumentos y conocimientos de cierto grado de sofisticación y que no se encuentran al alcance de cualquier persona, lo que excluye, a su vez, la alegada escasa protección de los intereses de la perjudicada y su «autopuesta en peligro» por esta que, muy al contrario, lleva a cabo su actividad en el ámbito de negocio que le es propio cumpliendo las exigencias universalmente aceptadas como habituales de su tráfico, y que obligan, para que se cometan actos defraudatorios como los aquí enjuiciados, a la realización de operaciones de un considerable grado de dificultad, cual la alteración de los datos contenidos en la banda magnética de las tarjetas de crédito mediante la introducción de otros que han debido de obtenerse previamente de forma fraudulenta.

Igualmente, tampoco puede sostenerse que la calificación de los hechos como delito de «Estafa informática», del artículo 248.2 del Código Penal, a que hace alusión la propia Sentencia objeto de Recurso, haya de incorporar las previas operaciones falsarias llevadas a cabo sobre las tarjetas, ya que las «bandas magnéticas» de éstas, si bien incorporan una serie de datos obtenidos mediante operaciones informáticas, constituyen, en sí, un soporte material cuya alteración supone un acto distinto de las meras operaciones o manipulaciones informáticas para conseguir la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero, que, por ejemplo, se producirían cuando directamente se interfiriera en un sistema, tal como el de una entidad bancaria o en redes como Internet, para la obtención del lucro.

Hay que recordar que, como ya antes se dijo, la conducta consistente en la alteración de la banda magnética, que supone la generación de una tarjeta *ex novo*, integra, por sí misma, el delito de falsificación de moneda, independiente del uso posterior fraudulento a que ese instrumento de pago mendaz pueda ser destinado, produciéndose, en tal caso, una relación concursal entre ambos ilícitos.

Una cosa es, por tanto, que se manipulen sistemas informáticos para defraudar, y otra, completamente distinta, que se confeccione una tarjeta mediante la incorporación falsaria de datos de origen o producción informática para, con ella, posteriormente llevar a cabo actos fraudulentos. Diferencia que claramente ha de distinguir entre el contenido de la Estafa denominada informática y la cometida mediante el empleo de una tarjeta con banda magnética previamente falsificada.

Queda, por tanto, respecto del contenido del presente motivo, examinar, tan sólo, el primero y principal de los argumentos esgrimidos en su apoyo que no es otro que aquel que cuestiona la existencia de verdadero «engaño», bastante y válido, para configurar el delito de estafa.

A tal respecto, reiteradamente se ha dicho que la suficiencia del engaño no supone que no exista posibilidad alguna de desvelarlo. Antes al contrario, será éste bastante si es capaz de inducir a confusión a quien preste una atención o diligencia que pueda ser considerada normal o razonable en el concreto ámbito en que la actividad se desarrolle (SSTS de 19 de junio y de 3 de julio de 1995, por ejemplo).

Por ello, no puede servirnos como criterio determinante de la eficacia engañosa, en este caso, el hecho de que el excepcional comportamiento de la empleada de un establecimiento que, más allá de la habitual comprobación de la identidad y autenticidad de firma de quien figuraba como titular de la tarjeta exhibida, se detiene a comprobar la correspondencia entre la numeración que figura en ésta y la impresa en el tique de compra permitiera el descubrimiento del delito, toda vez que, como sabemos, la exigencia normal en esta clase de operaciones no va más allá de la constatación de la identidad del comprador y su titularidad respecto del instrumento de pago. Máxime cuando, al tiempo de acaecimiento de los hechos, no era ni mucho menos frecuente, en nuestro país, la mecánica defraudatoria aquí desplegada por el recurrente.

Recordemos que incluso en ciertas circunstancias ni siquiera ha exigido este Tribunal esa diligencia en algunos supuestos de empleo de tarjetas por parte de personas distintas de su titular para considerar la comisión del delito de Estafa, dadas las especiales características de agilidad que conllevan esta clase de operaciones (SSTS de 16 de julio de 1987, y de 27 de enero y de 23 de diciembre de 1999, entre otras).

El engaño, por tanto, ha de ser considerado de entidad bastante, de cara a la integración del delito, dirigido, como por otro lado lo fue, a quien se erige, en su condición de persona física y psicológicamente susceptible de ser inducido a errar, en encargado de la comprobación de los requisitos iniciales para dar curso a la operación.

Con lo que la posterior fase de validación, a cargo de los sistemas informáticos de la entidad financiera correspondiente, parte y es condicionada por ese «filtro» inicial, de modo que se limita a autorizar la operación, si se cumplen otra serie de requisitos como la existencia de disponibilidad del crédito, por ejemplo, pero siempre sobre la base de los datos falsos que así se le suministran, concretamente en este supuesto del hecho de que quien lleva a cabo la compra de bienes o servicios es la misma persona que identifica la banda magnética de la tarjeta.

Engaño bastante que sufre directamente la persona encomendada de evitarlo, disposición en perjuicio de tercero y lucro del autor del fraude que integran, en definitiva, el delito de estafa, que en esta ocasión concursualmente se vincula a la anterior conducta falsaria.

(Sentencia de 8 de julio de 2002)

Engaño bastante: parámetro mixto objetivo-subjetivo. Existe en el caso de parapsicólogo y médium que percibe cantidades por la prescripción de tratamientos esotéricos para combatir problemas personales, aprovechándose de la credulidad de los perjudicados una vez captada su voluntad

Segundo. El motivo por infracción de ley denuncia el error de subsunción de los hechos probados en el tipo de estafa, aduciendo la atipicidad de aquéllos por cuanto, reproducimos literalmente del escrito de formalización, «el perjuicio se causa por la estúpida credibilidad y extraordinaria indolencia de las “víctimas”, hasta el punto de resultar fútil o absurdo dentro del normal actuar social».

El tipo de estafa está integrado por la existencia de un engaño idóneo o bastante (adecuado, eficaz o suficiente) por parte del sujeto activo del delito para producir un error esencial en otro, el sujeto pasivo; la acción engañosa debe preceder o concurrir al momento del otorgamiento del negocio jurídico, contrato o acto en virtud del cual se produce el acto de disposición en perjuicio propio o ajeno, siendo ello consecuencia del nexo causal entre el error consecuencia del engaño y el perjuicio subsiguiente; a consecuencia de ello el sujeto pasivo, relación de causalidad señalada, realiza un acto de disposición patrimonial, es decir, necesariamente despliega una suerte de cooperación, que debe ser entendido en sentido amplio, bastando que el resultado esté constituido por una injusta disminución del acervo patrimonial del sujeto pasivo o de un tercero; por último, el tipo subjetivo conlleva la existencia del dolo defraudatorio y el ánimo de lucro (SSTS, entre otras, de 2 y 28 de marzo, de 19 de mayo y de 5 de junio de 2000 o de 22 de enero y 14 de mayo de 2001).

Por lo que hace al engaño podemos entender que será bastante cuando la diligencia del hombre medio se vea sorprendida por el ardid empleado por el sujeto activo de forma que los mecanismos de autodefensa desplegados por el sujeto pasivo no capten la mendacidad del artificio empleado y produzcan error en el mismo (módulo objetivo o abstracto); o bien que la falacia será suficiente cuando el concreto sujeto pasivo o receptor de aquélla haya sido incapaz de advertirla (módulo concreto o subjetivo). Consciente la doctrina y la jurisprudencia de la dificultad de la cuestión lo que se propone es un parámetro mixto, de forma que sobre una base objetiva de idoneidad general del artificio se tomen en consideración posteriormente las aptitudes y circunstancias del sujeto pasivo y las atinentes al medio social donde se producen los hechos. Ni pueden ser desprotegidas penalmente las personas con una aptitud de diligencia inferior al término medio, ni puede entenderse incondicionalmente que el engaño es bastante porque en el caso concreto ha producido el error en el sujeto pasivo, pues, de ser así, todo engaño lo sería.

El caso examinado se presta especialmente para la aplicación de la doctrina precedente.

El relato histórico se integra por dos estadios progresivos. En primer lugar, las víctimas acuden al reclamo del sujeto activo (Chamán-Médium y licenciado en Psicología y Parapsicología, bajo un dibujo ilustrativo de un sombrero de copa acompañado de unos guantes y bastón), que se atribuye, lo dice la Sentencia con valor fáctico en el fundamento de Derecho segundo, «facultades paranormales o extrasensoriales, que no tenía», anunciado públicamente, y los sujetos pasivos acuden voluntariamente, como en muchos otros casos, y por fuerza conociendo dicha realidad, sabedores de la contraprestación que deben satisfacer por la consulta o consejo, lo que es asumido libremente por los mismos. Hasta aquí el sustrato fáctico es atípico y constituye una realidad social aceptada, es decir, el artificio carece de idoneidad para generar un

error penalmente relevante. Sin embargo, en segundo lugar, siguiendo los hechos descritos, una vez establecida la relación de confianza entre los clientes y el sujeto activo, captada su voluntad, el segundo valora la suerte y predisposición de los primeros, potenciando su fácil credulidad, ya constatada, mediante distintos ardides (asegurando la solución del problema, incluso con devolución del dinero entregado si no se produjese, la necesidad de emplear determinados productos o artificios esotéricos que se facturan complementariamente o la realización de determinados desplazamientos del médium, que no se hacen, lo que da lugar a lo que la Sentencia denomina «trabajos complementarios diversos, a realizar por el propio acusado o dichos clientes»), obteniendo de esta forma prestaciones económicas complementarias más allá de las correspondientes a la consulta, embaucando, en síntesis, a personas ya predisuestas y obteniendo de esta forma el desplazamiento patrimonial perseguido. El hecho probado se refiere al aprovechamiento por el acusado «de la buena fe, escasa preparación intelectual y credulidad de los antes indicados clientes, así como de su especial situación anímica y de ansiedad que atravesaban». El engaño relevante se produce cuando se abusa de la credulidad de los perjudicados una vez que ha sido captada su voluntad por el sujeto activo, obteniendo unos desplazamientos patrimoniales por trabajos complementarios y distintos a la contraprestación por la mera consulta, que como tal es un uso social consentido y asumido libremente por las personas que acuden a la misma.

Consecuencia de lo anterior es la destipificación parcial de los hechos, sin perjuicio de mantener la calificación jurídica, de forma que la consecuencia de ello debe producirse en el apartado relativo a la individualización de la pena y la responsabilidad civil. En estos términos el primero de los motivos debe ser estimado parcialmente.

(Sentencia de 6 de mayo de 2002)

Existe engaño en el caso de partido político ficticio, creado para obtener los soportes informáticos del censo electoral de aquellas elecciones a las que concurrió, de los que luego se sirve para contratar campañas de publicidad

Séptimo. Sostiene el recurrente que la Sala de instancia ha incurrido también en infracción de ley al aplicar indebidamente el artículo 528 CP anterior que tipifica el delito de estafa, alegando que no ha concurrido en la conducta de la acusada el requisito esencial del engaño, pues «... la presentación de un partido político a unas concretas elecciones, fuere como fuere, no trata de engañar a nadie; ni tampoco concurre el requisito del traspaso patrimonial que en ningún momento “se ha pretendido ni conseguido” por la acusada».

De nuevo este motivo contradice abiertamente la declaración fáctica de la Sentencia impugnada. En ésta se declara probado que, a partir de las elecciones al Parlamento Europeo de 1987, el PED pasa a ser un mero instrumento de ésta para lucrarse económicamente. Desaparece incluso el más mínimo atisbo de campaña o de cualquier otra actividad política y el partido es la mera pantalla a través de la cual Angelina G. R. obtiene los datos del censo electoral de los que luego se sirve la empresa Angoru para contratar campañas de venta por correo, buzoneo y publicidad en general. De este modo, la acusada obtuvo los soportes informáticos del censo electoral de aquellas elecciones a las que concurrió, cuyo valor económico se ha cuantificado en

429.870 pesetas, además de 2.871.917 pesetas por las copias emitidas, no siendo ocioso destacar que toda la actividad desarrollada por aquella va directamente encaminada a la obtención de los datos del Censo, de un elevado valor intrínseco –muy superior al de los soportes informáticos que los contenían– para el enriquecimiento de la empresa «Angoru» de la acusada, especializada en publicidad, «marketing» y en venta de información a compañías comerciales. Como bien razona la Sentencia en su fundamento de Derecho sexto, «se trataba de obtener mediante engaño los datos del censo para comerciar con ellos. El objetivo último no era obtener el censo, sino lucrarse comerciando con los datos que contenía. Para ese objetivo final era preciso alcanzar un objetivo previo, cual era obtener los datos de las Juntas Electorales mediante engaño. Ese engaño, que originó los distintos actos de disposición de las Juntas Electorales entregando las cintas magnéticas, ya se ha calificado como constitutivo de delito y falta de estafa, pero para cometer esa estafa era a su vez necesario engañar a las Juntas Electorales, simulando un deseo de participación en las distintas contiendas electorales, y como, para tal simulación, era preciso falsificar firmas de candidatos, se falsificaban, y como, para presentar candidatos, el instrumento más idóneo [art. 44.1.a) de la Ley Orgánica Electoral General] es un partido político, sólo por ello sobrevivía el PED. Es decir, era un partido que, desde 1987, sólo existía para proclamar candidatos falsos, engañar a las Juntas Electorales y obtener de éstas las bases de datos del censo para comerciar con la información obtenida».

Por todo lo cual el motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 16 de octubre de 2002)

Estafa triangular: características

Tercero. [...] El tipo penal de la estafa requiere que el autor induzca al sujeto pasivo, mediante engaño, a realizar una disposición patrimonial perjudicial. Por lo tanto, requiere en todos los casos una necesaria distinción entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, de tal manera que el sujeto agente del engaño sea siempre distinto del sujeto, engañado, de la disposición patrimonial. Ésta es la diferencia fundamental que existe entre el tipo penal de la estafa y el de la administración desleal, en la que no hay engaño sino defraudación de una relación de confianza respecto de un sujeto que no tiene que efectuar ninguna disposición patrimonial, pero que ha otorgado, en confianza, poderes a otro para que las realice. Esta diferencia de la estructura típica de los delitos de estafa y de administración desleal ha sido subrayada por nuestra jurisprudencia en diversos precedentes.

En el presente caso el recurrente actuó en los hechos como apoderado del comprador y en esa calidad tuvo conocimiento de la revocación del poder. Por lo tanto, no fue engañado, dado que sabía que K. carecía de un poder vigente. Tampoco se puede sostener que la poderdante haya sido engañada, dado que los acusados no pretendieron mediante la afirmación de hechos falsos hacerla incurrir en un error para que hiciera una disposición patrimonial. Por ello podría parecer que el verdadero sentido del hecho sería el de un ejercicio fraudulento de parte del apoderado, es decir, el de una administración desleal del apoderado de la titular del dominio, que acaso hubiera podido ser alcanzado por el artículo 295 CP (si se admitiera que entre la poderdante y el apoderado existía un vínculo societario análogo a los enumerados en el art. 297 CP). Pero, esta hipótesis no puede ser considerada aquí, dado que el Ministerio Fiscal no acusó más que por estafa (art. 248 CP) y el principio acusatorio impediría la condena del recurrente por otro delito distinto del acusado.

No obstante las apariencias iniciales, sin embargo, el caso debe ser subsumido bajo el tipo penal de la estafa. En efecto, en el presente supuesto nos encontramos con la llamada «estafa triangular», que se aprecia cuando el autor no engaña al que tendría que realizar la disposición patrimonial, pero engaña a quien tiene poder –otorgado por el propio titular o por la ley– para realizarla en nombre del titular del patrimonio perjudicado, esto es lo que ocurrió en el caso que ahora enjuiciamos, pues el recurrente intentó, mediante una escritura suscrita por un falso apoderado, lograr que dispusiera en el Registro de la Propiedad el traspaso de la propiedad del inmueble que había sido objeto de la compraventa. Tal conducta reúne todos los elementos del engaño propio de la estafa, pues comporta la afirmación como válido de un negocio jurídico que sabía carente de validez.

(Sentencia de 8 de febrero de 2002)

Absorción del delito de falsedad en documento privado al constituir la falsedad el engaño típico del delito de estafa

Octavo. En el último de los motivos y por la vía del artículo 849.1.º LECrM considera infringidos los artículos 390.2.º y 3.º y 248 y 249 CP.

1. En cuanto a las falsedades realizadas, en el *factum*, al que debemos absoluta sumisión, se contienen los actos falsarios que integran el tipo penal del artículo 390.2.º, al crear un documento que no responde a la realidad, realizando en él aseveraciones falaces.

El artículo 390.2.º ha sido correctamente aplicado.

Sin embargo, es obligado tomar en consideración un argumento no aducido, pero implícito en una inequívoca voluntad del recurrente de excluir la aplicación del tipo de falsedad, cual es la consunción de tal delito operada en el de estafa.

Constituye una tendencia jurisprudencial invariablemente sostenida por esta Sala que la falsedad en documento privado, que actúa como falacia o superchería para inducir a engaño al estafado, se halla inserta y consumida en tal delito, ya que el engaño es la misma falsedad y el perjuicio de tercero (tendencia finalística incluida en la descripción típica del artículo 395: «para perjudicar a otro»), también lo incorpora el artículo 248 como elemento configurador del tipo.

No es que el delito no se haya cometido, sino que está consumido en la estafa.

El motivo debe estimarse y excluir la condena por el delito de falsedad en documento privado.

2. Respecto a la estafa el censurante negó que haya existido engaño y perjuicio patrimonial.

La protesta carece del menor fundamento. El engaño lo integraba el documento falsificado, en tanto en cuanto los representantes de las entidades perjudicadas y los propios acusados lo reconocen como *conductio sine qua non* para conceder el préstamo con el que adquirir los bienes. Ya razonamos en su momento sobre la suficiencia y eficacia del engaño, dentro de un mínimo de buena fe y credibilidad en las relaciones mercantiles, habidas inter partes. Era comprensible y prudente no desconfiar de las intenciones de los compradores si acudían al mercado provistos de una certificación que acreditaba la existencia de un trabajo estable.

Por su parte, el perjuicio se concreta en el *factum* a la propia concesión de los préstamos y adquisición de los bienes, que hicieron propios los acusados disponiendo de ellos, sin que hasta el momento hayan resarcido a las entidades vendedoras o financiadoras. Así se expresa de forma apodíctica en el último párrafo del relato histórico de la Sentencia combatida: «Todos los préstamos debían ser devueltos mediante plazos mensuales, sin que los acusados, que no tuvieron nunca intención de pagar, hayan abonado ninguno de ellos».

(Sentencia de 4 de julio de 2002)

ARTÍCULO 250.1.2.^a

Simular robo solicitando a compañía aseguradora indemnización, la que sospechó la falsedad de la sustracción y no hizo efectiva cantidad alguna. El engaño a compañía aseguradora simulando robo no puede constituir el tipo de simulación de delito y la figura agravada de estafa empleando fraude procesal al infringirse el principio non bis in idem

Tercero. Por último, en el primer motivo del recurso, residenciado en el artículo 849.1.º LECrM, se denuncia una infracción de ley por aplicación indebida a los hechos declarados probados de los artículos 457, 248 y 250.2 CP. La impugnación debe ser parcialmente estimada. A estas alturas de la fundamentación y desestimados los motivos segundo y tercero del recurso, la declaración probada de la Sentencia recurrida debe ser considerada intangible de forma que cualquier alegación que la contradiga, o que intente añadirle un hecho que en ella no esté recogido, ha de ser enérgicamente rechazada sin necesidad de exponer argumentación alguna. Desde este irrenunciable punto de partida, no puede sostenerse que se aplicó indebidamente en la Sentencia recurrida el artículo 457 CP, en que se define el tipo de simulación de delito, tras haberse declarado probado –acaso no con la debida terminancia en el relato fáctico, pero sí si éste se completa con lo que se afirma en el primer fundamento de Derecho–, por una parte, que el acusado denunció ante la Policía Local que había encontrado la cerradura de la puerta de su casa forzada y comprobado que le había sido sustraído un conjunto de objetos de considerable valor, por otra, que el forzamiento de la puerta había sido simulado y que el robo «no se produjo» y, finalmente, que la presentación de la denuncia determinó la incoación de las diligencias previas 5837/1997 del Juzgado de Instrucción Número 10 de Málaga. Con estos tres hechos –la denuncia de un delito del que el denunciante dice haber sido víctima, la falsedad de la misma porque el delito denunciado no se ha producido y la provocación, con la simulación del delito, de unas actuaciones procesales– queda integrado el tipo previsto en el artículo 457 CP, sin que sobre ello pueda albergarse duda alguna, de suerte que la aplicación de dicho precepto a los hechos enjuiciados de ninguna manera puede ser denunciada como infracción legal.

Tampoco se aplicó indebidamente el artículo 248 CP en relación con el artículo 16.1 del mismo Cuerpo legal, al subsumir en dichos preceptos la conducta del acusado calificándola también como delito de estafa en grado de tentativa. Declarado probado que el robo denunciado por el acusado no se había cometido y que la denuncia fue «una puesta en escena urdida para defraudar a la compañía aseguradora», a

cuyo efecto se hizo ante la misma una reclamación de 2.600.000 pesetas a que se dijo ascendía el valor de los objetos sustraídos, es claro que se describe, dándolo por acreditado, un principio de ejecución de un delito de estafa, esto es, una maniobra engañosa capaz de producir error en otro al que se quiso inducir a creer que con el robo se había materializado el riesgo que, como asegurador, estaba obligado a cubrir. El engaño, aun siendo bastante en abstracto, no surtió el efecto buscado, por lo que no se produjo desplazamiento patrimonial desde la aseguradora al acusado, pero no porque éste desistiera voluntariamente de conseguirlo, sino porque las cautelas puestas en funcionamiento por aquélla le hicieron desconfiar primero de las manifestaciones del acusado y rechazar a la postre sus pretensiones. Todo ello quiere decir que fue jurídicamente correcto calificar la frustrada maniobra del acusado como un delito de estafa en grado de tentativa. No podemos suscribir, por el contrario, que el delito de estafa intentado deba ser subsumido, a efectos de la penalidad aplicable, en el artículo 250.2.º CP en que está prevista la estafa que se realiza «con simulación de pleito o empleo de otro fraude procesal». Aunque se entienda que la presentación de una denuncia en que se simula haber sido víctima de un delito puede constituir lo que la ley caracteriza como simulación de pleito o empleo de fraude procesal –interpretación que no deja de ser discutible–, es evidente que, so pena de incurrir en infracción del principio «non bis in idem», la engañosa denuncia no puede ser castigada, al mismo tiempo, como delito del artículo 457 y como circunstancia específicamente agravatoria de la estafa. En este concreto particular sí procede estimar el primer motivo del recurso por aplicación indebida del artículo 250.2.º e inaplicación, igualmente no debida, del artículo 249, ambos del CP, infracción legal que será corregida en la segunda Sentencia que a continuación dictaremos.

(Sentencia de 27 de febrero de 2002)

ARTÍCULO 250.1.3.ª

Delito de estafa cometido por medio de cheque falso: situación de concurso medial

Cuarto. [...] Los hechos están bien calificados como constitutivos de un concurso medial de delitos continuados, continuidad delictiva que debe predicarse tanto del delito de estafa como del de falsedad, bien que, dentro del marco de examen que permite el delito, debemos efectuar una corrección legal sin trascendencia en el campo de la pena.

La situación del delito de estafa cometido a medio de cheque, pagaré o letra de cambio ha tenido tres respuestas por parte de la jurisprudencia de esta Sala en orden a determinar su punición, sin que al día de hoy exista una doctrina dominante.

Doctrina de la consunción, según la cual se estaría ante un concurso aparente de normas entre el delito de falsedad y la estafa cometida a través de cheque, pagaré o letra de cambio, que debe resolverse de acuerdo con el artículo 8.3.º del Código Penal en favor del tipo de estafa agravado del artículo 250.1.3.º, (STS de 20 de junio de 2001).

Doctrina del concurso medial entre la falsedad y la estafa agravada del artículo 250.1.3.º a resolver por la aplicación de las reglas del concurso medial entre ambas figuras y con aplicación del artículo 77 del Código Penal, SSTS de 27 de marzo y de 26 de julio de 2000.

Doctrina de la autonomía de ambas figuras y, en particular, manteniendo el disvalor específico de la falsificación, independientemente de su posterior uso para estafar. En tal caso se estaría en un concurso medial entre la falsedad y la estafa básica del artículo 248, sin aplicación del supuesto del número 3 del artículo 250, porque el disvalor de la falsificación ya queda sancionado con la autónoma punibilidad de la falsedad, SSTS de 15 de marzo y de 4 de mayo de 2001.

La Sentencia sometida al presente control casacional mantiene la tesis del concurso medial entre falsedad y estafa agravada, sancionando sólo esta última e imponiendo la pena de cuatro años de prisión y ocho meses de multa, de acuerdo con el artículo 77, párrafo 2.º, que determina la imposición de una sola pena –la mitad superior de la pena correspondiente para la infracción más grave–, pena que partiendo de la señalada a las estafas agravadas del artículo 251 se situaría entre los tres años y seis meses a los seis años de prisión y multa de nueve a doce meses. La Sentencia condena a cuatro años de prisión y ocho meses de multa, pena que debe mantenerse, no obstante el error, en menor, en cuanto a la pena de multa. No obstante, se constata en este control casacional que la Sentencia recurrida, a pesar de calificar los delitos de falsedad y estafa como de delitos continuados, olvida la aplicación del artículo 74.1.º del Código Penal, que establece la imposición de la pena en su mitad superior. En efecto, en casos como el presente, de continuidad delictiva y de concurso medial, deben aplicarse sucesivamente las reglas de los artículos 74.1.º y 77.2.º, lo que, por decirlo gráficamente, llevaría a la aplicación de la mitad superior, de la mitad superior de la pena correspondiente al delito más grave –SSTS de 12 de febrero y de 11 de abril de 2000. Es evidente que en el marco del presente recurso de casación, formalizado por el condenado, no va éste a resultar perjudicado en relación a la situación acordada en la Sentencia recurrida, por respeto al principio de interdicción de la *reformatio in peius*, por lo que la reflexión antedicha se agota en sí misma.

(Sentencia de 15 de febrero de 2002)

Estafa mediante cheque, pagaré, letra de cambio en blanco o negocio cambiario ficticio: concurso de delitos con falsedad en documento mercantil: posiciones jurisprudenciales. Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 8 de marzo de 2002: compatible con falsedad en documento mercantil perpetrada en cheque

Primero. [...] En efecto, la deficiente regulación positiva ha creado graves problemas hermenéuticos no sólo en la doctrina científica, sino en la propia jurisprudencia emanada de esta Sala, que todavía no ha hallado argumentos contundentes, que diluciden, de una vez por todas, la problemática que suscita. Las posibilidades de resolver el conflicto planteado son tres:

a) Entender que la figura defraudatoria realizada mediante cheque abarca también los supuestos falsarios y no sólo las hipótesis de cheque en descubierto constitutivas de estafa. Nos encontramos ante un concurso aparente de normas penales, a resolver por el principio de consunción (art. 8.3 CP), en favor del tipo de estafa agravado, previsto en el artículo 250.1.3. Tribunal Supremo Sentencia de 20 junio 2001.

b) Restringir o limitar las estafas realizadas mediante cheque a las hipótesis de emisión de título valor sin cobertura. En este caso el total desvalor de la conducta ejecutada tan sólo sería apprehensible a través de la aplicación de las reglas del concurso

medial de delitos entre la falsedad y estafa agravada (artículo 77 CP). En esta línea interpretativa se ha pronunciado últimamente en las Sentencias de 3 y 14 de diciembre de 1998, de 27 de marzo y 26 de julio de 2000.

c) Mantener la autonomía de ambas figuras delictivas y en particular del desvalor específico de la figura falsaria, independientemente de su posterior uso para estafar, y además evitar caer en un posible *bis in idem* prohibido.

Este supuesto conduciría a apreciar un concurso medial de delitos entre la falsedad en documento mercantil y la estafa básica del artículo 248 CP –Sentencias de 15 de marzo y de 4 de mayo de 2001–.

La cuestión que se suscita es ciertamente debatida, tanto que, incluso en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se encuentra expresión de las tres posiciones a que se acaba de hacer referencia. No existía, pues, un criterio suficientemente consolidado en la materia (lo que se evidencia en el resultado del debate producido en la Sala general de 19 de julio 2000), pero podrían mantenerse, desde el punto de vista jurisprudencial, todas las posturas expuestas.

De nuevo, el Pleno no jurisdiccional de esta Sala, en reunión celebrada el 8 de marzo de 2002, examinó el tema planteado, que esta vez se resolvió, en el sentido de estimar que la falsificación de un cheque y su utilización posterior por el autor de la falsificación para cometer una estafa debe sancionarse como concurso de delitos entre estafa gravada del artículo 250.1.º.3.º del Código Penal, y falsedad en documento mercantil del artículo 392 del mismo cuerpo legal.

Por tanto, al sancionar el Tribunal de instancia los hechos como constitutivos de un delito de falsedad en documento mercantil de los artículos 392 y 390.1 y 2, y el de estafa continuada de los artículos 248 y 250.3 del Código Penal, en posición coincidente con la adoptada por esta Sala en el último Pleno no jurisdiccional de la misma, el motivo, pues, debe rechazarse.

(Sentencia de 24 de mayo de 2002)

Estafa tentada: falsificar cheque y al ir a hacerlo efectivo en entidad bancaria la cuenta a que pertenece está cancelada. En concurso medial de delitos con la falsedad en documento mercantil

Segundo. 1. El primer motivo se formula al amparo del número 1 del artículo 849 LECrm y denuncia, por indebida inaplicación, la infracción del artículo 392, en relación con el artículo 390.1.º y 3.º, ambos del Código Penal.

Recuerda el Ministerio Fiscal que la Sentencia recurrida afirma en los «hechos probados» que el acusado, después de sustraer cuatro cheques, rellenó uno haciendo constar que lo extendía al portador por la suma de 895.340 pesetas y como fecha la de 19 de junio de 1997, siendo firmado por persona distinta, pero de acuerdo con el mismo, y que ese mismo día se presentó en la entidad bancaria donde el titular de los cheques tenía la cuenta, pretendiendo cobrarlo sin que lo lograra al estar la cuenta cancelada.

Alega, en síntesis, el Ministerio Fiscal, en su documentado recurso, que al haberse presentado el acusado en la entidad bancaria para cobrar el cheque, el tráfico jurídico se vio afectado, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala y en contra de lo sostenido por el Tribunal sentenciador.

Argumenta que, con independencia de que la cuenta estuviese cancelada, al falsearse el cheque, como se declara probado, se está haciendo nacer ilícitamente un

mandato, puro y simple, de pagar una suma determinada, por lo que con la creación del documento se está afectando al tráfico jurídico, pues tal documento puede ser empleado como medio de pago y aceptarlo personas que desconozcan totalmente que la cuenta estaba cancelada, con lo que se colma la exigencia de mera posibilidad de afectación del tráfico jurídico

2. La impugnación del Ministerio Fiscal es fundada y correcta la subsunción que postula. La acción descrita en el relato fáctico realiza formalmente el tipo objetivo del delito de falsedad en documento mercantil de los párrafos 1.º y 3.º del apartado primero del artículo 390 CP, cometido por particular –artículo 392 del mismo texto legal–. Este elemento del tipo se completa, a efectos de afirmar la obligada subsunción en aquellos preceptos, por la consumada lesión del bien jurídico protegido que es la fluidez y seguridad del tráfico jurídico por la confianza pública en que determinados documentos tienen un contenido veraz y han sido emitidos por quienes parecen haberlo hecho.

En caso tan próximo al presente que, por lo que ahora importa, puede decirse que son iguales, la Sentencia de esta Sala de 28 de noviembre de 2000 estableció que «siendo el cheque un mandamiento de pago únicamente puede ser emitido por la persona autorizada en virtud de su relación con el destinatario del mandato y, habiéndose simulado en el caso de autos la intervención de aquella persona en el libramiento del cheque, no hay duda de que, con tal simulación, se creó un documento susceptible de provocar un pago indebido y una consiguiente perturbación en el tráfico. Sin que ello sea óbice que el pago no se realizase y nadie resultase perjudicado, porque el delito de falsedad documental se consuma y perfecciona –Sentencias de 5 de febrero de 1980, de 22 de enero de 1981 y de 2 de febrero de 1985, entre otras muchas–, en el momento en que se ejecuta la falsificación con tal de que la intención del falsificador sea hacer uso fraudulento del documento o, lo que es igual, en el momento en que el documento sale del ámbito reservado en que normalmente se realiza la *mutatio varietatis* y se pone de relieve que su finalidad era que el documento entrase en el tráfico jurídico». Es lo que sostiene el Ministerio Fiscal en este primer motivo, que ha de ser estimado.

Tercero. 1. En el segundo motivo, también al amparo del número 1 del artículo 849 LECrm, el Ministerio Fiscal se queja de la indebida inaplicación de los artículos 248, 249.16 y 62 CP y discrepa del criterio de la Sala de instancia que absolvió del delito de estafa intentada por considerar que se trataba de una tentativa inidónea al estar la cuenta contra la que se libró el cheque cancelada, y, por tanto, el intento de cobro del talón era impune.

Arguye el Fiscal que en la dicción del Código Penal vigente la acción típicamente punible en que la tentativa consiste debe ser apta para producir el resultado, pues lo que el artículo 16.1 del Código Penal expresa literalmente es que hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado y, sin embargo, éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor. Es decir, el enjuiciamiento de la tentativa se agota con la determinación de la idoneidad de la conducta para producir el delito, y ello debe hacerse atendiendo a la conducta misma y no a circunstancias extrañas a la voluntad del agente, que serán muchas veces de carácter accidental. La tentativa se castiga por la capacidad de dicha acción para poner en peligro el bien jurídico protegido, siendo indiferente que a la postre dicho peligro se materialice o no de una manera efectiva.

En este motivo, que también ha de prosperar, se invoca como en el anterior la jurisprudencia de esta Sala con la acertada cita de las sentencias 21 de junio de 1999, 13 de marzo de 2000 y 2 de junio de 2000.

2. El Código Penal de 1995 no contiene una norma equivalente al artículo 52.2.º del Código Penal anterior, que sancionaba como tentativa «los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito», lo que ha llevado a un sector doctrinal a sostener la impunidad no solamente de los supuestos de tentativa absolutamente inidónea, sino también en los casos de inidoneidad relativa.

Ha de tenerse en cuenta, sin embargo, que el artículo 16 del Código Penal de 1995 ha redefinido la tentativa, añadiendo el adverbio «objetivamente» («practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado»), lo que quiere decir que el plan o actuación del autor, «objetivamente» considerados, sean racionalmente aptos para ocasionar el resultado.

Se excluyen, por tanto, de la reacción punitiva los casos de inidoneidad absoluta pero no los de inidoneidad relativa, incluyéndose en aquélla —como señala la Sentencia de esta Sala de 21 de junio de 1999 y reitera la de 5 de diciembre de 2000— «los supuestos de tentativas irreales o imaginarias (cuando la acción es, en todo caso y por esencia, incapaz de producir el fin ilusoriamente buscado por su autor); los denominados “delitos putativos” (cuando el sujeto realiza una acción no tipificada penalmente, creyendo que sí lo está), error inverso de prohibición que en ningún caso podría ser sancionado penalmente por imperativo del principio de tipicidad; los supuestos de delitos absolutamente imposibles por inexistencia de objeto, que carecen de adecuación típica (de lesión o de peligro) y, en general, los casos de inidoneidad absoluta».

Por el contrario, son punibles, conforme a su actual definición típica, los casos que pueden calificarse de inidoneidad relativa —aun cuando esta denominación haya sido doctrinalmente criticada— es decir, aquellos en que los medios utilizados, «objetivamente» valorados *ex ante* y desde una perspectiva general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico (de lesión o de peligro).

Como dice la citada Sentencia de 5 de diciembre de 2000, se trata de supuestos en los que la intervención penal se justifica plenamente porque el autor ha decidido vulnerar el bien jurídico tutelado, a través de una acción que no resulta ajena a la órbita del tipo y utilizando medios generalmente idóneos, aun cuando no lo sean en el caso concreto. La concepción contraria equivaldría, prácticamente, a la opción, no aceptada por el legislador, de la despenalización de la tentativa, pues desde una perspectiva *ex post* toda tentativa implica, en cierto modo, un error de su autor sobre la idoneidad de su acción.

Lleva razón el Ministerio Fiscal en su alegato y este segundo motivo también ha de ser estimado.

Cuarto. El Ministerio Fiscal concluye que el acusado debe ser condenado por un delito de estafa en los artículos 248 y 249 en concurso del artículo 77 con un delito de falsedad del artículo 392 CP, y añade que por respeto al principio acusatorio no se solicita la condena por el artículo 250, número 3 CP.

Lleva razón el Ministerio Fiscal en sus dos conclusiones.

Es doctrina de esta Sala que la figura agravada del artículo 250.1.º 3.º del Código Penal engloba a todos los medios de pago o crédito más usuales en el tráfico mercantil. Con ello el legislador ha querido poner el acento agravatorio en el hecho de la mayor facilidad que supone la utilización de estos medios para hacer prosperar la maniobra defraudatoria o engañosa, en cuanto que supone valerse de un instrumento formal que es de uso corriente en las relaciones financieras o de cambio. El que se vale de estos medios aparenta una situación de crédito que no responde a la realidad y

por ello no sólo defrauda, sino que pone en peligro la fiabilidad y credibilidad del tráfico mercantil (SSTS de 10 de diciembre de 2001 y de 13 de mayo de 2002).

En reciente sesión plenaria, no jurisdiccional, celebrada el pasado 8 de marzo de 2002, esta Sala acordó que la falsificación de un cheque para cometer estafa debe sancionarse como concurso de delitos de los artículos 250.1.3.º y 392 CP.

Al no poderse aplicar la estafa agravada, por no haber sido objeto de acusación, el concurso hay que referirlo a la estafa genérica de los artículos 248 y 249 CP.

Para la individualización de las penas correspondientes, impuestas por separado como más favorables (art. 77.3 CP), se consideran adecuadas las solicitadas por el Ministerio Fiscal en la instancia, que son, en definitiva, las que se solicitan ahora en el recurso, esto es, la de un año de prisión y multa de seis meses con cuota/día de 500 pesetas por la falsedad y cuatro meses de prisión que se sustituirá (artículo 71 CP) por multa de ocho meses con cuota/día de 500 pesetas por el delito de estafa en grado de tentativa.

(Sentencia de 2 de julio de 2002)

ARTÍCULO 252

Diferencias entre delito de apropiación indebida e ilícito civil

Tercero. En el segundo motivo, con sede procesal en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia infracción de Ley «por aplicación indebida del artículo 252, en relación con el 249 del Código Penal, al tipificar como un delito continuado de apropiación indebida una situación antijurídica civil».

Alude la parte recurrente a la dificultad de trazar la línea divisoria entre el dolo penal y el antijurídico civil en este tipo de conductas y sostiene que, en el presente caso, existe únicamente un fallido económico: «sólo es de observar en el presente supuesto una actitud de antijurídica civil, basándonos aún más en la existencia de que la deuda, posiblemente, basada en una actitud de imprudencia involuntaria de nuestro poderdante, fue asumida por el mismo reconociendo aquella [...]».

En definitiva, como se advierte claramente por la simple lectura del motivo, la parte recurrente no cuestiona la relación existente entre el acusado y la Comunidad de propietarios de la finca urbana que administraba ni tampoco las cantidades que el mismo debió haber entregado a la propiedad como consecuencia de la referida administración. Únicamente se viene a cuestionar el ánimo o intención con que el acusado se quedó con ellas.

Ciertamente no siempre resulta fácil de señalar la línea que permite separar el incumplimiento contractual del delito de apropiación indebida. La doctrina y la jurisprudencia suelen decir que, en el primer supuesto, no existe una voluntad de apropiación, sino solamente un retraso o una imposibilidad transitoria de cumplir la obligación de devolver, mientras que en el segundo existe el propósito de hacer la cosa propia (*rem sibi habendi*), incorporándola al patrimonio de sujeto (v. Sentencia de 26 de octubre de 1992). Incluso, no es preciso, para la comisión de este delito, un ánimo de enriquecimiento, pues basta para ello el propósito de adquirir sobre el dinero que se administra un poder de disposición en un sentido contrario a la finalidad de una administración leal del mismo (v. Sentencia de 12 de mayo de 2000).

En el presente caso es patente que el acusado –administrador, durante varios años, de la finca urbana de autos– dejó de ingresar en la cuenta de la Comunidad de

propietarios de la misma o de entregar directamente a éstos las cantidades que se reflejan en el relato histórico de la Sentencia recurrida y que pertenecían a la propiedad del inmueble. La distinta procedencia de tales cantidades y la indudable importancia tanto de los diferentes sumandos como de la suma total dejada de entregar a la misma (más de catorce millones de pesetas), la realidad –no discutida– de que el acusado no ha devuelto nada a la Comunidad de propietarios ni ha acreditado, en forma alguna, la razón de ello, ni tampoco un propósito serio de hacerlo en el futuro, junto al largo período de tiempo de su administración, permiten inferir razonablemente la concurrencia del ánimo de apropiación cuestionado.

Por todo lo dicho, no es posible apreciar la infracción legal que se denuncia en el motivo que, consiguientemente, debe ser desestimado.

(Sentencia de 8 de marzo de 2002)

ARTÍCULO 257

Alzamiento de bienes. Elementos: perjuicio real y efectivo para el deudor

Segundo. 2. El delito de alzamiento de bienes constituye una infracción del deber de mantener íntegro el propio patrimonio como garantía universal en beneficio de cualquier acreedor (art. 1.911 del Código Civil). Aparece sucintamente definido en los artículos 519 CP 1973 y 257.1.º CP 1995 que utilizan dos expresiones muy ricas en su significación, conforme han sido reiteradamente interpretadas por la doctrina y por la jurisprudencia de esta Sala: «alzarse con sus bienes» y «en perjuicio de sus acreedores».

Prescindiendo del concepto tradicional que tuvo en nuestra historia, referido al supuesto de fuga del deudor con desaparición de su persona y de su patrimonio, en la actualidad alzamiento de bienes equivale a la sustracción u ocultación que el deudor hace de todo o parte de su activo de modo que el acreedor encuentre dificultades para hallar algún elemento patrimonial con el que poder cobrarse.

Tal ocultación o sustracción, en la que caben modalidades muy diversas, puede hacerse de modo elemental apartando físicamente algún bien de forma que el acreedor ignore dónde se encuentra o, de modo más sofisticado, a través de algún negocio jurídico por medio del cual se enajena alguna cosa en favor de otra persona, generalmente parientes o amigos, o se constituye un gravamen o se sustrae algún elemento del activo patrimonial de modo que se impida o dificulte la posibilidad de realización ejecutiva, bien sea tal negocio real, porque efectivamente suponga una transmisión o gravamen verdaderos pero fraudulentos, como sucede en los casos tan frecuentes de donaciones de padres a hijos, bien se trate de un negocio ficticio que, precisamente por tratarse de una simulación, no disminuye en verdad el patrimonio del deudor, pero en la práctica impide la ejecución del crédito porque aparece un tercero como titular del dominio o de un derecho que obstaculiza la vía de apremio.

La expresión «en perjuicio de sus acreedores», que utilizan los mencionados artículos, ha sido siempre interpretada por la doctrina de esta Sala no como exigencia de un perjuicio real y efectivo en el titular del derecho de crédito, sino en el sentido de intención del deudor que pretende salvar algún bien o todo su patrimonio en su propio beneficio o en el de alguna otra persona, obstaculizando así la vía de ejecución que podrían seguir sus acreedores.

De tal expresión entendida, de este modo, se deducen tres consecuencias:

1.^a Ha de haber uno o varios derechos de crédito reales y existentes, aunque puede ocurrir que, cuando la ocultación o sustracción se produce, todavía no fueran vencidos o fueran ilíquidos y, por tanto, aún no exigibles, porque nada impide que, ante la perspectiva de una deuda, ya nacida pero todavía no ejercitable, alguien realice un verdadero y propio alzamiento de bienes.

2.^a La intención de perjudicar al acreedor o acreedores constituye un elemento subjetivo del tipo.

3.^a Se configura así este tipo penal como un delito de tendencia en el que basta la intención de perjudicar a los acreedores mediante la ocultación que obstaculiza la vía de apremio, sin que sea necesario que esta vía ejecutiva quede total y absolutamente cerrada, ya que es suficiente con que se realice esa ocultación o sustracción de bienes, que es el resultado exigido en el tipo, pues el perjuicio real pertenece no a la fase de perfección del delito, sino a la de su agotamiento.

La jurisprudencia de esta Sala viene exigiendo ese resultado para la consumación de este delito utilizando la expresión *insolvencia*, y la doctrina encuadra esta infracción junto con los delitos de quiebra y concurso bajo la denominación de *insolvencias punibles*, criterio sistemático que acoge nuestro Código Penal vigente al incluir todos ellos en el mismo capítulo VII del título XIII del libro II CP bajo la denominación «De las insolvencias punibles», de modo semejante al CP 1973.

Conviene precisar que como resultado de este delito no se exige una *insolvencia real y efectiva*, sino una verdadera ocultación o sustracción de bienes que sea un obstáculo para el éxito de la vía de apremio. Y por eso las Sentencias de esta Sala, que hablan de la *insolvencia* como resultado del alzamiento de bienes, siempre añaden los adjetivos *total o parcial, real o ficticia* (Sentencias de 28 de mayo de 1979, 29 de octubre de 1988 y otras muchas), porque no es necesario en cada caso hacerle la cuenta al deudor para ver si tiene o no más activo que pasivo, lo cual no sería posible en muchos casos precisamente por la actitud de ocultación que adopta el deudor en estos supuestos.

Desde luego, no se puede exigir que el acreedor, que se considera burlado por la actitud de alzamiento del deudor, tenga que ultimar el procedimiento de ejecución de su crédito hasta realizar los bienes embargados (Sentencia de 6 de mayo de 1989), ni menos aún que tenga que agotar el patrimonio del deudor embargándole uno tras otro todos sus bienes para, de este modo, llegar a conocer su verdadera y real situación económica.

Volvemos a repetir: lo que se exige como resultado en este delito es una efectiva sustracción de alguno o algunos bienes, que obstaculice razonablemente una posible vía de apremio con resultado positivo y suficiente para cubrir la deuda, de modo que el acreedor no tiene la carga de agotar el procedimiento de ejecución, precisamente porque el deudor con su actitud de alzamiento ha colocado su patrimonio en una situación tal que no es previsible la obtención de un resultado positivo en orden a la satisfacción del crédito.

Por lo tanto, producida la ocultación de bienes con intención probada de impedir a los acreedores la ejecución de sus derechos, ya no es necesario ningún otro requisito para la existencia de este delito.

Ahora bien, es incompatible este delito con la existencia de algún bien no oculto y conocido, de valor suficiente y libre de otras responsabilidades, en situación tal que permitiera prever una posible vía de apremio de resultado positivo para cubrir el importe de la deuda, porque en ese caso aquella ocultación no era tal y resultaba inocua para los intereses ajenos al propio deudor, y porque nunca podría entenderse

en estos supuestos que el aparente alzamiento se hubiera hecho con la intención de perjudicar a los acreedores, pues no parece lógico estimar que tal intención pudiera existir cuando se conservaron otros elementos del activo patrimonial susceptibles de una vía de ejecución con perspectivas de éxito.

En conclusión, el concepto de insolvencia, en cuanto resultado necesario exigido para el delito de alzamiento de bienes, no puede separarse de los adjetivos con los que la jurisprudencia de esta Sala lo suele acompañar, total o parcial, real o ficticia, y debe referirse siempre a los casos en los que la ocultación de elementos del activo del deudor produce un impedimento o un obstáculo importante para una posible actividad de ejecución de la deuda, de modo tal que sea razonable prever un fracaso en la eventual vía de apremio. En definitiva, algo que se encuentra ínsito en el mismo concepto de alzamiento de bienes en perjuicio de los acreedores y que no puede constituir un elemento del tipo nuevo a añadir a la definición del artículo 257.1.1.º del Código Penal actual (519 CP anterior), salvo que se entienda en la forma antes expuesta.

Así se viene pronunciando esta Sala con reiteración. Véanse las recientes Sentencias de 27 de abril de 2000 y 12 de marzo de 2001, entre otras muchas.

(Sentencia de 11 de marzo de 2002)

ARTÍCULO 270

Propiedad intelectual: Sin la determinación del perjuicio típico no es posible considerar realizado el tipo

Tercero. [...] Las consideraciones del recurso respecto de la prueba documental carecen de toda virtualidad. Sin embargo, es innecesaria su consideración, dado que sin la determinación del perjuicio típico no es posible considerar realizado el tipo del artículo 270 CP. Ni en los hechos probados ni en los fundamentos jurídicos la Audiencia ha establecido de dónde surge la ajenidad de los derechos supuestamente afectados por las emisiones, toda vez que no se ha demostrado que exista un titular de la película «Lobo» o de las otras películas que se dicen «repicadas» halladas en el domicilio de los acusados. La identificación de los titulares del derecho es esencial para poder comprobar si éstos otorgaron o no la correspondiente autorización que podría excluir la realización del tipo. La propia resolución de la Audiencia respecto de quiénes serían los titulares de la indemnización de 7.350 pesetas que establece en el fundamento jurídico quinto demuestra que al momento de dictar Sentencia no se había determinado quién era y, por lo tanto, si existía un productor perjudicado. Es evidente que de una instrucción insuficiente y de unas acusaciones poco diligentes en la comprobación de los elementos del tipo, no podía surgir sino una sentencia errónea como la que está ahora en consideración. Una Sentencia condenatoria carece de toda justificación jurídica y lógica cuando un elemento esencial de la tipicidad debe ser demostrado en la fase de ejecución de la Sentencia, dado que todos los elementos de la tipicidad deben quedar acreditados antes de dictar Sentencia.

(Sentencia de 2 de octubre de 2002)

Artículo 284

Maquinaciones para alterar el precio de las cosas: bien jurídico protegido y exigencias del tipo objetivo

Primero. Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por haber infringido el artículo 540 del Código Penal de 1973 ó 284 del Código Penal vigente.

1. Sostiene que alguno de los hechos constituyen un delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas, en el que el bien jurídico infringido es el intentar alterar los precios que habrían de resultar de la Ley de concurrencia de los títulos y acciones objeto de contratación. Para este delito es necesario que se realicen otras operaciones, como difundir noticias falsas, empleando la violencia, amenaza o engaño, posiblemente con falsedad para tal engaño, conduciendo a error, por lo que se desprende que es un delito complejo o amplio, compuesto de otros delitos como medios o instrumentos para producir la alteración y, por tanto, tiene que servir como criterio para seleccionar los hechos constituyentes del tipo, aunque se penen los distintos delitos (otros tipos) componentes por separado. Estima que los hechos son subsumibles en los artículos citados y debió elegirse dichos artículos, por aplicación del artículo 8.3 del Código actual, en el que se indican que el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones cometidas en aquél.

Por último, señala que la sentencia condenatoria excluye el delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas y el de estafa, condenando en parte por otros delitos que no han sido objeto de acusación por la parte recurrente.

El motivo se refiere fundamentalmente a los casos Dorna y Oasis y Artificios Contables.

2. Los recurrentes pretenden que alguno de los hechos que se declaran probados y a los que se ha hecho mención en el apartado anterior son constitutivos de un delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas, previsto en el artículo 540 del Código Penal de 1973 o en el artículo 284 del Código Penal vigente.

El Código derogado incluía las diversas modalidades de maquinaciones para alterar el precio de las cosas en el título XIII dentro de la rúbrica general de delitos contra la propiedad. El vigente Código incluye también esta modalidad delictiva en el título XIII pero con la extensión de la protección jurídica al patrimonio y al orden socioeconómico, encuadrando el artículo 284 en la sección correspondiente a los delitos relativos al mercado y a los consumidores.

En la redacción de ambos tipos se observan algunas modificaciones o adiciones. Se mantiene, como denominador común de la actuación delictiva, la difusión de noticias falsas y el empleo de violencia, amenaza o engaño, pero mientras el Código derogado añadía una cláusula analógica de cierre, excesivamente genérica: «usando de cualquier otra maquinación», el Código vigente, con acertado criterio, la elimina e introduce como forma comisiva la utilización de información privilegiada.

3. Ahora bien, el problema doctrinal subyacente es el de la determinación del bien jurídico protegido. Así, por algún sector se habla de la protección del «patrimonio personal de los ciudadanos». También se sitúa la protección sobre los precios que resultarían en un sistema económico de libertad de mercado y de libre concurrencia.

No faltan referencias a la libertad de contratación y al libre juego de los tráficos económicos.

Posiciones mixtas conjugan la protección del propio patrimonio con valores de más compleja caracterización y de cierta naturaleza comunitaria.

Desde una perspectiva economicista, se habla de la protección de la libre competencia y de la garantía de una concreta política de precios.

La escasísima jurisprudencia sobre esta materia en relación con el anterior Código hacía una referencia significativa a la distinción entre los precios naturales de los precios artificiales fijados por la Administración (STS de 11 de noviembre de 1983).

Actualmente el delito tiene un perfil más amplio y se centra en torno a la protección del mercado y los consumidores como bienes relevantes, que tienen incluso un reflejo constitucional en los artículos 38 y 51. Así se destaca en la Sentencia de esta Sala de 26 de abril de 1997.

4. Las actividades que se describen en relación con los denominados artificios contables o con las operaciones relacionadas con Dorna y Oasis no encajan en las previsiones del tipo de maquinaciones para alterar el precio de las cosas ni en su anterior versión ni en la presente.

El tipo objetivo exige la puesta en marcha de una serie de medios que son en sí mismos delictivos. La violencia o amenaza tienen una entidad propia, que de ninguna manera aparecen configurados en los hechos que se consideran probados. Pudieran ser detectados la concurrencia de información falsa y el uso de información privilegiada, pero resulta evidente que no se encuentra el dolo directo y específico de forzar al alza o a la baja los precios, ya que la finalidad perseguida por los que aparecen como autores de los hechos por los que han sido acusados ha sido la de enriquecerse personalmente, por lo que falta uno de los elementos esenciales del tipo.

No se observa la existencia de maniobras especulativas, dirigidas directamente a alterar el precio de las acciones, en consecuencia no cabe hablar de formas de concurso, ya que, como se ha dicho, lo únicamente detectado es la existencia de delitos patrimoniales en sus modalidades de apropiación indebida o estafa y también pudiera hablarse, como ya ha quedado expuesto, de falsedades documentales en cuentas y balances.

(Sentencia de 29 de julio de 2002)

ARTÍCULO 290

Delito societario. Alteraciones contables: modalidad falsaria

No podemos compartir las tesis expuestas por la Sentencia recurrida, en orden a la inexistencia de una falsedad en documento mercantil, ni a la naturaleza del falseamiento de las cuentas anuales y otros documentos societarios.

En primer lugar, hemos de sentar que, siguiendo la jurisprudencia tradicional de esta Sala, los balances y otros documentos que reflejan la situación de una empresa, cualquiera que sea su entidad y complejidad, son verdaderos documentos mercantiles que no sólo sirven para dar cuenta de la marcha de la empresa, sino que tienen una incuestionable vocación probatoria si la entidad en cuestión se ve abocada, por ejemplo, a un expediente administrativo o un litigio contencioso, en el que se discutan el pago de tributos a la Hacienda Pública, estatal, autonómica y foral.

El propio Código Penal vigente, en el artículo 305, al regular los delitos contra la Hacienda Pública, las califica de verdaderas falsedades al establecer que: «las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales» que se utilicen para cometer los fraudes quedarán exentos de responsabilidad penal por razones indudables de política criminal. Ahora bien, el legislador afirma tajantemente que las irregularidades contables son verdaderas y auténticas falsedades.

La misma consideración tenían en el Código de 1973 (art. 349). Las alteraciones contables no sólo introducen elementos documentales falsos en una actividad que debe desarrollarse con arreglo a la Ley, sino que inducen a error a los destinatarios de información sobre la situación económica, patrimonial o financiera de la sociedad o del grupo empresarial.

6. El interés evidente de que la actividad mercantil, en todas sus facetas, refleje la realidad de la situación económica de las empresas es algo más que un mero formalismo. Importantes sectores doctrinales no han dudado nunca en incluir las falsedades en el grupo de infracciones contra la comunidad social. El bien jurídico protegido por la norma y vulnerado por el infractor no es el privativo de persona alguna, ni tampoco, de modo inmediato, al menos, del Estado, sino de la sociedad o comunidad, cuya fe en el tráfico y en la actividad empresarial se perturba.

Esta valoración cobra una especial singularidad cuando nos encontramos ante los balances de entidades financieras cuya repercusión en la economía nacional es de tal intensidad que sus crisis pueden afectar seriamente a la estabilidad económica del sistema.

Por ello, como apunta certeramente la parte recurrente, gran número de disposiciones legales cuidan especialmente de que estos documentos mercantiles reflejen de manera exacta y fiel la vida económica de la empresa.

El Código de Comercio (art. 42) y las Leyes de Sociedades Anónimas (arts. 171, 189 y Sección Quinta del capítulo IV de la Ley) y de Responsabilidad limitada (artículo 84) establecen los criterios de formulación de las cuentas anuales y balances. Su consideración como instrumentos de publicidad frente a terceros se recoge en el capítulo III del título III del Reglamento del Registro Mercantil, artículos 329 a 342.

De manera más concreta y específica se impone la remisión o comunicación de balances periódicos, que reflejan la situación patrimonial contable de la sociedad a las autoridades monetarias y del mercado de valores (capítulo III, Sección Segunda de la Circular 4/1991 del Banco de España y en especial la norma cuadragésima novena, Orden ministerial de 18 de enero de 1991).

Existe una especial preocupación, como ya se ha señalado, porque las cuentas anuales de las empresas reflejen su imagen fiel, en orden a su situación patrimonial, sus operaciones financieras y los resultados de su actividad empresarial (art. 34.2 del Código de Comercio; artículo 172.2 de la Ley de Sociedades Anónimas y artículo 84 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada).

Refuerza esta exigencia la Ley sobre la Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en cuyo artículo 4.f) se considera infracción muy grave el hecho de «carecer de la contabilidad exigida legalmente o llevarla con irregularidades esenciales que le impidan conocer la situación patrimonial y financiera de la entidad».

La misma Ley, en su artículo 4.i), hace referencia a la falta de veracidad en los datos o documentos que deban remitirse o sean requeridos por la autoridad administrativa y concede una especial importancia, en el artículo 4.j), al incumplimiento del deber de fidelidad informativa debida a los socios, depositantes, prestamistas y al público en general, siempre que, por el número de afectados o por la importancia de la información, tal incumplimiento pueda estimarse como especialmente relevante.

Como se ha señalado por un sector de la doctrina, corresponde al Derecho Penal la protección del tráfico jurídico documentado y de los intereses patrimoniales de las sociedades, los socios y de quienes se relacionan con aquéllas. Es necesario, además, proteger otros intereses estrechamente relacionados con los anteriores y que afectan al propio sistema financiero y a la estabilidad de las bases de la economía nacional.

Nos encontramos ante incuestionables falsedades documentales, que merecen una especial sanción, bien en el campo genérico de los delitos falsarios o en el más específico de los delitos societarios.

7. La fidelidad de los balances y cuentas, no sólo es una exigencia legal, sino una obligación profesional de los titulares y responsables de las empresas, que se ve reforzada en los tiempos actuales por la libertad de mercados y por la libre competencia. Tienen por objeto salvaguardar la seguridad jurídica y la confianza legítima de todos los sectores sociales y financieros, interesados en la realidad de la situación económica de las empresas, con las que establecen relaciones comerciales.

Se ha dicho, que una sistemática distorsión de la información constituye una seria amenaza para la confianza en el propio sistema económico, creando riesgos de desestabilización de incalculables consecuencias. Por ello creemos que la intervención del Derecho Penal, en los casos en que las cuentas y balances no responden a la verdadera situación de las empresas, está plenamente justificada, ya que nos encontramos ante una actividad falsaria, que alterando elementos esenciales de documentos mercantiles, lesiona y vulnera bienes jurídicos, que no pueden quedar desamparados, ya que como hemos dicho afecta a los intereses de la comunidad.

8. La legislación derogada castigaba, sin ningún género de dudas, la falsedad ideológica en documento mercantil y sobre todo cuando el documento era elaborado o producido por la persona o entidad, que hacía constar en él o incorporaba a su contenido como ciertos, hechos que no lo son. Las varias sentencias que se citan por la parte recurrente para confirmar esta tesis ponen de relieve que la alteración de la veracidad o autenticidad del documento produce la lesión de la confianza pública en su realidad y altera sustancialmente la credibilidad del tráfico mercantil.

9. Trasladando estas conductas al vigente Código Penal, observamos que el legislador ha querido destipificar algunas actividades falsarias, cometidas por particulares, como las que se derivan de faltar a la verdad en la narración de los hechos, sin que dicha conducta pueda extenderse a todos los supuestos en los que el mismo sujeto es a la vez el confeccionador y redactor íntegro del documento.

Ahora bien, esta postura que se refleja en el artículo 392 del Código Penal no supone una derogación general de la falsedad ideológica, sino que refleja la aceptación de una línea doctrinal y jurisprudencial que, en los supuestos clásicos y genéricos de la falsedad ideológica, faltar a la verdad en la narración de los hechos, manifestando a un tercero encargado de la redacción del documento datos inexactos, propugnaba y propugna reducir el radio de acción de la respuesta penal. Sin embargo se mantiene la punición de aquellos casos en los que la verdad incide sobre bienes jurídicos transcendentales que el legislador ha querido tutelar de una manera específica.

En el artículo 290 del Código vigente se recoge de manera específica una modalidad de falsedad incuestionable, que consiste en alterar los balances y cuentas anuales o cualquier otro documento que deba reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad, que es lo que ha sucedido en el caso que estamos examinando.

La protección de los intereses superiores del tráfico económico-financiero ha impulsado al legislador a salvaguardar a la entidad societaria, a los socios o a terceros frente a las maniobras falsarias en la documentación que deba reflejar la situación económica o jurídica de la sociedad, llegando a imponer la pena (uno a tres años de

prisión y multa de seis a doce meses) en su mitad superior, si se llegase a causar un perjuicio económico.

Como ya se ha dicho, a lo largo del Código vigente se mantienen una serie de conductas que se sitúan, en algunos casos, fuera del título de las falsedades y que constituyen verdaderas modalidades falsarias, en que su componente esencial es el de faltar a la verdad en la narración de los hechos. Sin el propósito de agotar el tema, dada la extensión del motivo, podemos señalar la referencia que se hace en el artículo 261, al regular las insolvencias punibles, a la presentación a sabiendas de datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente una declaración de quiebra, concurso o suspensión de pagos. Del mismo modo, en el artículo 382, que se incluye dentro de los delitos relativos al mercado y los consumidores, se castiga a los que hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas, sobre los productos o servicios que ofrecen en sus campañas de publicidad. Por último, haremos referencia al artículo 326 que, al referirse a los delitos contra los recursos naturales o al medio ambiente, establece, como agravante específica, que permite imponer la pena superior en grado, el falseamiento u ocultación de información, sobre los aspectos ambientales de una instalación o industria. Con ello no agotamos todas las modalidades de falsedad ideológica o mudamiento de la verdad, que se recogen a lo largo del texto del nuevo Código Penal.

10. No obstante existen dificultades técnicas para admitir, como postula la parte recurrente, la continuidad delictiva, tanto si consideramos aplicable el antiguo Código como el vigente artículo 290 del Código Penal, ya que la propia decisión de alterar o falsear la verdadera situación económica o jurídica de la sociedad, supone la existencia de un previo plan o diseño de ejecución que va implícito en la conducta típica. Asimismo, la actividad falsaria necesita, indispensablemente, de una pluralidad de hechos que forman parte del fin último de los sujetos activos (administradores de hecho o de derecho) y que, por su necesaria complejidad, exigen una pluralidad de actuaciones que ya están embebidas en el tipo.

La propia parte recurrente ha reconocido y sostiene que el balance contable constituye, en sí mismo, una unidad que absorbe las variadas alteraciones documentales que es preciso realizar para presentar la situación aparente de una empresa.

En resumen, los hechos, en su identidad sustancial, estaban penados en el antiguo artículo 303 en relación con el artículo 302.4.º y 6.º del Código Penal, pues se trata de una alteración originada por no reflejar la veracidad de la situación económica de la Empresa. Ahora bien, como ya hemos dicho, nos encontraríamos ante una manipulación falsaria de carácter unitario que, de conformidad con lo establecido en el artículo 303, nos llevaría a una pena básica de prisión menor y multa, cuya individualización se hará al dictar la segunda sentencia.

Asimismo, los hechos estarían también penados en el artículo 390.1.º en relación con el 392 del vigente Código Penal como falsedades de particulares, a los que está señalada una pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.

11. En una Junta General de esta Sala, celebrada el día 26 de febrero de 1999, se abordó el alcance de la Reforma del Código Penal de 1995 en relación con la supresión del delito de falsedad ideológica cometida por particulares. En este punto ya una Sentencia de 13 de junio de 1997, en relación con unas facturas falsas, se dijo que, además de vulnerar la norma que prohíbe poner en circulación documentos en los que la declaración contenida en ellos no corresponde al que la asume, nos encontramos ante un documento inauténtico. También se afirma la existencia de falsedad cuando en un documento mercantil se atribuye a personas jurídicas o físicas unos datos que no se corresponden con la realidad, produciendo una falsedad material por simulación, que puede ser subsumida en el artículo 390.1.2.º del Código Penal. Asi-

mismo se puede valorar la existencia de una modalidad de alteración en elementos o requisitos esenciales de un documento (art. 390.1.1.º CP), cuando se introducen en el mismo datos inexactos.

De todo ello se desprende que la conducta que se refleja en el apartado de Artificios Contables era delito de falsedad en el Código de 1973 y lo sigue siendo en el actual.

12. Ahora bien, no podemos olvidar que, en materia de falsedades contables, el Código vigente, en el artículo 290, castiga de manera específica, y por tanto preferente, por aplicación del principio de especialidad, el falseamiento de las cuentas anuales o de otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, contemplando una pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses, que se impondrán en la mitad superior si se causare un perjuicio económico importante.

De la conjugación de todas estas posibilidades penológicas se llega a la conclusión de que la disposición más favorable para los acusados sería la contemplada en el artículo 303 en relación con el 302.4.º y 6.º del Código Penal de 1973 que, además era el vigente en el momento de la comisión de los hechos, por lo que, sin perjuicio de las posibilidades que nos proporciona el nuevo Código, debemos atenernos a su contenido.

13. Ya hemos expuesto la trascendencia y relevancia que para la economía nacional tiene la fiabilidad, veracidad y transparencia del funcionamiento de las sociedades, si bien debemos reconocer que sus repercusiones sobre la vida económica de un país no son las mismas en una sociedad de pequeño volumen que, en una entidad financiera o industrial de las características o importancia que tiene, la que es objeto de enjuiciamiento en la presente causa.

Por ello estimamos, y así lo sugerimos, que sería conveniente una modificación del artículo 290 vigente, estableciendo una franja punitiva que, partiendo del mínimo actualmente señalado (un año de prisión), pudiese llegar hasta cotas mucho más elevadas, con objeto de individualizar, más adecuadamente, la pena y de ajustarse al principio de proporcionalidad, en función de las repercusiones que las alteraciones contables tengan sobre la economía nacional.

La necesidad de contemplar las múltiples variantes está reconocida de manera indirecta en el artículo 296 del actual Código. Al referirse a la persecución de esta clase de delitos, establece, con carácter general, que sólo serán perseguibles, mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, añadiendo que, cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida también podrá denunciar el Ministerio Fiscal. Ello implica que nos encontramos ante un delito prácticamente privado, en cuanto que se deja su persecución a la persona agraviada. Esta postura pudiera tener su justificación en los casos en que la trascendencia económica de la manipulación contable no sea relevante para la economía nacional, sin olvidar que, como señala algún sector de la doctrina, en los supuestos en que no se produzca la persecución pudiera producirse la situación que, en la doctrina alemana, se conoce como «vuelta a la vida» y que haría entrar en juego a los preceptos genéricos de la falsedad y fundamentalmente al artículo 390.1.º del Código Penal en relación con el 392.

De manera expresiva, el propio legislador, en el artículo 296.2, elimina el requisito de la denuncia previa, cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas, lo que evidencia que nos encontramos ante una situación, con perfiles y trascendencia diferente, que debería ser objeto de una punición más elevada que la que se contempla en el actual artículo 290 del Código Penal.

Por último quisiéramos hacer referencia a que, si bien el legislador ha delimitado el ámbito de los autores o sujetos activos a los administradores de hecho o de derecho, no puede olvidarse, como se ha puesto de relieve en acontecimientos muy recientes que han tenido una trascendencia informativa universal, que no se debe descartar la posibilidad de la participación, por cooperación necesaria, de las entidades auditoras que al realizar la fiscalización externa de la contabilidad colaboran y se prestan a la formación de unas cuentas anuales o balances falseados.

Por lo expuesto, el motivo debe ser estimado.

(Sentencia de 29 de julio de 2002)

ARTÍCULO 295

La colisión entre el artículo 295 y el 252, dos modalidades tipológicas distintas de un mismo delito de apropiación indebida, debe resolverse por la vía del artículo 8.4 (precepto que imponga mayor sanción)

Primero. (...) 3. Por otro lado, la pretensión del recurrente implicaría una nueva valoración de los documentos, que el Tribunal de origen ya ha efectuado con los resultados que la sentencia refleja.

Pero todavía más; si con la modificación de hechos probados se intenta propiciar la aplicación o inaplicación de un precepto penal sustantivo, en el presente caso carecería de sentido, o mejor, entraría en contradicción con la petición formulada en el motivo primero de que se condene al acusado por delito del artículo 295 del CP.

La condena por tal precepto excluiría la de la apropiación indebida, dada la semejanza e identidad de ambos preceptos, sobre los que esta Sala ha comparado, en trance de delimitar su alcance aplicativo, a dos círculos secantes, cuasi-coincidentes en su contenido.

El tipo del artículo 295 del CP, en su modalidad de «disposición fraudulenta de bienes», entra en concurso normativo con el delito de apropiación indebida del artículo 252 del CP, pues lo que en el primero se castiga no es sino una apropiación indebida, con la particularidad de que la realiza el administrador o socio, y el perjuicio recae sobre las personas o entidades que poseen intereses en la Sociedad. Pero como quiera que el artículo 252 no establece una tipificación especial del sujeto activo, ni distingue perjudicados, también encajaría en él el tipo delictivo, siempre que el valor de lo apropiado o sustraído excediera de 50.000 pesetas

La colisión entre el artículo 295 y el 252, dos modalidades tipológicas distintas de un mismo delito de apropiación indebida, y que más de una vez resultarán simultáneamente aplicables, debe resolverse por la vía del artículo 8.4.º (precepto que imponga mayor sanción), según ha dejado sentado la doctrina de esta Sala (véanse SSTs de 26 de febrero de 1998; 3 de abril de 1998, 17 de octubre de 1998, 12 de mayo de 2000 y 12 de julio de 2000).

Tampoco es correcto jurídicamente dislocar o descomponer la conducta del acusado, contemplando por una parte el delito continuado de apropiación indebida, referido a los fondos administrados, y la apropiación indebida del nombre comercial que es otro elemento más, con valor patrimonial, de esos fondos, cuya apropiación también se le imputa. La sucesión de leyes, por cambios legislativos (arts. 535 CP

de 1973 y 252 del actual), no debe impedir la estimación del delito continuado del artículo 74 (art. 69 bis).

El motivo debe decaer.

(Sentencia de 31 de enero de 2002)

Administración desleal versus apropiación indebida: en la apropiación indebida se tutela el patrimonio de las personas físicas o jurídicas frente a maniobras de apropiación o distracción en beneficio propio, mientras que en la administración desleal se reprueba una conducta societaria que rompe los vínculos de fidelidad y lealtad que unen a los administradores con la sociedad

Vigesimooctavo. Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1.º la LECrm, estimándose infringido el artículo 24 del Código Penal de 1973 (art. 2.2 del Código Penal vigente) con relación al artículo 295 del Código Penal de 1995 indebidamente preterido al aplicar la sentencia el artículo 535 del Código Penal de 1973.

1. El motivo sostiene la tesis de que entre dos preceptos de muy distinto ámbito temporal, como lo son el artículo 535 (Código Penal de 1973) y el artículo 295 (Código Penal de 1995), sólo cabe suscitar el problema de la sucesión en el tiempo de los respectivos tipos penales que, excepto en el caso de la ultractividad de las leyes temporales (art.2.2 del vigente Código Penal), nuestro Código resuelve a favor de la Ley Penal posterior más benigna, si se dan los supuestos de la retroactividad (art. 24 del Código Penal de 1973 y art. 2.2 del Código Penal vigente).

Señala que al no subsumirse la conducta imputada al recurrente en el presupuesto de hecho del artículo 535 (Código Penal de 1973) y sí, por el contrario, en el artículo 295 (Código Penal vigente) procede la aplicación retroactiva de este último por ser Ley posterior más favorable al reo a tenor de lo dispuesto en el artículo 24 del Código Penal de 1973 y 2.2 del vigente.

2. La sentencia recurrida condena al recurrente por un delito de apropiación indebida previsto en el artículo 535 del Código Penal de 1973 en relación con los artículos 529.7.º y 528 del mismo texto legal. En su razonamiento mantiene que los hechos de autos podrían calificarse, tanto con arreglo al artículo 535 como al 295, no obstante, al tratarse de un concurso de leyes aplica el precepto más severo (artículo 535 del Código Penal, texto refundido de 1973) a tenor de lo dispuesto en la regla IV del artículo 8 del Código Penal vigente (relación de alternatividad).

Desde hace un cierto tiempo surgió un debate en el seno de la doctrina, alentado por algunas resoluciones jurisprudenciales, sobre la conveniencia de crear una figura delictiva de administración desleal que rellenase algunas lagunas observadas en concretas situaciones en las que era necesario forzar los tipos tradicionales de la estafa y de la apropiación indebida para evitar la impunidad de determinadas conductas.

Parece que existe práctica unanimidad en la doctrina, a la hora de considerar que la administración desleal no es una apropiación indebida, a pesar de que en ambos supuestos se exige o está presente un resultado perjudicial económicamente evaluable.

3. La cuestión ha sido abordada en la Sentencia de esta Sala de 26 de febrero de 1998, en un supuesto de hecho distinto, que también afectaba al mismo acusado y a la Entidad Financiera Banco Español de Crédito, conocido como caso Argentinia Trust y en ella se afirma que ha de tenerse en cuenta que el viejo artículo 535 no ha

sido sustituido por el nuevo artículo 295, sino por el 252, que reproduce sustancialmente, con algunas adiciones clarificadoras, el contenido del primero de los citados, por lo que en la nueva normativa subsiste el delito de apropiación indebida con la misma amplitud —e incluso con una amplitud ligeramente ensanchada— que tenía en el Código Penal de 1973.

Se dice en la citada sentencia que será inevitable, en adelante, que ciertos actos de administración desleal o fraudulenta sean subsumibles, al mismo tiempo, en el artículo 252 y en el artículo 295 del Código Penal 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. En el caso de que se produzca lo que en dicha sentencia se considera como un concurso de normas, se debe resolver con arreglo al artículo 8.4 del Código Penal, optando por el precepto que imponga la pena más grave.

4. Sin perjuicio de estar de acuerdo con la solución dada, en aquel caso concreto a la cuestión planteada creemos que debe hacerse algunas matizaciones respecto a la identidad parcial o a la diferencia radical, entre los delitos de apropiación indebida, cometidos por los administradores de hecho o de derecho en una sociedad y las administraciones desleales, en que las mismas personas puedan incurrir.

Adhiriéndonos, por su grafismo y expresividad a la metáfora de los círculos, estimamos que la figura geométrica más adecuada para representar las diferencias entre la administración desleal y la apropiación indebida resultaría de tensar sus extremos y convertirlos en círculos tangentes.

El administrador se sitúa en el punto de contacto o confluencia entre ambos círculos y desde esta posición puede desarrollar diversas y variadas conductas. En el caso de que proceda ajustándose a los parámetros y normas marcados por los usos y necesidades de la sociedad que administra, comportándose fiel y lealmente, su postura resulta como es lógico atípica. Tampoco nos encontraríamos ante ninguna figura delictiva en los casos en que el administrador realiza operaciones erróneas o de riesgo que entran dentro de las previsiones normales de desenvolvimiento del mundo mercantil.

Si, por el contrario el administrador no sólo incumple los deberes de fidelidad sino que actúa, prevaleciendo de las funciones propias de su cargo, con las miras puestas en obtener un beneficio propio o de procurárselo a un tercero, el comportamiento tiene los perfiles netos de una administración desleal. Este beneficio propio o de tercero del que habla el artículo 295 del Código Penal no supone ingresar en el patrimonio propio bienes pertenecientes a la sociedad, bastando simplemente con procurarse alguna utilidad o ventaja derivada de su comportamiento desleal. Esta conducta puede venir determinada por el hecho de que terceros o normalmente competidores le proporcionen dinero o cualquier otro tipo de utilidad por faltar a los deberes propios de su cargo. En este caso nos encontraríamos ante una especie de cohecho pero cometido por particulares. La utilidad o ventaja puede tener cualquier otra forma o revestir diferentes modalidades, como puede ser el proporcionarle una colocación o empleo sustancialmente retribuido en otras empresas o actividades que directa o indirectamente hayan resultado beneficiados. También se puede hablar de beneficio propio cuando se busca una posición más ventajosa dentro del entramado societario que se administra, pero insistimos sin que se produzca apropiación del patrimonio social, incluso pudiera comprenderse dentro de este concepto de beneficio que configura la administración desleal los usos temporales ilícitos de bienes, posteriormente restituidos y que, por tanto, aun proporcionando beneficios no constituyen una definitiva apropiación indebida.

El elemento objetivo del tipo contempla la realización material de estas conductas de administración desleal a través de la disposición fraudulenta de bienes o contrayendo obligaciones con cargo a la sociedad que originan un perjuicio económicamente evaluable a los socios depositantes, cuentapartícipes o titulares de bienes, valores o capital que administren. El legislador, en lugar de fijar la multa en relación con el perjuicio económico causado, toma en consideración el beneficio obtenido estableciendo una multa del tanto al triple de dicha suma. Ello pone de relieve que el elemento esencial del tipo que es el beneficio, no consiste en el apoderamiento de la totalidad o parte del patrimonio de la sociedad administrada.

5. Por último, cuando el administrador, prevaleciéndose, como es lógico, de su cargo y de su posición en la entidad societaria, realiza actos materiales encaminados a la adjudicación en beneficio y lucro propio de bienes pertenecientes a la sociedad, nos encontramos con un típico delito de apropiación indebida absolutamente diferenciado de la administración desleal. A estos efectos resulta indiferente que la apropiación recaiga sobre bienes muebles o valores, o sobre dinero.

Es, por tanto, más grave la conducta del administrador que se apropia de los bienes administrados que la del que los administra deslealmente y causa así un perjuicio económico a la sociedad.

6. Resumiendo todo lo anteriormente expuesto, afirmamos que en la apropiación indebida se tutela el patrimonio de las personas físicas o jurídicas frente a maniobras de apropiación o distracción en beneficio propio, mientras que en la administración desleal se reprueba una conducta societaria que rompe los vínculos de fidelidad y lealtad que unen a los administradores con la sociedad.

La apropiación indebida y la administración desleal reúnen, como único factor común, la condición de que el sujeto activo es el administrador de un patrimonio que, en el caso de la administración desleal tiene que ser necesariamente de carácter social, es decir, pertenecer a una sociedad constituida o en formación.

El reproche penal que se realiza a los autores de un delito de administración desleal, radica esencialmente del abuso de las funciones de su cargo, actuando con deslealtad, es decir, siendo infiel a las obligaciones que como administrador de hecho o de derecho le exigen por un lado, con carácter genérico el artículo 719 del Código Civil y, por otro, y con carácter específico, el artículo 127 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y otros preceptos análogos, que imponen un deber de diligencia y lealtad. Se trata de un delito que se consuma por la realización de las actividades desleales y la consiguiente originación del perjuicio económicamente evaluado.

(Sentencia de 29 de julio de 2002)

ARTÍCULO 301

Ocultar bienes procedentes de un delito de tráfico de drogas

Trigesimocuarto. (...) Entendemos que no existió el delito simple de encubrimiento en ninguna de las modalidades del artículo 451, sino el delito del artículo 301.1 con la agravación específica del párrafo II por referirse a un delito de tráfico de drogas, el llamado blanqueo de bienes o de capitales que, en definitiva, sanciona unas conductas más específicas del encubrimiento y cuya aplicación es obligada por lo dispuesto en la regla 1.ª del artículo 8 del CP, ya que el legislador ha querido penar como delito especial unas conductas que considera más graves que los encubrimientos ordinarios.

Y que el artículo 301 fue bien aplicado en el caso presente es evidente: ocultar en una caja de seguridad más de 23 millones de pesetas para ayudar a un hermano suyo a fin de excluir tal dinero de la posibilidad de embargo por el juzgado, aunque fuere con la finalidad de destinar ese dinero al pago de una fianza para conseguir su libertad, encaja en los términos de tal artículo 301. Fue un acto de ocultación de bienes procedentes de un delito relativo al tráfico de drogas que tenía por finalidad ayudar al delincuente a eludir las consecuencias legales de sus actos.

(Sentencia de 19 de febrero de 2002)

ARTÍCULO 305

Delito de defraudación tributaria o delito fiscal. Personas responsables criminalmente. Los acusados aportaron una mercantil inactiva para utilizarla como empresa interpuesta para ocultar el negocio de compraventa realmente realizado. Diferencias con: economía de opción y fraude de ley

Quinto. Se denuncia infracción de ley, de las del artículo 849.1.º LECrm, por aplicación indebida del artículo 15 bis del Código Penal del 1973, vigente en el momento de los hechos.

El argumento es que la imputación de un delito especial propio, cometido en el ámbito de una persona jurídica, a su administrador, no puede basarse en el simple dato de ostentar formalmente esa condición de administrador. Es necesario que quede acreditada la intervención material del sujeto en el hecho, con acciones u omisiones que permitan sostener la atribución a título de autor.

En este caso, el sujeto pasivo del ITP sería Suelo Patrimonial, S. A., y R. C. sólo podría ser tenido por implicado en esa acción en el supuesto de que pudiera acreditarse alguna intervención material en la misma. A este respecto, se señala, el Tribunal no da por acreditado de quién hubiera sido la idea ni el acuerdo de efectuar la venta de los solares mediante la interposición de Profimar, S. A., aunque sí entiende que el que ahora recurre aceptó esta modalidad de enajenación. Pero, se hace notar, aceptación no equivale a dominio del hecho y tampoco, en consecuencia, a autoría.

Pero, como consta en la sentencia, el propio R. C. reconoció de forma expresa que la venta se concertó entre la familia V. F. y Suelo Patrimonial, S. A., de la que la primera recibió el precio convenido por los terrenos. Por otra parte, la presencia de R. C. es constante en todo el desarrollo de la operación, al punto de que puede decirse que es el verdadero *factótum* de la misma, del lado de la entidad compradora, Suelo Patrimonial, S. A.-Kepro, S. A, en su calidad de consejero delegado; papel directivo eficazmente ejercido, en primera persona, en este caso.

Es por lo que «aceptación», en contra de lo que sugiere la parte, no tiene aquí la significación de asentimiento meramente adhesivo a una decisión ya tomada en otra sede; sino que denota el acuerdo en el modo de llevar a cabo un complejo proceso reflexivamente dirigido a producir y a obtener un ingente beneficio patrimonial, a costa de omitir, en parte altamente significativa, pagos debidos al erario público, por razón de la verdadera naturaleza del negocio efectivamente realizado.

Así, es patente que R. C. contribuyó de forma decisiva a formar la decisión de operar como consta; es decir, de manera preordenada a obtener el beneficio que se ha dicho. De este modo, si fue condenado, ello no se debió a la mera formalidad de la

ostentación del cargo, sino al ejercicio en plenitud de todas las atribuciones propias del contenido del mismo. O lo que es igual, al hecho de haber actuado realmente en representación de la persona jurídica de que se trata. Por tanto, este motivo tampoco resulta atendible.

(...)

Undécimo. Lo que ahora se denuncia es infracción de ley, de las del artículo 849.1.º LECrm, por aplicación indebida del artículo 349 del Código Penal de 1973.

El argumento de apoyo es que en el caso no se dio simulación alguna sino plena coincidencia entre voluntad y declaración. Así, no concurren los elementos del tipo objetivo del delito de defraudación tributaria, en concreto el elemento típico «defraudare» del artículo citado. Entiende, pues, el recurrente que no hubo ocultación del hecho imponible, pues los únicos hechos imponibles fueron la percepción por Inversiones S'Agaró, S. A., de las cantidades correspondientes a la ampliación de capital; y el relativo a la posterior adjudicación de terrenos a Kepro Costa Brava, S. A., al ejercitar ésta su derecho a la separación de la sociedad, con la consiguiente reducción del capital de Inversiones S'Agaró, S. A., Fue en cada uno de los socios (y no en la sociedad) donde emergió realmente el hecho imponible representado por la real percepción de una contraprestación por la renuncia a los derechos de suscripción preferente.

La simulación (relativa) es una suerte de ocultación que se produce generando la apariencia de un negocio ficticio, realmente no querido, que sirve de pantalla para encubrir el efectivamente realizado en violación de la ley. De este modo, lo que distingue a la simulación es la voluntad compartida por quienes contratan de encubrir una determinada realidad (antijurídica). Por eso, frente a la simulación, la reacción del ordenamiento sólo puede consistir en traer a primer plano la realidad jurídica ciertamente operativa en el tráfico, para que produzca los efectos legales correspondientes a su perfil real y que los contratantes trataron de eludir.

En el caso que se examina, el Tribunal ha entendido que lo producido fue un supuesto claro de simulación, debido a que el genuino interés de los implicados no estaba en la ampliación del capital y la incorporación de nuevos socios. Simulación, pues, y no mero fraude de ley, ya que, en el caso de éste, el negocio o negocios realizados son reales. No se trata de ocultar un acto bajo la apariencia de otro, sino, simplemente, de buscar amparo para un acto en una norma que no es la que propiamente le corresponde. Lo que integra el fraude es una conducta que en apariencia es conforme a una norma («norma de cobertura»), pero que produce un resultado contrario a otra u otras o al orden jurídico en su conjunto («norma defraudada»).

Es haciendo uso de este aparato conceptual como debe analizarse la actuación de Inversiones S'Agaró, S. A., en su relación con Kepro Costa Brava, S. A., para ver si es cierto que, como sostiene la Sala de Instancia, lo perseguido realmente a través de la estrategia de relaciones jurídicas puestas en juego fue, en lugar de aumentar el número de socios y el capital social para abordar nuevos proyectos, la compraventa de unos terrenos sin hacer frente a la carga tributaria que debería haberse soportado como consecuencia de esta operación.

A este respecto es un dato revelador que el contrato de 29 de diciembre de 1988, el contrato ficticio que permitiría a Kepro Costa Brava, S. A. —mediante la adquisición y posterior ejercicio del derecho de suscripción preferente de las acciones de nueva emisión—, asumir una posición mayoritaria en Inversiones S'Agaró, S. A., no llegara a suscribirse por todos los socios, debido a un supuesto desacuerdo de fondo. Y que no obstante esto, sorprendentemente (sentencia, folio 40), de manera inmediata, se hubiera otorgado la escritura pública autorizando esa operación, de la que formaba parte el reconocimiento del derecho de separación a favor de la primera enti-

dad, en términos tales que, en caso de ejercitarse, el rescate de las acciones se haría con cargo a los activos de la empresa, significativamente representados por los terrenos, puesto que el dinero pagado por los derechos de suscripción preferente, como se ha dicho, había entrado directamente en el patrimonio personal de cada uno de los socios.

El Tribunal, cargado de razón, halla un potente elemento de corroboración de la hipótesis expuesta en el dato de que, no obstante lo afirmado en el sentido de que la decisión de las entidades implicadas era abordar proyectos –sin duda importantes– de edificación, no haya constancia de que hubiera tenido lugar alguna previsión, y ni siquiera conversación, al respecto. Como, asimismo, en el de que mientras duró la incorporación de Kepro Costa Brava, S. A., como socio no se hubiese abordado ninguna actuación en esa línea. Lo que abona de forma clara el carácter de apariencia atribuido a esa peculiar trama jurídica, que, en fin, produjo un efecto que arroja todavía mayor luz acerca de su verdadera significación. Y es que permitió a los interesados el ahorro de una importantísima cantidad de dinero, que, de otro modo, habrían tenido que pagar para obtener de forma lineal y conforme a derecho el efecto de transmisión de los terrenos en juego. Siendo ésta la operación a la que debe estarse realmente, por imperativo de lo que dispone el citado artículo 25 de la Ley General Tributaria.

Como consecuencia de lo razonado, hay que concluir que existió realmente el elemento típico de la defraudación a la Hacienda Pública, en cuantía muy superior a los 15 millones de pesetas, lo que hace que fuera plenamente correcta la aplicación del artículo 349 del Código Penal de 1973.

Duodécimo. Por el cauce del artículo 5.4 LOPJ, se alega vulneración del artículo 25.1 CE, que consagra el principio de legalidad.

El argumento es que en este caso el Tribunal habría extendido el precepto sustantivo últimamente citado a conductas que materialmente no son constitutivas de «defraudación», lo que supone un ejercicio de la analogía que está vedado cuando se trata de la aplicación de normas penales, pues entra en colisión con el aludido principio y también con el derecho fundamental a la libertad, ya que la consecuencia de la decisión adoptada es una privación de libertad que legalmente no tiene justificación.

En este motivo, como en el anterior, el recurrente razona a partir de la apariencia y negando la realidad negocial subyacente que es la tenida en cuenta por el Tribunal, con inobjetable apoyo probatorio. Puesto que se trata de una reiteración del motivo precedente, no cabe sino remitirse a lo razonado a propósito del mismo.

Décimotercero. La denuncia es de infracción de ley, de las del artículo 849.1.º LECrm, por aplicación indebida del artículo 14.3.º del Código Penal de 1973.

El argumento de apoyo es que no cabe afirmar que el recurrente, con su forma de actuar en los hechos de referencia, hubiera generado un riesgo no permitido, debido a la infracción de deberes propios. Para que pudiera atribuirse a R. C. la condición de partícipe en calidad de cooperador necesario sería preciso que existiera un hecho antijurídico principal cometido por un tercero, al que él hubiera contribuido con una actividad esencial y con dolo de participar.

La sentencia de instancia atribuye al que recurre la cooperación necesaria en dos delitos contra la Hacienda Pública, dada la relevancia de su intervención en las relaciones entre Solares S'Agaró, S. A., y Kepro Costa Brava, S. A., por su posición preeminente en Kepro, S. A., Pues bien, a tenor de la dinámica comisiva sobre cuyas peculiaridades se ha discurredo de forma reiterada y que consta descrita con minuciosidad en la sentencia, es patente que la ocultación del desplazamiento de la titularidad de los terrenos de «Solares S'Agaró» bajo la cobertura de la sofisticada negociación aparente descrita en los hechos probados, no habría podido producirse de no ser merced a la aportación de R. C. en su calidad de consejero delegado de Kepro Costa Brava, S. A., filial de Kepro, S. A.

A partir de estas consideraciones, no cabe duda sobre la pertinencia de la aplicación del precepto sustantivo que se dice infringido. En efecto, el recurrente prestó una contribución sin la que habría sido imposible desplegar la compleja y articulada estrategia negocial bien calificada de aparente, para hacer viable la ocultación del trato efectivamente realizado; y, así, tuvo en su mano la capacidad de decidir al respecto, pues, en el caso concreto, de no haberse dado su aportación los hechos habrían discurrido necesariamente de manera muy distinta; cosa, por lo demás, de la que él —empresario experimentado— fue bien consciente en todo momento.

Se pide en el escrito del recurso un pronunciamiento de este Tribunal sobre «si quien paga una cantidad de dinero a otra persona, incluso teniendo por probable que este segundo procederá a defraudar a la Hacienda Pública en cuanto a los rendimientos obtenidos, puede ser estimado partícipe de un delito de defraudación tributaria».

Pero ocurre que no puede aceptarse el planteamiento del asunto implícito en semejante modo de presentarlo. Pues lo que con amplia base probatoria se reprocha al que recurre no es una concurrencia accidental y desde fuera a la acción defraudatoria de un tercero, sino la participación esencial con plena conciencia y desde dentro en el diseño de ésta, en busca de una finalidad lucrativa, asimismo, compartida. Es por lo que el motivo debe rechazarse.

(...)

Décimoquinto. Se aduce infracción de ley, de las del artículo 849.1.º LECrm, por inaplicación del artículo 6 bis a) del Código Penal de 1973.

Argumenta el recurrente que la participación punible en un delito de defraudación tributaria requiere la constatación de un dolo de participar, así como de un dolo referido a la comisión por el autor principal de un delito de defraudación tributaria. De ambos tendrían que concurrir indicios materiales, que, se dice, en este caso no han estado presentes.

En concreto, se afirma, el hecho de ser el responsable de Kepro, S. A., en España no es razón suficiente para atribuir a R. C. el dolo de participación necesaria en la defraudación. Y tampoco puede reprochársele por ese título el hecho de que Inversiones S'Agaró no hubiera cobrado a esa entidad el IVA correspondiente a la adjudicación de los terrenos, a través del ejercicio del derecho de separación pactado.

En este caso —se reitera en la parte del escrito que se examina—, puesto que la intervención del recurrente se redujo a un sólo hecho, no cabría, en ningún caso, imputarle dos acciones de cooperación necesaria, esto es, dos delitos. Por eso tendría que apreciarse la existencia de un error de tipo (como mínimo vencible) en relación con la participación en los dos delitos, o, cuando menos, en uno de ellos. Lo que llevaría consigo la impunidad de la conducta, puesto que no existe una previsión legal de participación imprudente en el delito de defraudación fiscal.

Para que pueda apreciarse el error de tipo, se requiere el desconocimiento de un elemento relevante del supuesto de hecho descrito en aquél, es decir, la falta de conciencia de que al obrar como se hizo se estuviera realizando la situación prevista en la norma penal como delito.

De este modo, estando acreditada por la prueba la intervención relevante en la situación típica, tendría que estarlo, asimismo, la existencia de datos razonablemente sugestivos de que el correspondiente modo de obrar se produjo sin un conocimiento adecuado de los rasgos caracterizadores de aquélla. Al efecto, es bien conocida la jurisprudencia de esta Sala que exige la acreditación tanto de la existencia del error (SSTS de 13 de junio de 1990, de 22 de enero de 1991 y de 7 de julio de 1997), como, en su caso, del carácter invencible del mismo (SSTS de 28 de marzo y de 30 de junio de 1994).

Pero una vez más hay que poner en cuestión el punto de partida del razonamiento del recurrente, pues lo que se desprende del resultado de la prueba, como consta en los hechos, a los que debe estarse, es que R. C., desde su posición preeminente en el grupo Kepro, participó de la forma relevante que se ha dicho y con plena conciencia de lo que hacía y del fin realmente perseguido en el desarrollo del complejo proceso negocial reiteradamente aludido. No hay, pues, elemento probatorio alguno que permita acoger la hipótesis del recurso en este punto, es decir, que R. C. hubiera podido ser un *partner* ingenuo en tan elaborado *modus operandi* defraudatorio. En efecto, como ya se ha dicho en lo que antecede y razona con plena racionalidad el Tribunal, todo indica que Inversiones S'Agaró, S. A., y la entidad gestionada por el recurrente, con la forma de actuar descrita, sólo persiguieron una finalidad: el desplazamiento de la titularidad de los terrenos a la segunda. Así, y puesto que la consecución de ese resultado en las beneficiosas condiciones fiscales buscadas hacía preciso articular la operación de la forma que consta, es evidente que R. C. fue consciente del alcance antijurídico de cada uno de los pasos dados, en tanto que imprescindibles para obtener el fin defraudatorio reflexivamente perseguido. Es por lo que el motivo debe ser igualmente rechazado.

Decimosexto. Con base en el artículo 849.1.º LECrm, se alega falta de aplicación del artículo 9.10.ª del Código Penal de 1973.

El argumento es que el delito de defraudación tributaria es un delito especial propio, lo que ha de llevar consigo que la sanción del «extraneus» por su participación resulte atenuada, en atención a que sobre él no pesa el deber específico cuyo cumplimiento se procura por la norma. Entiende el recurrente que, dado que no concurre el quebrantamiento de ese deber, no se podría aplicar al extraño el mismo marco legal de pena que corresponde al que sí está afectado por él, procediendo, por tanto, la inferior en grado.

Partiendo de que no existe ninguna duda acerca de la punibilidad en concepto de cooperador necesario del «extraneus» que participa de manera decisiva en la realización del hecho típico, en delitos como los de que aquí se trata (entre otras, STS de 20 de mayo de 1996), tiene razón el recurrente al reclamar una discriminación favorable en el plano de la penalidad, puesto que, en efecto, se da una apreciable diferencia en la intensidad de la afectación del deber según que el sujeto infractor se encuentre o no directamente concernido por él; y, por coherencia, hay que distinguir entre los diversos coeficientes de ilicitud observables en la conducta de uno y otro. Así lo ha entendido esta Sala al decantarse por la aplicación de una atenuante analógica, del artículo 9.10.ª del Código Penal de 1973 (por todas, Sentencia de 20 de mayo de 1996).

Ahora bien, esto resuelto, queda abierto el problema, también planteado por el que recurre, relativo al alcance que deba darse a la atenuación. Esto es, si lo que procede es situar la pena en el grado mínimo o hacerla descender a la inferior en grado. Aquél opta, obviamente por esta segunda posibilidad, pero al respecto es de señalar la existencia de un criterio jurisprudencial que se orienta en la primera dirección (SSTS de 10 de enero y 12 de febrero de 1997), y que tiene apoyo en la disposición del artículo 60.1.º del Código Penal de 1973, puesto que lo que concurre es una sola circunstancia atenuante y no se dan méritos para que sea valorada como muy calificada; ya que, más allá del dato formal de la no concurrencia del deber específico en el extraño, compensado como se ha dicho, lo cierto es que su conducta en este caso, por el grado de elaboración y de conciencia de la antijuridicidad que denota, se hace acreedora de un intenso reproche. De este modo, el recurso debe acogerse en el sentido de imposición de la pena en el grado mínimo.

Recurso de Kepro Costa Brava, S. A.

Primero. Con invocación del artículo 849.1.º LECrm, se denuncia infracción de ley, por aplicación indebida del artículo 349 del Código Penal de 1973, ya que la Sala habría considerado incorrectamente que el conjunto de las operaciones en las que intervinieron Inversiones S'Agaró, S. A., y Kepro Costa Brava, S. A., constituyen dos delitos contra la Hacienda Pública. Y ello porque dichas operaciones no integran una simulación y tampoco un fraude fiscal, y sí sólo una economía de opción, o, en último extremo, un fraude de ley, supuestos en los que no cabe sanción de índole fiscal y menos aún penal.

En el desarrollo del motivo, luego de recoger los argumentos de la sentencia que no se comparten, se describe cada una las modalidades de actuación (economía de opción, fraude de ley, simulación) a que, en principio, podría asimilarse el *modus operandi* que ha sido objeto de enjuiciamiento, en lo que afecta a la parte promotora de este recurso.

La tesis de la recurrente es que las operaciones realizadas entre Inversiones S'Agaró, S. A., y Kepro Costa Brava, S. A., únicamente pueden subsumirse en la figura de la economía de opción, y ello debido a que los negocios celebrados no están prohibidos por el ordenamiento y han desplegado las consecuencias que éste ha previsto para los mismos; dándose, además, una coincidencia entre los efectos de los negocios jurídicos llevados a cabo –ampliación de capital, renuncia de los socios al derecho de suscripción preferente, suscripción por un nuevo socio, ejercicio del derecho de separación y pago mediante la entrega de terrenos– y los de la compraventa. A lo que habría que añadir el carácter real de los flujos económicos, que la que recurre identifica en el hecho de que los accionistas recibieron el importe de la renuncia a su derecho de suscripción preferente.

La llamada economía de opción sólo puede concurrir en aquellos casos en los que el orden jurídico abre al sujeto distintas posibilidades de actuación, a las que podría acomodar la suya propia en función de sus particulares intereses y expectativas. Se trata, así, de un supuesto, en el que resulta indiferente, desde la perspectiva del ordenamiento, que el particular se decante por una u otra de las alternativas posibles, todas igualmente legítimas.

Algo distinto ocurre en los casos de la simulación y del fraude de ley, figuras en todo caso connotadas de ilicitud y caracterizadas –más allá de sus diferencias– porque quien recurre a ellas busca desfigurar en alguna medida ciertas particularidades de su comportamiento a los ojos del orden jurídico. En definitiva, tiene algo que ocultar.

Así, en el caso de la simulación –aquí se trata de la relativa– se da un relevante componente de ocultación, mediante la puesta en escena de alguna apariencia de actividad negocial, sólo dirigida a distraer la atención de los eventuales observadores, para evitar que puedan tomar conocimiento de que lo efectivamente realizado bajo tal pantalla es un negocio que está en colisión con la ley.

El fraude de ley es una forma de «ilícito atípico», en la que, asimismo, se busca crear una apariencia, que aquí es la de conformidad del acto con una norma («de cobertura»), para hacer que pueda pasar desapercibida la colisión del mismo con otra u otras normas defraudadas que, por su carácter imperativo, tendrían que haber sido observadas.

En el caso contemplado, la exclusión del fraude de ley requiere escaso esfuerzo argumental. En efecto, en el desarrollo de esta figura concurre un solo plano empírico de actuación en el tráfico jurídico, y dos planos de legalidad como referencia, con los que se opera tácticamente de la forma que se ha ilustrado. Mientras que en las relaciones entre las dos entidades de que aquí se trata es evidente la presencia de dos pla-

nos de actividad jurídico-mercantil. Pues resulta claramente perceptible a primera vista el desarrollo de una compleja serie de vicisitudes formalizadas de carácter asociativo; y, al mismo tiempo, a tenor del resultado final del cuadro de relaciones entre las dos sociedades, reclama la atención todo un conjunto de datos que han de ser leídos en una clave jurídica rigurosamente diversa, que lleva a la conclusión de que lo concordado y perseguido fue ciertamente una compraventa de terrenos. Acto efectivamente realizado, por el que no se tributó: otro argumento que hace imposible la calificación de fraude de ley.

Descartado este último, los términos de la alternativa son la llamada economía de opción o la simulación. Y, como ya se ha explicado al tratar de otro recurso y no se va a reiterar, es la hipótesis de la simulación la única apta, por su eficacia explicativa, para dar cuenta cabal de lo sucedido en el caso que es objeto de esta causa.

En efecto, aparte de las vicisitudes de auténtica ingeniería jurídico-mercantil, en que se concretan las relaciones de Inversiones S'Agaró, S. A., y Kepro Costa Brava, S. A., no existe ningún dato mínimamente sugestivo de que entre ambas hubiera mediado un proyecto de actividad empresarial con alguna vocación de permanencia; y esto tanto antes como después de la entrada de Kepro Costa Brava, S. A., en Inversiones S'Agaró, S. A., Si se prescinde del interés representado por la adquisición de los terrenos en muy ventajosas condiciones fiscales, a la pregunta sobre qué pudo mover a Kepro Costa Brava, S. A., para integrarse como socio en Inversiones S'Agaró, S. A., no hay respuesta, no obstante la amplitud y riqueza del nutrido cuadro probatorio. Es preciso incorporar el dato de la compraventa para que ese rapidísimo viaje de ida y vuelta adquiera todo su sentido y, más aún, lo cobre también el régimen de cautelas preestablecido para el caso de ejercicio del derecho de separación del nuevo socio, que habría carecido francamente de fundamento en otro contexto.

Por eso está cargada de sentido la afirmación de la Sala de Instancia relativa a que el flujo económico fuera cierto únicamente para la realidad de la transmisión de los terrenos, resultando inefectivo y revocable mientras perdurara la simulada asociación que recogían los documentos públicos.

En definitiva, la pretensión de que las relaciones entre las dos sociedades sean reconducidas a la figura de la economía de opción es rigurosamente inatendible. Por lo que acaba de exponerse y por lo ya razonado al tratar del mismo asunto en el momento de examinar el recurso de R. C. La manipulación distorsionadora del orden jurídico-mercantil de que dan buena cuenta los hechos probados, con la consecuencia de detraer a las arcas públicas una importante cantidad de ingresos debidos a tenor de la verdadera naturaleza del negocio efectivamente acometido, no puede ser considerada una alternativa legítima entre otras posibles. Así, es patente que no se dio la infracción de ley invocada al comienzo del desarrollo de este motivo, que, por ello, debe ser desestimado.

Cuarto. Se denuncia infracción de ley sustantiva, de las del artículo 849.1.º LECrm, por haberse apreciado la existencia de un delito contra la Hacienda Pública, del artículo 349 del Código Penal de 1973, en relación con el Impuesto sobre Sociedades cuyo pago correspondería a Inversiones S'Agaró, S. A., cuando –afirma la recurrente– lo cierto es que a dicha sociedad le es de aplicación el régimen de transparencia fiscal, conforme al cual no es procedente declarar en el Impuesto sobre Sociedades de Inversiones S'Agaró, S. A., los beneficios obtenidos como consecuencia de la enajenación de los terrenos, y sí la imputación de los beneficios de dicha sociedad a los socios a efectos de su declaración del IRPF.

En este sentido, se dice, lo relevante no es el hecho de que la entidad hubiera tributado anteriormente por el Impuesto de Sociedades, sino determinar si en el ejerci-

cio en el que se dice cometidos los delitos fiscales era o no procedente hacerlo por aquel impuesto. Para ello hay que considerar: que los terrenos de S´Agaró se habían adquirido durante los años 1987-1988; que representaban aproximadamente el 78 por 100 del patrimonio de la sociedad; y que dejaron de pertenecer a la sociedad inmediatamente después y como consecuencia de su entrega a Kepro Costa Brava, S. A., cuando ésta hizo uso del derecho de separación. Además, la propia sentencia reconoce la voluntad de especular con los terrenos en vez de dedicarlos a la construcción de viviendas. De todo esto, la recurrente entiende debe inferirse que concurrían los elementos precisos para que en el ejercicio de 1988 fuera de aplicación a Inversiones S´Agaró, S. A., el régimen de transparencia fiscal, por lo que no podría haberse apreciado, como hace la sentencia, un delito contra la Hacienda Pública del artículo 349 del Código Penal de 1973.

El régimen de transparencia fiscal supone que la renta obtenida por una sociedad, a efectos fiscales, se desplaza en su integridad sobre los socios (aunque no se acuerde su distribución) en la proporción correspondiente, pasando a formar parte de la renta individual de cada uno de ellos, que tributará por el impuesto personal, mientras que, en cambio, la sociedad como tal no lo hará por el de sociedades.

La Sala de Instancia, reconociendo que en Inversiones S´Agaró, S. A., se daba uno de los requisitos del artículo 12 de la Ley de IRPF de 1978 para la entrada en juego del régimen de transparencia fiscal (que más del 50 por 100 del capital perteneciera a diez o menos socios), entendió que, en cambio, no se cumplía el otro, es decir, que la sociedad pudiera conceptuarse de mera tenencia de bienes.

La recurrente advierte en este modo de concluir una contradicción, pues dice que en el párrafo sexto del fundamento decimoquinto de la sentencia se afirma que «la voluntad de la entidad Inversiones S´Agaró, S. A., no fue la de ampliar el espectro societario para abordar nuevos proyectos, sino la de enajenar unos terrenos de los que se podía obtener importantes plusvalías... [de manera que] las actuaciones jurídicas abordadas fueron dirigidas exclusivamente a la defraudación de los intensos tributos que habrían de afrontar si se procedía a la ordinaria enajenación de solares».

Sin embargo, leído ese pasaje en el contexto de todo el discurso de la sentencia relativo a las relaciones de Inversiones S´Agaró con Kepro Costa Brava, S. A., se advierte que existen dos órdenes de consideraciones. Unas se refieren a la caracterización de la primera sociedad, con objeto de comprobar si le era o no aplicable el régimen de transparencia fiscal. De ellas forma parte la constatación de que «venía liquidando y contribuyendo por el Impuesto de Sociedades (con afrontación incluso de pagos a cuenta)», así como la de «la plena afectación de los bienes de la empresa, como se manifestó en el acto del juicio oral al admitir que con los terrenos vendidos se había hecho un plan de urbanización que entra dentro del objeto social, que la entidad tenía desde el inicio la voluntad de promover en ellos la construcción de viviendas, y que tal voluntad persiste con relación a los otros terrenos que se mantienen, estando algunos en trámite de calificación y habiéndose abordado en otros la efectiva construcción de naves y posterior venta a terceros».

En cambio, el texto en el que fija su atención la recurrente versa sobre un momento posterior y denota un cambio en la actitud empresarial de Inversiones S´Agaró, S. A., en relación con los terrenos objeto de la operación convenida con Kepro Costa Brava, S. A., entidad que no tenía otro interés en la incorporación a la primera que no fuera obtener las importantes plusvalías a que se refiere el tribunal de instancia, llamadas a nutrirse en parte relevante con lo no pagado a la Hacienda Pública. Así, queda claro que una cosa es el perfil de Inversiones S´Agaró, S. A., por su forma de presentarse y operar en el tráfico mercantil con anterioridad al inicio de las operaciones objeto de esta causa, que es a lo que hay que estar y a lo que la

Audiencia se atiene para determinar si le era o no aplicable el régimen de transparencia fiscal; y otra diferente el tenor y el objetivo de sus relaciones con Kepro Costa Brava, S. A.,

Por lo demás, y como argumento de refuerzo, hay que decir que en la medida en que el que se examina es un motivo de infracción de ley, su correcto planteamiento obliga a estar a los datos fácticos consignados en la sentencia que son, precisamente, los que sirven de base a la decisión de la Sala en este punto y tienen, como resulta advertible incluso a través alguna de las citas que acaban de hacerse, el necesario sustento probatorio.

En definitiva, y, como consecuencia de lo razonado, el motivo debe rechazarse.

(Sentencia de 15 de julio de 2002)

ARTÍCULO 308

Fraude de subvenciones. Engaño en la percepción de prestaciones por desempleo versus estafa: Atipicidad de las defraudaciones de cuantía no superior a los 10.000.000 de pesetas

Primero. (...) Analizaremos este apartado de la impugnación. En reiterada jurisprudencia, por todas STS de 3 de abril de 2001, hemos declarado los requisitos de la estafa. Así, la existencia de un engaño precedente que integra el elemento esencial de la estafa en tanto que con la maquinación ideada se acecha un patrimonio ajeno; el engaño ha de ser bastante, suficiente y hábil para la consecución del fin propuesto que será valorado tanto objetiva como subjetivamente, es decir, teniendo en cuenta módulos objetivos y las circunstancias personales de los destinatarios de la maquinación; el engaño debe producir un error en los destinatarios causalmente relacionados; el error producido debe ser la causa de la disposición patrimonial de manera que el engañado, en su virtud, realice una disposición económica de su patrimonio que no hubiere realizado de no mediar la conducta engañosa. Estos requisitos han de ser acompañados de los que se denuncian del tipo subjetivo, un dolo, entendido como concurrencia y voluntad de realizar el tipo penal y el ánimo de lucro de este delito contra el patrimonio, consistente en el ánimo de obtener una ventaja patrimonial, pues se trata de un delito contra el patrimonio (STS de 5 de enero de 2001).

Los anteriores elementos aplicados al hecho probado permiten declarar que los condenados engañaron para la obtención de un patrimonio al que no tenían derecho por no haber cumplido los requisitos que el ordenamiento previene para la percepción del subsidio de desempleo. Ahora bien, la tipicidad de la estafa no se conforma sólo con el engaño que es un requisito común de toda defraudación. Hay que delimitar si la administración actuó en la disposición económica que realizó a causa del engaño que le fue realizado, y su consiguiente error, o si lo hizo en virtud de una normativa específica que le obliga a satisfacer determinadas prestaciones a quien reúna los requisitos que, previstos en la ley, sean presentados por quien los requiere de acuerdo a los procedimientos legalmente previstos para la percepción del subsidio. La administración, a través de sus funcionarios, comprueba formalmente la petición y realiza la orden de abono, sin que realice, ni pueda realizar, un estudio sobre la veracidad de los datos sino que meramente comprueba su concurrencia.

La existencia del engaño es palmaria. Desde el hecho probado se afirma que los acusados no reunían los requisitos previstos para la obtención de la prestación, aun

cundo los mismos aparecieran documentalmente concurrentes, mediante las mendacidades que hicieron figurar en los documentos presentados.

Pero esta mendacidad no es suficiente para afirmar los requisitos de la estafa. Como dijimos en la STS de 14 de septiembre de 2001, «el autor de la estafa utiliza el engaño para inducir al sujeto pasivo de la estafa a una disposición patrimonial que es la que produce la autolesión del propio patrimonio. Toda inducción basada en el engaño del sujeto inducido afecta, como es obvio, a la autodeterminación del sujeto pasivo y por ello pone ya de manifiesto que en el delito de estafa existe un importante componente del objeto de protección que se relaciona con la libertad del sujeto pasivo». Es necesario que la disposición típica de la estafa obedezca, tenga por causa, a una situación de error producida por el engaño del sujeto activo.

En el supuesto objeto de la casación que conocemos, el sujeto pasivo que recibe el engaño actúa con independencia del mismo, es decir, realiza la disposición económica tras una comprobación formal de los requisitos que dan lugar a la disposición sin que ésta esté causalmente relacionada con el error. Por ello, el sujeto pasivo, la administración, se reserva el derecho de realizar comprobaciones posteriores a la disposición, a través de los mecanismos de inspección con que cuenta lo que posibilitará, en su caso, la recuperación de la disposición realizada y la subsunción, si concurren los demás requisitos de la tipicidad, en el fraude de subvenciones.

Con independencia de lo anterior, aun considerando que el hecho declarado probado puede ser subsumido en el delito de estafa sería de aplicación el principio de especialidad del artículo 8 del Código Penal. La jurisprudencia de esta Sala, SSTS 4 de julio de 1997, 29 de septiembre de 1997, 25 de noviembre de 1998, 19 marzo de 2001 y 19 de abril de 2001, tiene 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 25-11-1998) y «Las ayudas previstas en el Real Decreto 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 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 de subsidios de desempleo, en principio, es típica del artículo 308 del Código Penal, debiendo ser incluido en el supuesto típico de subvención y de ayuda el subsidio de desempleo. Los fondos dispuestos son fondos públicos destinados a intereses generales, públicos y sociales. Dentro del sistema de seguridad social existen dos niveles de cobertura por desempleo, por una parte, a nivel contributivo, la prestación por desempleo, y a nivel asistencial, el subsidio de desempleo.

En este sentido, la Ley General Presupuestaria define la subvención en su artículo 81.2 que incluye como tales: «a) A toda disposición gratuita de fondos públicos realizada por el Estado o sus Organismos autónomos a favor de personas o entidades públicas o privadas para fomentar una actividad de utilidad o interés social o para promover la consecución de un fin público. b) A cualquier tipo de ayuda que se otorgue con cargo al presupuesto del Estado o de sus organismos autónomos y a las subvenciones o ayudas, financiadas, en todo o parte, con fondos de la Comunidad Económica Europea».

La prestación, o el subsidio, por desempleo, participa del concepto legal de subvención y, consecuentemente, su obtención fraudulenta es típica del delito previsto en el artículo 308 del Código Penal.

Este tipo penal es de aplicación preferente, por el principio de especialidad, al tipo penal de la estafa, en el supuesto de que se entendiera que la conducta fuera subsumible en este tipo penal. En este supuesto, la aplicación del principio de especialidad haría inaplicable el tipo penal de la estafa, por aplicación del preferente de fraude de subvenciones y ello con independencia de la concurrencia, o no, de la condición objetiva de punibilidad contenido en este tipo penal referido a la cuantía de 10 millones de pesetas para su punición.

La divergencia jurisprudencial que parecía existir fue resuelta en el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de fecha 15 de febrero de 2002 que acordó incluir en la tipicidad del artículo 308 a 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, con estimación del recurso, absolver a los acusados Pilar C. I., Pedro José L. G., Gerardo C. H., José T. A., recurrentes contra la sentencia que favorecerá a los demás condenados, no recurrentes, por aplicación del artículo 903 de la Ley Procesal.

(...)

Voto particular

Del Magistrado D. Juan Saavedra Ruiz que se incorpora a la Sentencia número 514/2002 correspondiente al recurso de casación número 1717/2000.

La discrepancia anunciada en la deliberación se contrae al motivo formalizado por error de derecho, por aplicación indebida del artículo 528 CP/1973, que la Sentencia de la Sala acoge, lo que determina la absolución de los acusados por el delito de estafa.

Partiendo de la intangibilidad del hecho probado [se mencionan expresamente los apartados *a)*, *b)*, *c)*, *d)*, y *k)* atinentes a los recurrentes] se afirma en la Sentencia, tras exponer la Jurisprudencia de la Sala sobre el delito de estafa, que «los anteriores elementos aplicados al hecho probado permiten declarar que los condenados engañaron para la obtención de un patrimonio al que no tenían derecho por no haber cumplido los requisitos que el ordenamiento previene para la percepción del subsidio de desempleo», añadiéndose incluso que «la existencia del engaño es palmaria». No obstante lo anterior, entiende la mayoría que «esta mendacidad no es suficiente para afirmar los requisitos de la estafa».

El argumento nuclear de dicha conclusión estriba en considerar que en el supuesto objeto de casación no existe relación de causalidad entre el engaño y el error porque la Administración como sujeto pasivo cuando aprueba la concesión de la prestación por desempleo «actúa con independencia del mismo (engaño), es decir, realiza la disposición económica tras una comprobación formal de los requisitos que dan lugar a la disposición sin que ésta esté causalmente relacionada con el error».

Éste es el punto de discrepancia. Con independencia de ser un argumento excesivamente formal, se produce una simplificación del engaño, pues se reduce a la petición del subsidio o prestación haciendo constar en la documentación hechos que no son ciertos. Sin embargo, en casos como el presente, entiendo con respetuosa discrepancia de mis compañeros, que el engaño se manifiesta en un acontecer más complejo, pues ha requerido, en ejecución de un plan preconcebido, formalizar previamente «ante el INEM el cese de las relaciones laborales de los socios mediante la figura del despido disciplinario, sin consignar la causa del mismo. Y cuando tuvieron lugar los actos de conciliación, admitió la improcedencia de los despidos, con lo cual aquéllos conseguían el reconocimiento y

abono de las prestaciones por desempleo, a pesar de haberse producido realmente unas situaciones de autodespido o despido voluntario en connivencia con el administrador de la empresa». Dicha simulación constituye el ardid del que se sirven los acusados para causar el error en el sujeto pasivo, es decir, la Tesorería General de la Seguridad Social (en el personal a su servicio), no el INEM, que efectivamente puede limitarse a comprobar «formalmente la petición y realiza la orden de abono, sin que realice, ni pueda realizar, un estudio sobre la veracidad de los datos», pero ello no excluye la relevancia del engaño, la simulación de una relación laboral inexistente. Cuestión distinta es el fraude realizado por quien ostenta previamente un principio de legitimación como potencial beneficiario de la ayuda o subvención, que entiendo es el supuesto típico del artículo 308 del CP, caso de falsear las condiciones preexistentes, pero no cuando se crea un artificio mediante el cual no es que se falseen las condiciones para la concesión de la ayuda sino que se crea *ex novo* el presupuesto de la misma con la finalidad de obtener un desplazamiento patrimonial del sujeto pasivo que tiene su causa en el error provocado por dicha simulación, que se sirve incluso de servicios ajenos al propio sujeto pasivo. Por ello considero que concurre en los hechos la estructura típica del delito de estafa.

El razonamiento de la mayoría prosigue afirmando que «con independencia de lo anterior, aun considerando que el hecho declarado probado puede ser subsumido en el delito de estafa sería de aplicación el principio de especialidad del artículo 8 del Código Penal».

Nada que objetar a la Jurisprudencia de esta Sala que se cita a continuación del entrecorillado precedente. Sin embargo, vuelvo respetuosamente a discrepar cuando se sostiene que el artículo 308.b) del CP es de aplicación preferente, concurriendo los elementos de la estafa, por el principio de especialidad. A sabiendas de la dificultad de la cuestión, entiendo que dicha conclusión no es tan diáfana. Dos leyes o dos disposiciones de la misma ley se encuentran en relación de general y especial cuando los requisitos del tipo general están todos contenidos en el especial, figurando además en éste otros presupuestos añadidos, y siendo ello así la preferencia corresponde a la ley especial sobre la general. Es decir, si existe una superposición de los mismos presupuestos en las dos leyes o disposiciones pero una de ellas contiene otros adicionales ésta será la especial. Ello significa que la relación general y especial no tiene necesariamente que coincidir en todos los casos con la distinción entre tipos genéricos y específicos o privilegiados. En la relación entre los artículos 248.1 y 308.1 del CP, concurren idénticos presupuestos típicos en cuanto que como consecuencia de una acción falsa del sujeto activo se produce un error en el pasivo que determina un desplazamiento patrimonial a favor del primero. Sin embargo, el tipo de estafa incluye el presupuesto del ardid o engaño bastante para producir el error, lo que constituye un presupuesto al menos más específico que la falsedad de las condiciones del artículo 308. Por ello entiendo que en el supuesto de autos la preferencia en todo caso sería del artículo 248.1. Evidentemente, de no concurrir todos los elementos de la estafa, el hecho sería subsumible en el artículo 308 sin perjuicio de la aplicación de la condición objetiva de punibilidad contemplada en el mismo, pero concurriendo todos los elementos de la estafa, tal como he señalado más arriba, sería de preferente aplicación siempre este último precepto.

El Pleno no Jurisdiccional de esta Sala del pasado 15 de febrero de 2002 acordó, sin matizaciones, que «el fraude en la percepción de las prestaciones por desempleo constituye una conducta penalmente típica prevista en el artículo 308 del Código Penal». La reciente STS de 1 de marzo de 2002 ha aplicado dicha

doctrina y concretamente el principio de especialidad en un caso similar al presente. Desde luego debo mi respeto y acatamiento al acuerdo del Pleno y sin perjuicio de ello, mediante este Voto Particular, siendo la primera ocasión en que he tenido jurisdiccionalmente la posibilidad de hacerlo, explico mi criterio que no constituye otra cosa que una modesta matización al Acuerdo del Pleno, que ya señalé en el mismo.

Por todo ello entiendo que el motivo de casación por aplicación indebida del artículo 528 CP no debió ser acogido.

(Sentencia de 29 de mayo de 2002)

ARTÍCULO 310

Incumplir la obligación de llevar contabilidad mercantil en régimen de estimación directa de bases tributarias, sólo será punible cuando no sea aplicable el delito contra la Hacienda Pública por impago de tributos. Concurso de leyes: eludir el pago de tributos y no cumplimiento de llevar contabilidad mercantil, libros o registros fiscales: aplicación del primer delito

Cuarto. En segundo lugar, entre los motivos de este recurso, con apoyo en el artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denuncia infracción de Ley, en este caso por indebida aplicación del artículo 310 del Código Penal. Alega el recurrente que no era posible la condena a la vez por el delito del artículo 310.a) por darse una consunción de las conductas de este último artículo en el artículo 305, en el caso de entenderse aplicable este último.

Tiene razón el recurrente. Las figuras de delito del artículo 310 del actual Código Penal, conocidas bajo el nombre de delito contable tipifican conductas peligrosas para el bien jurídico tutelado en el título XIV del libro II del Código Penal, y sin su existencia en el mismo, constituirían actos meramente preparatorios o tentativas de delito fiscal, por lo que, cuando éste se comete con posterioridad a algunas de las conductas agrupadas en el artículo 310 del Código Penal, se produce consunción de las mismas bajo el más grave delito cometido, de que las otras conductas son actos preparatorios tipificados penalmente, pero que desaparecen al ser la relación entre unas y otro un caso de concurso de normas, no de delitos, tesis mayoritaria en la doctrina, y que también se ha acogido en la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 26 de noviembre y 27 de diciembre de 1990 y 31 de octubre de 1992) de tal modo que esas figuras del artículo 310 del Código Penal sólo serán punibles en los casos en que no sea además aplicable el artículo 305 del mismo Código.

El motivo ha de ser acogido, y ello determina la innecesariedad de considerar el restante motivo del recurso, situado ordinalmente en tercer lugar, porque su articulación lo ha sido en forma condicional para el caso de que el precedente no prosperara.

(Sentencia de 29 de junio de 2002)

ARTÍCULO 313

Delitos contra los derechos de los trabajadores: promover o favorecer la inmigración clandestina de trabajadores a España. Bien jurídico protegido. Concurso con delito de homicidio imprudente al producirse el fallecimiento de inmigrantes ilegales al naufragar patera en viaje organizado por los acusados. Embarcación carente de medidas de seguridad y de las mínimas condiciones para navegar

Sexto. El cuarto motivo (y siguientes) de Pedro L. C., así como el segundo de Juan Antonio A. S., son articulados por la vía autorizada por el artículo 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, en consecuencia, con pleno respeto a los hechos probados en la Sentencia de instancia, de los que hemos de partir para dar respuesta casacional a tales reproches que son cuestiones netamente jurídicas.

En dicho motivo cuarto sostiene el recurrente que el señor L. C. (que ha sido condenado como autor de un delito contra los derechos de los trabajadores, previsto y penado en el artículo 313.1 del Código Penal, su participación en dichos hechos en ningún caso podría ser considerada en concepto de autor sino de cómplice.

El tipo penal aplicado por la Sala sentenciadora dice así: «el que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España».

En primer lugar, y siguiendo nuestra jurisprudencia, haremos una primera acotación sobre el bien jurídico protegido. El bien jurídico protegido está constituido por un conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral mediante la sanción de conductas que atentan contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores (STS de 30 de junio de 2000).

La Sentencia de esta Sala de 5 de febrero de 1998 se expresa así: «El bien jurídico protegido mediante la punición del tráfico ilegal de mano de obra y las migraciones laborales fraudulentas no es exactamente el derecho del trabajador a la seguridad en el empleo y al mantenimiento de las demás condiciones de trabajo pactadas o legalmente impuestas. Es un verdadero delito de riesgo abstracto, para proteger a todos los trabajadores, nacionales o extranjeros, frente a una nueva forma de explotación favorecida por determinados rasgos de la estructura económica mundial de nuestro tiempo, tales como la profundización de la desigualdad entre países ricos y pobres, la multiplicación de las comunicaciones internacionales de toda índole y el lógico crecimiento de la aspiración de las poblaciones de los países menos desarrollados a alcanzar mejores condiciones de trabajo y de vida. Para aprovecharse de esta situación y convertirla en inmoral fuente de ingresos, aparecen grupos y organizaciones de gentes sin escrúpulos que promueven migraciones laborales, al margen o en contra de las disposiciones dictadas al respecto por los diversos Estados, abusando del ansia por salir de la miseria de quienes caen en sus redes y convirtiéndolos de hecho en mercancía de fácil y reprochable explotación».

Una segunda acotación es meramente territorial: «Es irrelevante para la comisión del delito del artículo 313.1 del Código Penal el que el viaje para introducirse en la Península se hubiese iniciado en Ceuta, o en cualquier otro punto del continente africano» (Sentencia de 3 de febrero de 1998).

En esta última Sentencia dictada, con evidente similitud de comportamientos fácticos, se dice: «para comprobar si se aplicó correctamente el artículo 313.1 se llegó a la conclusión de que en el *factum* se dan las notas que caracterizan el delito

atribuido al acusado, pues éste intervino en una actividad de introducir clandestinamente en la península a dos personas extranjeras súbditos marroquíes que carecían de la documentación y permisos exigidos para la entrada en España y para trabajar en nuestro país, lo que era sabido por (el acusado) y con tales datos o elementos, quedó consumado el delito definido en el apartado 1 del artículo 313 del Código Penal que es un delito de mera actividad, que se consumó por la realización de los actos de promoción o favorecimiento, sin exigir que se consiga la llegada a territorio español de los extranjeros o la obtención de puesto de trabajo por los mismos».

Los hechos probados de la Sentencia recurrida afirman rotundamente que todos los pasajeros de la patera, súbditos marroquíes, «tenían la intención de pasar a la Península a fin de buscar trabajo en España o en otro país europeo»; y que para ello habían conectado primeramente con Hassan A. y su esposa Khabidja E. Y., pagándoles cantidades que oscilaban entre los 12.000 y los 30.000 dirhams marroquíes, «siendo ellos los que habían organizado el viaje, para lo cual se habían puesto previamente de acuerdo, además de con Mario R., con Pedro L. C... taxista de profesión, con domicilio en la localidad de Algeciras, el cual, hallándose completamente al tanto de la operación, estaba esperando en dicha localidad la llegada de los inmigrantes para proveer a su posterior traslado a los lugares de destino, así como con Juan Antonio A. S. ..., persona que, además de estar en continuo contacto con los anteriores, había proporcionado la embarcación». Y a continuación: «todos ellos se habían concertado previamente y habían planeado el indicado viaje».

El motivo tiene que ser desestimado. Se trata, como ya ha sido expuesto, de un delito de tendencia, en el que se han utilizado similares conceptos para expresar su dinámica que en los delitos contra la salud pública de los artículos 368 y siguientes del Código Penal, aunque evidentemente el bien jurídico protegido sea diferente. Como consecuencia del abanico de actividades que el tipo penal admite, basta con que se promueva o favorezca por cualquier medio la inmigración clandestina para que se consuma el delito. Lo que comporta que es suficiente la participación del infractor en alguna de las múltiples tareas que convergen para llevar a cabo la acción para cumplirse la previsión normativa. Por lo que se pueden incluir conductas tales como la financiación de la operación, la actuación como intermediario, transportista, piloto de embarcación, o la facilitación de ésta, etcétera.

La participación del recurrente consistía en esperar a los inmigrantes en Algeciras para trasladarles a su punto de destino, lo que supone una participación esencial en la operativa diseñada al efecto, e imprescindible en el planeamiento del delito. Recoger a los ciudadanos marroquíes que ilegalmente se transportaban, no puede considerarse como algo auxiliar, sino necesario para la efectividad de la trama delictiva, de ahí que su consideración no puede ser otra que la autoría, ya que el tipo penal utiliza los verbos promover o favorecer la inmigración clandestina de trabajadores a España, y la acentúa con la expresión «por cualquier medio», que ha desaparecido en el nuevo artículo 318. bis, si bien se ha reforzado con el verbo facilitar, por lo que su estructura es prácticamente similar, abarcando a título de autor a todos los integrantes de la red de entrada ilegal de ciudadanos extranjeros, cualquiera que sea su cometido, salvo supuestos muy excepcionales de aportaciones intrascendentes con auxilio escasamente efectivo o de mínima colaboración, que no son ahora objeto de análisis jurídico. En el caso sometido a nuestra consideración, «todos ellos se habían concertado previamente y habían planeado el indicado viaje», lo cual introduce el elemento subjetivo del injusto, dolo sin ninguna exigencia más que el conocimiento de su intervención en la red de traficantes de inmigración clandestina, no requiriendo el tipo penal precio alguno por la operación, aunque normalmente existirá como es lógico, y su

participación, en los distintos papeles asumidos, era trascendente para la efectividad de la operación, no pudiendo ser aplicado el artículo 29 del Código Penal.

Séptimo. El motivo quinto, por idéntico cauce casacional, considera inaplicable el artículo 63 del Código Penal (refiriéndose sin duda al 62), ya que «sostiene esta defensa que el delito nunca llegó a estar consumado sino que tan solo se trata de un delito intentado». En su desarrollo, el recurrente cita doctrina de esta Sala relativa al tráfico de sustancias estupefacientes, en donde la droga nunca llegó a poder del acusado, pese a esperarla.

Sin embargo, en estudio propio al delito sancionado, la Sentencia de esta Sala de 3 de febrero de 1998 (anteriormente citada), llega a distinta conclusión que la sostenida por el recurrente, ya que es irrelevante que los inmigrantes llegaran a acceder a la península, o no se concluyera la operación por causa de intervención de la policía judicial o por razón de naufragio, como ocurrió en el caso enjuiciado. La doctrina jurisprudencial es concluyente, a pesar de algunas resoluciones que lo han matizado, respecto a la consumación delictiva en el delito contra la salud pública, cuando la operación ha quedado abortada. En idéntica aplicación normativa, dado los verbos nucleares promover o favorecer «por cualquier medio», la inmigración clandestina de trabajadores a España, la conducta que planea el viaje, capta inmigrantes, cobra las cantidades que se han estipulado, organiza el traslado, proporciona la embarcación, acondiciona ésta para que pueda transportar un número mayor de las previsiones normales en su aforo, con importantes modificaciones que la hacen altamente arriesgada y en condiciones inhumanas de traslado, contrata a un piloto, y se organiza la llegada a la península para su traslado posterior, son todos ellos actos que entran de lleno en la promoción y favorecimiento de la inmigración clandestina que exige el tipo, y que tiene las barreras anticipadas de protección del bien jurídico, de modo que ha sido consumado, en el caso, cuando ya el viaje ha comenzado y se trunca por el naufragio, trágico final del viaje, con el resultado de tres inmigrantes ahogados y siete de ellos desaparecidos. No es pues necesario para su consumación que el extranjero haya traspasado efectivamente el control de pasaportes, ni que haya logrado entrar clandestinamente en territorio español, sino que basta la promoción o el favorecimiento para que se alcance la consumación del tipo.

Octavo. El motivo sexto, siempre por infracción de ley del artículo 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por errónea aplicación del artículo 142.1 del Código Penal.

En su desarrollo, el recurrente sostiene que los hechos probados no pueden ser objeto de sanción por un delito contra los derechos de los trabajadores del artículo 313.1 del Código Penal y a la vez como constitutivos de un delito (en realidad, varios en concurso ideal pluriofensivo) de homicidio imprudente, por lo que se habría infringido, en su tesis, el principio «non bis in idem».

El motivo carece del más mínimo fundamento y rigor científico, y debe ser desestimado. Aunque es cierto que el bien jurídico protegido en los delitos comprendidos en el Título XV del Código Penal es múltiple, y que al efecto existen notables discrepancias en nuestra doctrina científica, no puede sostenerse que cuando se produzca la muerte de ciudadanos extranjeros como consecuencia de la inmigración clandestina y a causa de las deficiencias de la embarcación, no se produzca un concurso delictivo entre la acción dolosa de promover el viaje y la acción imprudente de ocasionar la muerte de los trasladados en condiciones de tan alta inseguridad y probabilidad de naufragio, ya que entonces tales conductas pueden perfectamente ser calificadas por ambos tipos delictivos, porque los bienes jurídicos son también diversos, de manera muy patente.

Noveno. El séptimo y último motivo de Pedro L. C., por idéntico cauce casacional que el anterior, denuncia la errónea aplicación del artículo 142.1 del Código Penal.

De los cuatro elementos que configuran la estructura del delito imprudente (acción u omisión voluntaria, pero no intencional respecto al resultado lesivo; efectivo resultado de un mal tipificado en el Código Penal como delito; relación de causalidad entre el acto inicial del sujeto y el resultado dañoso antijurídico; y reprochabilidad del acto a título de culpa), estima el recurrente que concurren los dos primeros, pero niega los dos últimos. El debate, sin embargo, ha de centrarse sobre su reprochabilidad a título de culpa, ya que la relación causal entre la acción de rebajar la popa del barco, modificar su punto de gravedad, alterar sus condiciones de navegabilidad y empotrar a los inmigrantes bajo unas tablas en el fondo de la embarcación, a modo de trampa mortal, como dice la Sentencia recurrida, sin prestación ni dotación de medida de seguridad alguna, y las muertes producidas como consecuencia del naufragio, no ofrecen mayor dificultad dogmática.

Centra el recurrente, sin embargo, su censura en que ni él estaba al tanto de las condiciones de la embarcación, ni le pueden ser imputables las condiciones de la mar en el momento en que la patera naufragó. Sin embargo, su reproche casacional tiene que ser desestimado porque no respeta los hechos probados, intangibles en esta instancia, dada la vía elegida por el recurrente.

En efecto, el «factum» narra cómo no solamente el recurrente estaba «al tanto de la operación», sino también que, entre todos, se habían concertado previamente y habían planeado el indicado viaje. Además, que «la embarcación no reunía las condiciones mínimas para navegar con la citada carga» (19 inmigrantes), describiéndose en el relato factual todas las modificaciones que producían tal resultado: no reunir condiciones de navegabilidad, lo que suponía un alto grado de riesgo de siniestrabilidad en el Estrecho, alojándose a los inmigrantes bajo una plataforma de madera (para ocultarlos), y al comenzar a entrar agua por haberse rebajado la borda de popa para conseguir que la hélice llegara al agua, el piloto realiza diversas órdenes «al mismo tiempo que se conectó telefónicamente en varias ocasiones con los acusados Hassan, Pedro y Juan Antonio». Y con valor fáctico, en el fundamento jurídico octavo se expone que los demás partícipes tuvieron permanente contacto «con el piloto, que en su actuación pedía y recibía de aquéllos instrucciones sobre lo que debía hacer». En efecto, además de ello, como se razona en la sentencia recurrida, todos ellos sabían y admitían que iban a realizar un viaje muy peligroso en una embarcación que no reunía los mínimos requisitos para la navegación y que, en todo caso, estaba prevista para llevar a un número de personas muy inferior, sin proveerlos siquiera de chalecos salvavidas y colocándolos, para ocultarlos, debajo de una tabla que, como se dijo en el acto del juicio, constituía una trampa mortal.

De manera que la reprochabilidad a título de culpa del recurrente, no solamente deriva de aquel contacto cuando se produce el naufragio, estando en todo momento al tanto del desarrollo de los acontecimientos y participando en ellos, sino porque las condiciones en que se desarrollaba el viaje eran ciertamente imprudentes, por las modificaciones de la embarcación, la capacidad sobrepasada de la misma, la falta de medidas de seguridad, etc., siendo a título de culpa, individualmente responsable, y no conjuntamente, como se hace en la sentencia recurrida, de los delitos de homicidio por imprudencia, con culpa grave, a los efectos del artículo 142 del Código Penal, que han sido sancionados en concurso ideal pluriofensivo.

En consecuencia, se desestima el motivo.

Décimo. Nos queda por analizar, por último, el motivo segundo de Juan Antonio A. S., igualmente articulado por infracción de ley, del artículo 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación errónea de los artículos 12 y 28.2 en rela-

ción con los artículos 142 y 313 del Código Penal y no aplicación del artículo 29 de referido Cuerpo legal.

En su desarrollo, el recurrente, tras realizar una serie de consideraciones acerca del contenido del nuevo artículo 12 del Código Penal, que —en efecto— establece una cláusula específica de punición de los delitos imprudentes («*crimina culposa*»), en vez de la anterior («*crimen culpa*»), llega a la conclusión de que su patrocinado no pudo ser nunca autor de un delito de homicidio imprudente, ya que el previo acuerdo por sí mismo no es determinante de la autoría, sino a lo sumo a título de complicidad, conforme a los parámetros que se disciplinan en el artículo 29 del Código Penal.

El motivo tiene que ser desestimado, ya que está en íntima relación con lo que hemos argumentado en el fundamento jurídico anterior, con relación a Pedro L. C., y su conexión con los hechos declarados probados por la Sala sentenciadora, esencia que debe respetarse en el desarrollo del motivo, dada la vía elegida por el recurrente.

Hemos ya relatado cómo el «*factum*» narra que el ahora recurrente no sólo estaba «al tanto de la operación», sino también que, entre todos, se habían concertado previamente y habían planeado el indicado viaje. Además, que «la embarcación no reunía las condiciones mínimas para navegar con la citada carga», por no reunir condiciones de navegabilidad, lo que suponía un alto grado de riesgo de siniestrabilidad en el Estrecho, alojándose a los inmigrantes bajo una plataforma de madera (para ocultarlos), y al comenzar a entrar agua por haberse rebajado la borda de popa para conseguir que la hélice llegara al agua, el piloto realiza diversas órdenes «al mismo tiempo que se conectó telefónicamente en varias ocasiones con los acusados Hassan, Pedro y Juan Antonio». Y con valor fáctico —también lo hemos resaltado anteriormente—, en el fundamento jurídico octavo se expone que los demás partícipes tuvieron permanente contacto «con el piloto, que en su actuación pedía y recibía de aquéllos instrucciones sobre lo que debía hacer». Todos ellos sabían y admitían que iban a realizar un viaje muy peligroso en una embarcación que no reunía los mínimos requisitos para la navegación y que, en todo caso, estaba prevista para llevar a un número de personas muy inferior, sin proveerlos siquiera de chalecos salvavidas y colocándolos, para ocultarlos, debajo de una tabla que, como se dijo en el acto del juicio, constituía una trampa mortal.

No hay base, pues, fáctica para combatir jurídicamente la corrección del razonamiento de la Audiencia Provincial, en orden tanto a la autoría en el delito imprudente que como concurso ideal se ha sancionado, ni tampoco en lo que respecta al delito contra los derechos de los trabajadores, pues todos ellos eran organizadores del viaje, y se habían concertado previamente para el desarrollo de la expedición, mediante precio, lo que constituye un delito ciertamente execrable, con unas gravísimas consecuencias, que determinaron el fallecimiento de al menos tres de los ocupantes de la patera.

Por lo demás, la aplicación de la complicidad que requiere el autor del recurso, se compece mal con la amplitud del tipo del artículo 313.1.º del Código Penal, similar en su tipología, como ya hemos expuesto, con el artículo 368 del propio Cuerpo legal, haciéndose muy difícil la apreciación de formas imperfectas de participación (y de ejecución, pero éste es otro problema). Como acertadamente expone el Ministerio Fiscal en esta instancia, quien promete mediante su concurso el uso de un medio de transporte para el desplazamiento de la inmigración clandestina, está llevando a cabo una de las conductas típicas: cualquier forma de favorecimiento se convierte así en autoría, máxime si el precepto penal lo refuerza «por cualquier medio»; es claro, que se está favoreciendo la inmigración clandestina de ciudadanos extranjeros a nuestro país, en durísimas condiciones de navegabilidad, y con altísimo riesgo de naufragio, dentro de una trampa mortal, y por consiguiente, la reprochabilidad de los hechos, incluso penal, es más que evidente. Y en relación con el delito culposo, la

invocación de la complicidad, dadas las características del delito imprudente, lo hacen de imposible concurrencia en el caso sometido a nuestra consideración casacional.

(Sentencia de 16 de julio de 2002)

ARTÍCULO 325

Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente: delito de peligro concreto

Tercero. 1. El delito contra el medio ambiente que se sanciona en el artículo 325 del CP es un delito de peligro concreto, que se consume por la creación del riesgo mediante la realización de alguna de las actuaciones alternativas descritas en el precepto, sin que sea necesaria para que tenga lugar su efectiva consumación la producción de un perjuicio determinado y específico, ya que estaríamos ante un delito de lesión que se castigaría separadamente (en este sentido Sentencia de 13 de marzo de 2000).

La conducta típica del artículo 325 (como antes en el artículo 347 bis del Código derogado de 1973) consiste en «provocar o realizar» directa o indirectamente las emisiones o vertidos de cualquier clase en la atmósfera, en el suelo o en las aguas terrestres o marítimas. Los dos verbos nucleares no son iguales –semánticamente tampoco– apuntando la sentencia de 27 de enero de 1999, que provocar podría entenderse como mantener las emisiones o vertidos. En cualquier caso la dicción utilizada (provocar o realizar) pretende abarcar, como afirma la sentencia citada, toda acción humana que produzca un vertido o emisión contaminante de modo directo o indirecto.

2. La sentencia impugnada hace un correcto análisis jurídico del artículo 325 pero niega que en el caso concreto se hubiera producido un peligro grave y absuelve, teniendo en cuenta el principio de intervención mínima en el ordenamiento jurídico penal.

Dicho principio ha sido objeto, por su importancia, de más de una reflexión de esta Sala precisamente en relación con delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. En un caso próximo, aunque no igual, al aquí contemplado, procedente también de la Audiencia Provincial de Barcelona la recientísima sentencia de 19 de enero de 2002, precisaba que «reducir la intervención del derecho penal, como última “ratio”, al mínimo indispensable para el control social, es un postulado razonable de política criminal que debe ser tenido en cuenta primordialmente por el legislador, pero que en la praxis judicial, aun pudiendo servir de orientación, tropieza sin remedio con las exigencias del principio de legalidad por cuanto no es al juez sino al legislador a quien incumbe decidir, mediante la fijación de los tipos y las penas, cuáles deben ser los límites de la intervención del derecho penal. Por otra parte, el principio de intervención mínima sólo se entiende cabalmente si se le sitúa en un contexto de cambio social en el que se produce una tendencia a la descriminalización de ciertos actos –los llamados “delitos bagatelas” o las conductas que han dejado de recibir un significativo reproche social– pero también una tendencia de sentido contrario que criminaliza atentados contra bienes jurídicos que la mutación acaecida en el plano axiológico convierte en especialmente valiosos. Esto último nos debe poner en guardia frente a determinadas demandas que se formulan en nombre del mencionado principio».

En la Sentencia 1705/2001 se dice que «el medio ambiente que se puede considerar adecuado es un valor de rango constitucional puesto que el derecho a disfrutarlo y el deber de conservarlo aparecen proclamados en el artículo 45.1 de la Norma fundamental. La importancia de este valor aconseja no recurrir con demasiada facilidad al principio de “intervención mínima” cuando se trata de defenderlo mediante la imposición de las sanciones legalmente previstas a los que lo violan. El citado artículo 45 CE, en su tercer párrafo, proporciona una pauta a seguir en este sentido al prever que la ley establecerá sanciones penales o, en su caso, administrativas para los que violen el medio ambiente. Debe tomarse, en consecuencia, con ciertas reservas la afirmación –deslizada ocasionalmente en alguna resolución de esta misma Sala– de que el derecho penal actúa, en la protección penal del medio ambiente, de forma accesoria y subsidiaria con el respecto al derecho administrativo. Una cosa es que la realización del delito contra el medio ambiente presuponga que sea grave el peligro para la salud de la persona o el perjuicio en las condiciones de la vida animal o vegetal derivados de la acción típica y otra, completamente distinta y no acorde con la relevancia del bien jurídico protegido, es que la interpretación del artículo 347 bis CP 1973 –y de los preceptos que lo han sustituido y ampliado en el capítulo III del título XVI CP 1995– haya de hacerse sistemáticamente bajo la inspiración prioritaria del principio de intervención mínima».

3. 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 (S. 27 de enero de 1999). La valoración que hace el Tribunal «a quo» de las pruebas practicadas es inmune, como tantas veces ha declarado esta Sala, a su revisión en sede casacional en lo que dependa de la intermediación, pero es revisable en su racional apreciación, atendiendo siempre a la naturaleza y sentido del cauce casacional utilizado.

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.

4. Los hechos son subsumibles en el artículo 325 del CP como postula el Ministerio Fiscal al estimar que el peligro creado en el caso enjuiciado fue grave por todas las circunstancias de tiempo y lugar concurrentes y por el contenido material de todos los bidones y no sólo por el tóxico derramado de alguno de ellos. Su argumento esencial es asumido por esta Sala. Se funda en las siguientes razones: 1.º) En la intencionada realización por parte de los acusados de un depósito y vertido de los 25 bidones repletos de sustancias altamente tóxicas e inflamables. 2.º) Esa acción anterior se materializa en un lugar no autorizado, vulnerando la normativa administrativa más elemental de protección del medio ambiente que prohíbe tajantemente el abandono incontrolado de aquellos residuos tóxicos y peligrosos; y 3.º) Se produce el evidente resultado, negado por la sentencia, de que dicho depósito de bidones pudo perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Dicho riesgo, como ya se ha argumentado, fue real, concreto y relevante. No nos encontramos ante el tipo de gravedad máxima previsto en el apartado e) del artículo 326 del Código Penal que contempla el tipo agravado para aquellos actos contaminantes que hayan producido un «riesgo de deterioro irreversible o catastrófico».

Tampoco nos hallamos en el supuesto de autos, como concluye la sentencia impugnada, ante un supuesto de leve riesgo para el medio ambiente, remitiéndonos

nuevamente a las razones expuestas que únicamente pueden conducir a la conclusión de que se produjo una situación de peligro grave, subsumible plenamente en el tipo medio de gravedad contemplado en el comportamiento penal básico del artículo 325 del Código Penal.

No puede aceptarse, sin embargo, la pretensión del Ministerio Fiscal de que el peligro grave hubiera afectado también a la salud humana de modo concreto, inmediato y real pues la intangibilidad de los hechos probados no lo permite, dado el cauce procesal exclusivamente utilizado en el recurso. Por tanto no es aplicable el último inciso del artículo 325 del CP, que obligaría a imponer la pena en su mitad superior. 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 que lo fue, que es lo que constituye el tipo básico. No es aplicable, finalmente, la disposición del artículo 338 del CP pues en el relato fáctico no consta que el lugar donde se realizan los vertidos fuera un espacio natural protegido.

5. En el supuesto que examinamos, la acción que constituye la conducta típica ha sido ejecutada por los acusados de manera deliberada y de propósito; y el resultado requerido por el tipo –el riesgo–, se encuentra causalmente vinculado con dicha acción, que es la que genera el peligro concreto producido, resultado que, como sucede en la generalidad de las veces, debe serle atribuido al autor del hecho a título de dolo eventual, pues si de las circunstancias concurrentes no es deducible una intencionalidad de perjudicar al medio ambiente o de crear un riesgo, las reglas de la lógica, de la experiencia y del recto juicio permiten asegurar que el agente es consciente de esas eventualidades, y pese a ello ejecuta la acción. (Sentencia de 13 de marzo de 2000.)

(Sentencia de 30 de enero de 2002)

ARTÍCULO 326.e)

Tipo agravado del delito contra el medio ambiente. No existe producción de un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico ya que fue suficiente la adecuación a los límites legales de los vertidos para la recuperación de la biodiversidad. Sí se cumple, en cambio, el tipo de provocar o realizar directa o indirectamente vertidos que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales: vertidos de una empresa a un cauce de agua terrestre destruyendo totalmente la fauna

Primero. En el primer motivo de casación que el Ministerio Fiscal formaliza en su recurso, al amparo del artículo 849.1.º LECrM, se denuncia una infracción del segundo párrafo del artículo 347 bis CP/1973 por no haber sido aplicado el mismo, en la Sentencia recurrida, a los hechos declarados probados. Pretende, pues, el Ministerio Público que los hechos debieron ser subsumidos en el tipo agravado de delito contra el medio ambiente definido en el indicado precepto, basando su pretensión en que la autorización administrativa concedida a la empresa en que los acusados desempeñaban sus funciones para exceder los máximos legales, provisional y temporalmente, en los vertidos de aguas residuales al cauce del río Tordera fue contraria a la

legalidad vigente y en consecuencia nula de pleno derecho. El motivo no puede ser estimado por vedarlo claramente el principio de legalidad. En el párrafo segundo del artículo 347 bis CP/1973 –como hoy, en el artículo 326 CP/1995– se prevenían una serie de circunstancias que agravaban el tipo básico establecido en el párrafo anterior, la primera de las cuales era que la industria contaminante funcionase clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones. Esta clandestinidad en el funcionamiento de la industria, en la que los acusados tenían a su cargo el control del sistema de depuración de los vertidos, en modo alguno puede ser deducida de la declaración de hechos probados de la Sentencia recurrida que pone de relieve, por el contrario, la inicial existencia de una licencia administrativa y la posterior presencia de la Administración autonómica en el control de los vertidos. Pretende el Ministerio Fiscal que a la clandestinidad del funcionamiento de la industria y vertido de las aguas residuales contaminantes equivale la ilegalidad de un vertido indebidamente autorizado por la Administración, pero 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. La interpretación de la norma supuestamente aplicable que propone la parte recurrente, en cuanto implica apartarse del sentido gramatical de las palabras utilizadas por el legislador, incurre en la analogía proscrita por el principio de legalidad criminal. Debe ser rechazado, consiguientemente, el primer motivo de este recurso.

Segundo. En el segundo motivo del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, que se residencia también en el artículo 849.1.º LECrm, se denuncia una infracción, por inaplicación indebida, del párrafo tercero del artículo 347 bis CP/1973 en que se establecía, con los mismos términos del vigente artículo 326 e), el tipo agravado de delito contra el medio ambiente que se produce cuando los actos contaminantes originan un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico. Tampoco este motivo de impugnación puede recibir una favorable acogida. La interpretación que procede hacer de la expresión legal «deterioro irreversible o catastrófico» debe ser prudentemente rigurosa y exigente por dos razones: porque de no hacerse así se corre el peligro de vaciar prácticamente de contenido el tipo básico y porque a tenor del actual artículo 326 –cuya interpretación forzosamente ha de estar condicionada por la que se haga del derogado artículo 347 bis– el tipo agravado se encuentra conminado con una pena privativa de libertad cuyo límite mínimo es de cuatro años de prisión, lo que lo configura en todo caso como delito grave. De acuerdo con este criterio, debe entenderse que existirá deterioro irreversible cuando el daño en el medio ambiente que puedan ocasionar las emisiones o vertidos contaminantes alcance tal profundidad que no pueda ser remediado por la capacidad regeneradora de la propia naturaleza, haciéndose necesaria una intervención activa del hombre; y que existirá, por otra parte, deterioro catastrófico cuando el daño revista una intensidad y una extensión más que considerables por el número de elementos naturales destruidos, la población humana afectada y la duración de los efectos de la actividad contaminante. No aparece descrito en la declaración de hechos probados un riesgo de daño que merezca ser calificado de irreversible o catastrófico. Prescindiendo de la contaminación de los acuíferos de aluvión del río Tordera por diferentes compuestos dioxánicos y dioxalánicos –excluida por el Tribunal de instancia de la acción delictiva por desconocerse, según se dice, la posible toxicidad de tales compuestos y por continuar siendo potable, pese a su mal olor, el agua de los mencionados acuíferos– la contaminación pro-

ducida por aguas residuales de la industria con niveles excesivos de materias en suspensión y sedimentables, amoníaco, fenoles, detergentes y demanda biológica y química de oxígeno, se circunscribió al arroyo de Vallgorguina, afluente del río Tordera y, aunque tales vertidos fueron suficientes para destruir la fauna que habitaba las aguas de aquellas corrientes, la limitación espacial de sus efectos no parece compatible con la caracterización de los mismos como una verdadera catástrofe, en tanto la constancia de que ha bastado la adecuación de los vertidos a los límites legales para la recuperación de la biodiversidad de las aguas no permite, de acuerdo con la interpretación de la norma antes expuesta, considerar irreversible el daño causado. Todo ello nos lleva a rechazar la pretensión de que ha significado una infracción legal la inaplicación a los hechos probados del tipo agravado previsto en el párrafo tercero del artículo 347 bis CP/1973. Se desestima también, en consecuencia, el segundo y último motivos del recurso del Ministerio Fiscal.

(Sentencia de 19 de enero de 2002)

ARTÍCULO 368

Delito de tráfico de drogas. El conocimiento de la futura comisión del delito por quien no es garante de impedir su realización no es razón suficiente para la condena por tráfico de drogas

Tercero. «(...) El conocimiento de la futura comisión del delito por quien, según la jurisprudencia de esta Sala citada en la sentencia recurrida, no es garante de impedir su realización es completamente insuficiente para justificar su condena por el delito de tráfico de drogas. En efecto, el conocimiento de la acción realizada por otros no constituye una «activa participación» en el delito, como lo entendió la Audiencia, dado que conocer no es actuar y que el conocimiento, sin la realización de la acción, da lugar a una omisión de actuar, que sólo sería relevante en el caso en el que el omite fuera garante. Pero, la Audiencia ha negado correctamente –como dijimos basándonos en precedentes jurisprudenciales de esta Sala– que el hijo o el hermano sean garantes de que sus padres o hermanos no cometerán delitos en forma general. Mucho menos cuando en los hechos probados ni siquiera consta que el supuesto omite haya estado presente en el lugar del hecho. En consecuencia: el motivo se debe estimar con relación a Isabel C. L., respecto de la cual no se ha probado que haya intervenido ni en la preparación ni en la ejecución del delito.»

(Sentencia de 4 de febrero de 2002)

Remisión de droga desde el extranjero: supuestos en que procede calificar los hechos como tentativa

Único. Por la vía del artículo 849.1.º de la LECrm, el Ministerio Fiscal interpone en un motivo único, recurso por infracción de ley, al entender indebidamente aplicado el artículo 16.1 del CP, en relación con los artículos 368 y 369.3 del mismo texto legal.

1. Entiende el Ministerio Público que los hechos descritos en el «factum» se hallan consumados en la medida en que hubo disponibilidad de la droga, entendiéndose como tal no sólo la material tenencia, sino la posesión a distancia.

En esencia los hechos los podemos reducir a los siguientes:

Desde Colombia se remite un paquete postal con más de 3.647 gramos de cocaína, de una pureza del 53 % que va dirigido a nombre de Jairo C. Q., sin que se haya concretado si tal persona existe o es el sobrenombre que encubre a otra, o es el nombre convenido para que el procesado lo recoja.

Mario G., el procesado, lo va a recoger. La Policía Judicial, desde su llegada a Correos, detecta la droga y permite que de forma controlada el paquete se traslade a la empresa Geomil Express, que es adonde va a retirarlo el procesado.

La Policía que ha montado guardia, una vez retirado el paquete, le detiene, a pesar de sus intentos de eludir a la Policía conocedor del contenido del mismo.

Es de singular importancia el pasaje de los hechos probados en el que textualmente se dice: «... el procesado lo fue a recoger... (el paquete) por encargo de una persona cuya identidad se ignora y que le había facilitado un fax para poder retirarlo.»

La sentencia condena a la pena de 5 años al procesado como autor de un delito de tráfico de drogas, en cantidad de notoria importancia, en grado de tentativa, por no tener la disponibilidad de la droga, ni directa ni indirecta, ni física ni inmaterial.

2. Conocida la esencia de los hechos resulta de todo punto conveniente conocer la línea jurisprudencial mantenida por esta Sala, que resume perfectamente la Sentencia de 12 de diciembre de 2001, que nos dice:

«La doctrina de esta Sala (sentencias de 26 de marzo de 1997 y 21 de junio de 1999, entre otras), señala la dificultad de apreciación de formas imperfectas de ejecución en este tipo delictivo, dada la amplitud de la descripción legal de la acción típica, al tratarse de un delito de peligro abstracto cuya consumación no requiere la materialización de los objetivos perseguidos por el autor. Cabe admitir excepcionalmente la tentativa cuando el acusado no ha llegado a tener disponibilidad, ni aun potencial, sobre la droga, que no ha estado en su posesión, ni mediata ni inmediata. Es decir, que el intento de lograr la tenencia, materializado en acciones próximas a su obtención, es punible como tentativa (artículos 3 CP/1973 y 16.1 CP), cuando dicha tenencia no se alcanza por razones ajenas a la voluntad del autor.

En los supuestos de envío de droga desde el extranjero la tentativa es admisible cuando se estime acreditado por la Sala sentenciadora que la intervención del acusado no tuvo lugar hasta después de que la droga se encontrase ya en nuestro país, habiéndose solicitado por un tercero la colaboración del acusado para que participase, de un modo accesorio y secundario, en los pasos previos a la recepción de la mercancía por sus originales destinatarios, pero: 1.º) sin haber intervenido en la operación previa destinada a traer la droga desde el extranjero; 2.º) sin ser el destinatario de la mercancía; 3.º) sin que llegue a tener disponibilidad efectiva de la droga intervenida, por ser detenido antes de hacerse cargo efectivo de la misma o justo en ese momento por agentes policiales ya apercibidos, en los supuestos de entregas vigiladas (ver SSTs de 26 de marzo de 1997, 3 de marzo y 21 de junio de 1999 o 12 de mayo de 2001).»

«Concurre la tentativa cuando el autor, sin participación previa en el envío, ha intentado hacerse con la droga sin haber logrado su disponibilidad efectiva. En los supuestos en que el acusado ha sido detenido antes de llegar a hacerse cargo de la sustancia prohibida, la tentativa es clara (ver STS de 12 de mayo de 2001). Y este cri-

terio debe hacerse extensivo, como señala la STS de 5 de marzo de 2001, a los supuestos de entrega controlada o vigilada, en que la detención se produce de modo inmediato a realizarse la entrega, pues en tal caso la tenencia es puramente fugaz y nominal, sin disponibilidad efectiva, ya que el control policial previo imposibilita que el receptor disponga de la más mínima posibilidad de llegar a hacerse cargo de la cocaína para entregarla a su destinatario. Doctrina que debe considerarse ya como consolidada.»

(Sentencia de 1 de marzo de 2002)

Error de tipo: el acusado, que creía transportar hachís en lugar de heroína, tiene el deber de manifestar el porqué de la creencia equivocada para que la Sala pueda valorar el error padecido. La duda no es error e integra el dolo eventual. Quien transporta droga sin saber qué clase de droga, acepta que pueda tratarse de una droga gravemente dañosa para la salud

Sexto. 1. A la primera cuestión aluden los tres motivos primeros. Ahora vamos a referirnos al 1.º y 3.º conjuntamente.

En el motivo 1.º, al amparo del artículo 5.4 de la LOPJ (podía haberse utilizado ahora el más específico del artículo 852 LECrm, como se hace en el recurso de Francisco), se alega vulneración del derecho a la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE en relación a un extremo muy concreto: se dice que no hubo prueba sobre el conocimiento por parte de Ángel de la clase de droga que transportaba. Este procesado dijo en el juicio oral que creía que lo que traía en el coche que él conducía era hachís cuando luego resultó ser heroína.

El motivo 3.º se plantea como una consecuencia del 1.º Si Ángel creía que lo que transportaba era hachís, eliminada de los hechos probados la afirmación de que conocía la naturaleza de la droga que traía (heroína), habría de aplicarse al caso el artículo 14.2 CP, cuya inaplicación se denuncia aquí por la vía del núm. 1.º del artículo 849 LECrm, y, por tanto, habría de reducirse su condena a la correspondiente al tipo básico del artículo 368 (droga que no causa grave daño a la salud).

2. Ciertamente, de aplicarse al caso el mencionado artículo 14.2, la consecuencia habría de ser ésta. Dice esta norma penal que el error sobre un hecho que cualifica la infracción o constituye una circunstancia agravante impide la aplicación del tipo cualificado o de la agravante correspondiente.

El dolo, como elemento subjetivo del tipo en los delitos dolosos, requiere conocimiento y voluntad respecto de todos y cada uno de los elementos objetivos de la infracción y, en su caso, de la agravante correspondiente. En el artículo 368, con relación al tipo cualificado (sustancia que causa grave daño a la salud) tal conciencia y voluntad han de abarcar a ese hecho del cual se deriva la aplicación de esa infracción penal cualificada: ha de conocer el sujeto lo que es objeto de su tráfico ilícito, de tal manera que si, como se alega en el caso presente, una persona trae en su coche heroína en la creencia de que se trataba de hachís, faltaría el dolo respecto de la figura cualificada del artículo 368 que sólo abarcaría la del tipo básico.

El artículo 14.2 CP, al que nos venimos refiriendo, contempla ese elemento particular del dolo desde la perspectiva de su falta: el error sobre un hecho que cualifica la infracción equivale a la inexistencia de dolo respecto de este elemento fáctico cualificador del delito. La existencia de esta clase de error, sea vencible o invencible, deter-

mina la exclusión del tipo cualificado y la consiguiente aplicación del básico (SSTS 7 de julio de 1995, 25 de febrero de 1997, 16 de abril de 1997, 25 de marzo de 1998 y 27 de junio de 2000, entre otras).

La presunción de inocencia del artículo 24.2 CE, única regla en nuestro derecho procesal penal sobre la carga de la prueba, impone a la acusación la carga de acreditar también los datos de hecho configuradores del dolo como elemento subjetivo del delito. Cuando, como aquí ocurrió, se cuestiona por la defensa la concurrencia de algún extremo fáctico configurador del dolo, ha de quedar probada tal concurrencia para la aplicación de la correspondiente infracción penal.

En esto tiene razón el recurrente, pero no en cuanto a la aplicación de esta doctrina al caso presente. Veámoslo:

3. Ocurrió aquí que Ángel, que nunca había dicho antes nada al respecto, al contestar a las preguntas de su defensa —se había negado a contestar a las del Ministerio Fiscal— dijo que no llevaba heroína sino hachís, añadiendo que él no lo había guardado.

Ante esto, su defensa, que en calificación provisional se había limitado a pedir la absolución y, subsidiariamente, la aplicación de una eximente incompleta por su bajo cociente intelectual, sin decir nada sobre el mencionado artículo 14.2 CE, modificó tal calificación y pidió en sus conclusiones definitivas la aplicación de esta norma penal (art. 14.2).

Es decir, nada se había dicho antes sobre el hecho de que Ángel creyera que llevaba hachís en lugar de la heroína que efectivamente fue encontrada dentro del coche que él conducía (sobre la realidad de este hallazgo no se ha planteado cuestión).

Así las cosas, entendemos que es correcto que el Tribunal de instancia no creyera lo que en dicho acto del juicio oral dijo el acusado.

Ciertamente que el procesado no tiene la carga de probar el error que alega. Ya hemos dicho antes cómo el error es simplemente el reverso del dolo como elemento del delito, y cómo la acusación tiene la carga de probar la concurrencia de todos los elementos constitutivos de la infracción punible, también de los elementos subjetivos.

Pero si alguien manifiesta haber padecido tal error (creencia de que llevaba hachís en lugar de la heroína que efectivamente transportaba), es claro que, al menos, tiene que decir a la sala el porqué de tal creencia equivocada, para que, al valorar la prueba, pudiera sopesar las razones esgrimidas al respecto para dar o no crédito a esa manifestación. Decir simplemente que se tiene ese error, sin expresar por qué se produjo, no puede tener relevancia alguna: pudo el Tribunal de instancia entender que se trataba de una alegación más de las muchas que hacen los acusados en relación con cualquier hecho que creen que les puede beneficiar.

Tenía razones la Audiencia Provincial para dar como probado el hecho de que Ángel actuó con conocimiento de la naturaleza de la droga (heroína) que llevaba en su coche.

Muy importante, sin duda, es el dato de que Ángel nada dijera sobre su pretendido error hasta el mismo momento del juicio. Es inexplicable que, si realmente tenía esa creencia equivocada, dada la gran diferencia que hay entre llevar hachís y llevar heroína, de todos conocida (aunque sólo sea por ser de muy diferente valor en el mercado ilícito), él nada dijera sobre esto hasta el momento del juicio oral, particularmente en su indagatoria, donde a presencia de su letrado, tras serle notificado el auto de procesamiento donde aparecía, como elemento para él más relevante, que en el coche que conducía se encontraron 1.007 gramos de heroína de un valor superior a los 236 millones de pesetas, nada dijera sobre su creencia de que era hachís lo que llevaba, limitándose entonces a expresar que no deseaba hacer ninguna manifestación por acogerse a su derecho constitucional a no declarar y sin que su letrado, allí pre-

sente, efectuara ninguna pregunta, tal y como consta expresamente en dicha declaración.

Si a este dato tan relevante añadimos el relativo al hecho de no haber dicho nunca nada acerca de las razones por las que había tenido esa importante equivocación en cuanto a la clase de droga que transportaba, entendemos que la Audiencia Provincial dispuso de prueba de indicios para dar como hecho probado que tenía pleno conocimiento de la naturaleza de la droga que fue hallada en el vehículo que él se encontraba conduciendo cuando la guardia civil le detuvo después de intentar huir y tras haber tenido un accidente con dicho coche en tal huida.

En el escrito de recurso nos dice el letrado recurrente que la Audiencia Provincial tenía que haber creído las manifestaciones de Ángel relativas a su error sobre la droga transportada por el hecho de que él no era propietario de la misma y porque ésta se encontraba oculta y bien tapada de modo que no pudo percatarse de sus características. Entendemos que estos dos datos nos conducen a lo sumo a la prueba, no de que creyera que era hachís lo que llevaba, sino al hecho de que Ángel no supiera qué clase de droga había dentro del coche, es decir, nos conducirían a que, en base a tal doble circunstancia, el tribunal pudiera haber estimado que Ángel pudo no saber que llevaba heroína, esto es, pudo tener duda, por no haberse cerciorado suficientemente, sobre la clase de droga que transportaba.

Pero la duda no es error. La duda eliminaría el dolo directo sobre este extremo, pero no el dolo eventual (aplicable en estos casos, véanse las sentencias de esta sala de 25 de febrero de 1997 y 27 de junio de 2000). Quien transporta droga sin saber qué clase de droga, acepta que pueda tratarse de una droga gravemente dañosa para la salud.

En definitiva, saber que se trae droga, sin conocer su naturaleza, lleva consigo la aceptación del resultado que realmente pueda producirse. En este caso hay que entender que Ángel aceptó llevar la heroína, que es lo que efectivamente transportaba, en el supuesto de que, en la hipótesis patrocinada en el desarrollo de este motivo 1.º, por no ser el dueño de la mercancía ilícita y por no haber podido observar lo que contenían las bolsas que transportaba, hubiera de llegarse a la conclusión, no de que creyera que llevaba hachís, sino de que pudiera haber dudado acerca de la naturaleza de la droga que transportaba. Todo ello por aplicación a este caso de la mencionada doctrina sobre el dolo eventual.

(Sentencia de 8 de marzo de 2002)

Posibilidad de falta de antijuridicidad material de la conducta ante la ausencia de verdadero riesgo para el bien jurídico protegido en el tipo, cuando la cantidad de droga transmitida es tan insignificante que resulta, por sí sola, incapaz de producir efecto nocivo real a la salud

Tercero. En definitiva, y más allá de otros aspectos que aquí también podrían resultar de aplicación, aun cuando a ellos no se aluda en el Recurso, cuales serían: a) el error en la calificación del Tranxilium o del Rivotril, a los que el meritado Informe pericial alude, como sustancias que causan grave a la salud (inciso 1.º del art. 368 CP) contra la Jurisprudencia que tiene proclamado que tales fármacos y las sustancias que los integran (Alprazolam y Clonazepam), aunque penalmente relevantes, no alcanzan semejante gravedad (STS de 28 de junio de 1999, entre varias otras) y que,

por consiguiente, deberían incluirse en el inciso 2.º del referido artículo 368 del CP; y b) incluso, la posibilidad de falta de antijuridicidad material de la conducta enjuiciada, ante la ausencia de verdadero riesgo para el bien jurídico protegido en el tipo, cuando la cantidad de droga transmitida, en este caso un comprimido y medio supuestamente de Tranxilium, es tan insignificante que resulta, por sí sola, incapaz de producir efecto nocivo real a la salud (SSTS de 28 de octubre de 1996 y 9 de julio de 2001, por ejemplo), procede la estimación del motivo único en que el Recurso se apoya, con base en los argumentos expuestos en el anterior Fundamento Jurídico, con la consiguiente casación de la Resolución de instancia y absolución del recurrente en la segunda Sentencia que, a continuación de ésta, seguidamente se dictará, de acuerdo con lo previsto en el artículo 902 de la LECrM.

(Sentencia de 8 de marzo de 2002)

No debe hacerse una interpretación extensiva de los tipos; No existe acción típica cuando se actúa como intermediario, interpelado al azar por el comprador, en la adquisición de dos papelinas a cambio de una «rasquilla»: ausencia de peligro para el bien jurídico protegido

Único. El Fiscal ha denunciado infracción de ley, de las del artículo 849,1.º LECrM, por inaplicación de los artículos 369 y 374 Código Penal.

El hecho objeto de enjuiciamiento es que el acusado –al que la sala califica de sujeto marginal, con la mendicidad como medio de vida y consumidor ocasional de estupefacientes, en la medida que su situación económica lo hacía posible– a solicitud de otra persona, la acompañó hasta un lugar de venta de esas sustancias, brindándose a adquirir para aquella dos papelinas, a cambio de una «rasquilla» para él mismo. Fue detenido cuando hacía entrega de dos bolsitas con 0,31 gramos y de la vuelta del billete de 5.000 ptas. empleado en la compra.

El argumento de apoyo es que la acción descrita debe considerarse constitutiva de facilitación o favorecimiento de consumo de drogas (art. 368 Código Penal). Máxime, dice el recurrente, si se tiene en cuenta que en la jurisprudencia prevalece «una interpretación extensiva de ese precepto».

La sala de instancia entendió con buen criterio que la conducta de referencia, al igual que otras de parecida significación, no es subsumible en aquel precepto porque, en realidad, no lesiona ni pone en riesgo bien jurídico alguno. Señalando, con sobrada razón, que una inteligencia del texto legal como la postulada por la acusación –por coherencia– debería llevar también a la inculpación del comprador mediato, que, con su disposición a ceder una «rasquilla» al que ahora se juzga, estaría asimismo fomentando en él el consumo de la sustancia tóxica; y, con ello, dando satisfacción a las exigencias del tipo punitivo entendido extensivamente y con el grado de formalismo abstracto que postula el Fiscal.

El Fiscal alude en su escrito a algunos supuestos que entiende asimilables al que se examina, en los que habría recaído condena. Pero lo cierto es que, después de una nutrida práctica jurisdiccional, puede decirse suficientemente asentado en la jurisprudencia de esta sala un criterio favorable, no a la «interpretación extensiva» que dice advertir el ministerio público, proscrita en materia de Ley Penal (STC 123/2001, de 4 de junio), sino a la lectura más adecuada a la protección del bien jurídico en su materialidad estricta.

Expresión de esa pauta interpretativa es la que está presente en sentencias que no advierten ánimo de tráfico en la entrega de pequeñas cantidades para uso personal e inmediato del que las recibe, siempre que medie un tipo de relación que circunscriba objetivamente el alcance de esa acción al restringido círculo de consumidores implicados y cuando con ella no se persiga la obtención de un lucro (así en sentencias como las de 3 de abril y de 26 de septiembre, ambas de 2000).

Cierto es que en el caso a examen el contacto entre el acusado y la otra persona fue ocasional, pero el supuesto guarda estrecha relación analógica con los aludidos, con la particularidad de que aquí se trata de analogía «in bonam partem», que, como se sabe, es perfectamente compatible con el principio de Legalidad Penal.

En efecto, la operación de compra se produjo no a iniciativa del después acusado, sino porque éste fue interpelado al azar por el interesado en ella. Esto excluye en aquél una actitud orientada a la captación de terceros para la difusión indiscriminada de las sustancias estupefacientes; y no hay prueba, y ni siquiera se ha sugerido, de que pudiera mantener una relación estable con el vendedor para la captación de clientes. En realidad, el denunciado disponía y facilitó una información que estaba al alcance de cualquier consumidor de la zona y su contribución no tuvo mayor trascendencia que la que sería atribuible al mero señalamiento de un punto de venta. Por lo demás, es claro que el objeto de la operación fue una pequeña cantidad de cocaína, destinada al consumo inmediato de quien estaba suficientemente iniciado en la autoadministración de esa droga.

En consecuencia y por todo, debe desestimarse el recurso.

(Sentencia de 8 de marzo de 2002)

Delito provocado: concepto. Diferencias con el agente encubierto. El delito queda consumado desde el momento en que se tiene disponibilidad de la droga aunque sea de forma mediata

Primero. (...) El delito provocado aparece cuando la voluntad de delinquir surge en el sujeto, no por su propia y libre decisión, sino como consecuencia de la actividad de otra persona, generalmente un agente o un colaborador de los Cuerpos o Fuerzas de Seguridad, que, guiado por la intención de detener a los sospechosos o de facilitar su detención, provoca a través de su actuación engañosa la ejecución de una conducta delictiva que no había sido planeada ni decidida por aquél, y que de otra forma no hubiera realizado, adoptando al tiempo las medidas de precaución necesarias para evitar la efectiva lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. Tal forma de proceder lesiona los principios inspiradores del Estado Democrático y de Derecho, afecta negativamente a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad, fundamento del orden político y de la paz social según el artículo 10 de la Constitución, y desconoce el principio de legalidad y la interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos, contenidos en el artículo 9.3 de la misma, sin que resulte admisible que en un Estado de Derecho las autoridades se dediquen a provocar actuaciones delictivas (STS de 21 de junio de 1994). Hemos dicho en la STS de 15 de septiembre de 1993, que «para la existencia del delito provocado es exigible que la provocación –en realidad, una forma de instigación o inducción– parta del agente provocador, de tal modo que se incite a cometer un delito a quien no tenía previamente tal propósito, surgiendo así en el agente todo el “iter criminis”, desde la fase de ideación o deliberación a la de ejecución, como consecuencia de la iniciativa y comportamiento del provocador, que

es por ello la verdadera causa de toda la actividad criminal, que nace viciada, pues no podrá llegar nunca a perfeccionarse, por la ya prevista "ab initio" intervención policial. Esta clase de delito provocado, tanto desde el punto de vista de la técnica penal –por el carácter imposible de su producción– como desde el más fundamental principio constitucional de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) y hasta desde el de la lícita obtención de la prueba (art. 11.1 LOPJ) debe considerarse como penalmente irrelevante, procesalmente inexistente y, por todo ello, impune». En estos casos, por lo tanto, además de la infracción de principios constitucionales, no puede decirse que exista infracción criminal más que en apariencia, pues no se aprecia riesgo alguno para el bien jurídico, como consecuencia del absoluto control que sobre los hechos y sus eventuales consecuencias tienen los agentes de la autoridad encargados, precisamente, de velar por la protección de aquellos bienes.

No existe delito provocado, sin embargo, cuando los agentes de la autoridad sospechan o conocen la existencia de una actividad delictiva y se infiltran entre quienes la llevan a cabo, en busca de información o pruebas que permitan impedir o sancionar el delito. En estas ocasiones, la decisión de delinquir ya ha surgido firmemente en el sujeto con independencia del agente provocador, que, camuflado bajo una personalidad supuesta, se limita a comprobar la actuación del delincuente e incluso a realizar algunas actividades de colaboración con el mismo, en la actualidad reguladas, desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/1999, de 13 de enero, en el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se refiere concretamente a adquirir y transportar los objetos, instrumentos o efectos del delito. La intervención policial puede producirse en cualquier fase del «*iter criminis*», en el momento en que el delito ya se ha cometido o se está cometiendo, especialmente en delitos de tracto sucesivo como los de tráfico de drogas, y aun en sus fases iniciales de elaboración o preparación, siendo lícita mientras permita la evolución libre de la voluntad del sujeto y no suponga una inducción a cometer el delito que de alguna forma la condicione. En estos casos, la actuación policial no supone una auténtica provocación, pues la decisión del sujeto activo siempre es libre y anterior a la intervención puntual del agente encubierto, aunque éste, siempre por iniciativa del autor de la infracción criminal, llegue a ejecutar labores de adquisición o transporte de los efectos del delito (art. 282 bis de la LECrm), u otras tareas de auxilio o colaboración similares, simulando así una disposición a delinquir que permite una más efectiva intervención policial.

En la STS de 15 de septiembre de 1993, antes citada, hemos señalado, en este sentido, que «otra cosa es el supuesto en el que el autor ha resuelto cometer el delito y es él quien espera o busca terceros para su co-ejecución o agotamiento, ofreciéndose en tal caso a ello los agentes de la autoridad, infiltrados en el medio como personas normales y hasta simulando ser delincuentes, como técnica hábil para descubrir a quienes están delinquirando o se proponen hacerlo, en cuyo supuesto está la policía ejerciendo la función que le otorga el artículo 282 LECrm. En tal caso el delito arranca de una ideación criminal que nace libremente en la inteligencia y voluntad del autor y se desarrolla conforme a aquella ideación hasta que la intervención policial se cruza, con lo que todos los actos previos a esa intervención policial son válidos para surtir los efectos penales que le son propios, según el grado de desarrollo delictivo alcanzado y sólo a partir de la actuación simulada de los agentes los actos realizados serán irrelevantes por la imposibilidad de producción de sus efectos. En otras palabras, la provocación policial que actúa sobre un delito ya iniciado sólo influirá en el grado de perfección del mismo, en función del momento del "*iter criminis*" en que aquella intervención se produjo, bien limitándose a su descubrimiento y constatación en la fase postconsumativa o de agotamiento, bien originando su frustración o tentativa si la intervención policial se produce antes de que el delito se haya consumado».

Según esta doctrina, la intervención policial en una actuación delictiva en curso, dirigida a la obtención de pruebas y a la detención de los autores, no impedirá la condena si el delito ya se había consumado con anterioridad a aquélla. Ello no impide, sin embargo, que cuando la intervención policial se produce antes de la consumación pueda sostenerse la existencia de tentativa o de actos preparatorios punibles o, incluso, la atipicidad de la conducta por imposibilidad absoluta de peligro real para el bien jurídico protegido, en función del grado de control que sobre los hechos pueda tener la autoridad que interviene en los mismos.

En la sentencia impugnada el Tribunal de instancia resuelve fundadamente la cuestión, y declara probado que fue uno de los recurrentes, Alfredo C., quien propone a Francisco Javier D., sin que conste que conociera su condición de Guardia Civil, la realización de operaciones ilícitas de introducción de piedras o materiales preciosos. Es esta proposición, que se sitúa inicial y aparentemente fuera de la ley, lo que determina que la Guardia Civil designe a un agente encubierto para investigar la operación, que posteriormente se concreta, nuevamente a iniciativa de Alfredo C., en la introducción en España de una maleta con algo que, según da a entender, será droga procedente de un país sudamericano, solicitando la colaboración del agente encubierto para localizar a una persona que tuviera facilidad para pasar una maleta en el aeropuerto de Barajas sin control de aduana, Fundamento de Derecho Primero de la sentencia, lo cual provoca la aparición de un nuevo agente encubierto de la Guardia Civil, que, manifestando estar destinado en la aduana del aeropuerto de Barajas, simula aceptar el soborno propuesto por los acusados, en una entrevista en la que, aunque el peso de la conversación recayó en José D. T., estuvieron presentes los acusados Alfredo C. y Roque P. Establecida la forma de realizar los contactos posteriores, que se concretarían mediante llamadas del primer agente encubierto a Alfredo C., se celebran nuevas reuniones en las que intervienen los acusados Roque P. y José D., procediendo en una de ellas, el 16 de mayo de 1996, a mostrar a los agentes a la persona que iba a ejecutar materialmente el transporte de la maleta con la droga, que resultó ser el recurrente Manuel P., realizándose finalmente la operación, con el resultado que consta en los hechos probados, el día 8 de junio de 1996. En ningún momento del relato fáctico se aprecia que los hechos comiencen o se desarrollen a consecuencia de la iniciativa, sugerencia o solicitud de los agentes encubiertos, que se limitan a intervenir observando los hechos y accediendo a las propuestas de los acusados, que son quienes ponen de manifiesto con su conducta su disponibilidad sobre una indeterminada cantidad de droga, y la existencia de una decisión previa de realizar su introducción en España. En cuanto a los contactos telefónicos, en los hechos probados consta que los primeros tienen lugar mediante llamadas de Luis Ramón A. C., por cuenta de Alfredo C., a Francisco Javier D.; que pactan que los contactos posteriores se efectúen a través de llamadas del agente encubierto al despacho de Alfredo C., y que es éste quien decide la cita y lo comunica a los demás. En ningún momento, pues, se declara probado que la iniciativa partiera de los agentes de la Guardia Civil.

Por otra parte, como razona el Tribunal de instancia, la intervención policial se produce cuando el delito, respecto de Alfredo C., Roque P. y José D., ya se había consumado, lo que permite su sanción como tal. Los delitos contra la salud pública, en su modalidad de tráfico de drogas, tienen la naturaleza de delitos de peligro abstracto de resultado cortado y de consumación anticipada, porque, en definitiva, contienen en sí mismos un daño potencial de tal manera que basta la simple posesión de la droga con ánimo de traficar con ella para que esa consumación se produzca, siendo también de destacar que no es exigible que se trate de una posesión directa, física e inmediata, siendo suficiente una posesión mediata (STS de 16 de julio de 2001). En este sentido, hemos dicho reiteradamente que el delito contra la salud pública se consuma desde que

el autor del hecho punible ha tenido la disponibilidad, aunque sea mediata, de la sustancia, ya que el favorecimiento del tráfico se produce y perfecciona desde el momento en que existe acuerdo para el envío, el transporte o la entrega (STS de 19 de septiembre de 2000). El Tribunal de instancia realiza una inferencia, en la que no expresa dudas sino un absoluto convencimiento, en el sentido de considerar que el ofrecimiento de una importante cantidad de dinero a cambio de facilitar el paso de la droga por la aduana implicaba la disponibilidad de la sustancia con anterioridad a la intervención de los agentes. Efectivamente no puede considerarse razonable que los acusados asumieran el evidente riesgo que supone el intento de soborno a un Guardia Civil del servicio de aduanas del aeropuerto de Madrid-Barajas si antes no disponían de la droga que pretendían introducir, siquiera fuese una disponibilidad mediata y no del todo concretada en cuanto a la cantidad exacta de droga. El transcurso del tiempo entre los primeros contactos y el transporte efectivo no resulta incongruente con esta afirmación si se tiene en cuenta la importante cantidad de droga y la necesidad de asegurar no sólo la entrega y el transporte sino también su distribución, una vez en España.

La determinación del momento de la consumación del delito desde aquel en que los autores tienen la disponibilidad, aunque sea mediata, de la droga, así como las consecuencias que provoca en la valoración de la conducta como constitutiva de delito el control que los agentes de la Guardia Civil tienen sobre el desarrollo de los hechos desde su intervención, conduce a negar relevancia penal a las fases de la conducta desarrolladas bajo el absoluto control policial, pues queda eliminado desde entonces el riesgo para el bien jurídico. Ello tiene dos consecuencias. En primer lugar, al contrario de lo que ocurre con los demás recurrentes, respecto de los que se ha acreditado su intervención en la organización de la operación y en la disponibilidad de la droga, la conducta de Manuel P. tiene lugar en la última fase de los hechos, precisamente en la ejecución material del transporte de la droga, que se efectúa en todo momento bajo directo control de los agentes de la Guardia Civil, sin que se haya declarado probada ninguna intervención anterior a ese momento, lo que debe dar lugar a su absolución. En segundo lugar, como se expresará en el Fundamento de Derecho Séptimo de esta sentencia al resolver sobre el correspondiente motivo, teniendo lugar esta última fase, ya controlada policialmente, y carente de relevancia penal, desde la reunión del día 16 de mayo, no puede afirmarse que resulte de aplicación el Código Penal de 1995, que no entró en vigor hasta el día 25 siguiente, por lo que no resultando más beneficioso, procede aplicar el vigente al tiempo de los hechos, esto es, el Código de 1973.

Conforme a lo expuesto, se desestiman los motivos de los recurrentes Alfredo C. y José D. y se estima el motivo de Manuel Plaza.

(Sentencia de 12 de junio de 2002)

ARTÍCULO 369.2

Tipo agravado del delito de tráfico de drogas. Hechos realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados: fundamento de su apreciación. Deben excluirse los supuestos en los que el local es mero depósito transitorio de la sustancia ilícita poseída

Segundo. El cuarto de los motivos formalizados lo es por infracción de ley del artículo 849.1 LECrm, denunciando violación por aplicación indebida del artículo 369.2 CP, que tipifica el subtipo agravado relativo a la realización de los hechos definidos en el artículo 368 en establecimientos abiertos al público.

Se afirma que en los hechos probados no se constata tal agravación delictiva. Sin embargo, olvida el recurrente que se afirma que «en el interior del establecimiento abierto se encontraban varias personas, entre ellas tres que tenían en su poder diversas papelinas de cocaína que habían adquirido instantes antes la sustancia en el citado establecimiento». Tampoco puede pasarse por alto la descripción que se hace en el «factum», y que se recoge en el propio motivo, de los utensilios, sustancia estupefaciente y dinero ocupados en el establecimiento, así como las afirmaciones fácticas contenidas en el tercero de los fundamentos.

La Jurisprudencia de esta Sala, en relación con el subtipo agravado de referencia, ha declarado: a) su aplicación no puede fundamentarse en meras consideraciones formales sino que exige un criterio restrictivo y un riguroso análisis de la concurrencia de los elementos materiales que constituyen la «ratio legis» de la agravación, sin que se permita una interpretación extensiva del tipo; b) el fundamento material de la agravación se encuentra en la intensificación del peligro para el bien jurídico protegido que representa aquellos supuestos en que parapetados en la apariencia de la normal explotación de un establecimiento, y merced a las oportunidades que ello reporta, existen montajes de ilegítimo tráfico de sustancias estupefacientes, y en el mayor reproche que, en el plano de la culpabilidad, deriva del desvío dedicacional de unos locales cuya permisión de apertura se ceñía a fines de utilidad o esparcimiento público, y el fraudulento, astuto e ilícito aprovechamiento de facilidades propiciadas por ese aparente marco de legalidad; y c) como consecuencia de lo anterior es necesario constatar en los hechos probados las circunstancias reflejadas, precisándose la acreditación de que la finalidad requerida en el tipo básico planeaba ser desarrollada en tal establecimiento, excluyéndose con ello los supuestos en que el local es mero depósito transitorio de la sustancia poseída (SSTS de 20 de febrero y 19 de diciembre de 1997, 1 de marzo y 15 de diciembre de 1999, 10 de febrero de 2000).

Pues bien, en el caso de autos no se trata de un mero depósito de sustancias estupefacientes ajeno a las finalidades previstas en el tipo básico, sino que se constata la existencia de los útiles necesarios para su venta en el propio establecimiento, pues de lo contrario no tendría sentido su existencia en el mismo, y ello en relación con la constatada afirmación según la cual varias personas habían adquirido la cocaína en aquél en múltiples ocasiones, como así también se consigna en la sentencia impugnada con valor fáctico en el tercero de los fundamentos jurídicos.

El motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 16 de enero de 2002)

ARTÍCULO 380

Delito contra la seguridad del tráfico. Conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas. Diferencias con infracción administrativa. Supuestos en los que la negativa rebasa el desvalor propio de la infracción administrativa. Obligatoriedad de la realización de las dos pruebas, no bastando sólo una

Segundo. Los hechos que se declaran probados no permiten imputar al acusado –en la forma clara e indubitada precisa para una condena penal– la comisión del

delito de conducción de vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas del artículo 379 del Código Penal del que viene acusado. El artículo 379 del Código Penal que castiga con las correspondientes penas al que «condujere un vehículo a motor o un ciclomotor bajo la influencia de (...) bebidas alcohólicas», guarda relación directa con el artículo 12 del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial (RD 339/1990, de 2 de marzo), que prohíbe circular por las vías públicas «con tasas superiores a las que reglamentariamente se establezcan de bebidas alcohólicas» (v. artículo 20 del Reglamento de Circulación –RD 13/1992, de 17 de enero–), pero sin confundirse con él, ya que ambos preceptos tienen un ámbito de aplicación distinto. Para la subsunción del hecho enjuiciado en el referido tipo penal no basta comprobar el grado de impregnación alcohólica del conductor, es menester que, además, esté igualmente acreditado que el mismo conducía bajo la influencia de tal ingestión (v. S. de 9 de diciembre de 1999). Sin perjuicio, claro está, de que el Juzgador pueda inferir razonablemente dicha influencia en atención al alto grado de impregnación alcohólica del conductor.

La jurisprudencia ha declarado también que, para que proceda la aplicación del artículo 379 del Código Penal, no es necesario demostrar la producción de un «peligro concreto» ni, por supuesto, ningún resultado lesivo, como demandan otros tipos penales, por cuanto el tipo aquí examinado exige únicamente la existencia de un «peligro abstracto» que, en todo caso, ha de ser real y no meramente presunto (v. SSTS de 19 de mayo de 1982, 7 de julio de 1989 y 5 de marzo de 1992, entre otras).

En el presente caso, las pruebas de cargo practicadas no han permitido a este Tribunal formar una convicción firme y precisa respecto del grado de impregnación alcohólica del acusado el día de autos, dado que únicamente se le practicó la denominada prueba de muestreo con un etilómetro manual y su comportamiento con la fuerza actuante fue, en todo momento, correcto y de colaboración con la misma; con independencia, claro está, de que –como hemos dicho–, para subsumir los hechos enjuiciados en el tipo penal del artículo 379 del Código Penal, no basta comprobar el grado de impregnación alcohólica del conductor del vehículo, sino que es preciso comprobar la influencia de la ingesta en la conducción, y, en el presente caso, se trata de una cuestión que no puede considerarse suficientemente acreditada por la prueba practicada. Para ello, hubiera sido necesario conocer –de forma incuestionable– el grado de impregnación alcohólica con la que el acusado conducía su vehículo el día de autos, y, en la medida de lo posible, las incidencias relevantes de su viaje, de modo especial las determinantes de la salida fuera de la calzada del vehículo que conducía.

Procede, en consecuencia, absolver al acusado del delito contra la seguridad del tráfico previsto en el artículo 379 del Código Penal del que venía acusado en esta causa.

Tercero. En cuanto al delito de desobediencia a los agentes de la autoridad del artículo 380 del Código Penal, del que también se acusa al señor D. L., debemos reiterar cuanto ya dijimos acerca del mismo en nuestra sentencia de fecha 9 de diciembre de 1999, tanto respecto al carácter doctrinalmente polémico de esta figura penal, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por el Código Penal de 1995, como sobre el reconocimiento de su constitucionalidad por el Tribunal Constitucional (v. S. del Pleno, de 2 de octubre de 1997), y respecto de los casos en que la negativa a la práctica de las pruebas de alcoholemia por parte de los conductores requeridos al efecto por los agentes de la autoridad, rebasando el ámbito del Derecho administrativo sancionador, tiene entidad suficiente para alcanzar el propio de la infracción penal –supuestos de negativa a someterse a estas diligencias por parte de conductores implicados en un accidente de circulación o que conduzcan con síntomas que permitan razonablemente presumir que conducen bajo la influencia de bebidas alcohólicas,

v. artículo 21.1 y 2 del Reglamento General de Circulación—. Todos los conductores de vehículos tienen la obligación de someterse a «las pruebas» que se establezcan para la detección de las posibles intoxicaciones por alcohol (art. 12.2 del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial). Obligación que se regula detalladamente en los artículos 20 y siguientes del Reglamento de Circulación (RD 13/1992, de 17 de enero). Tales pruebas —como se dice en el artículo 22 del Reglamento citado— «consistirán, normalmente, en la verificación del aire espirado mediante etilómetros que, oficialmente autorizados, determinarán de forma cuantitativa el grado de impregnación alcohólica de los interesados»; precisándose luego —en el artículo 23 del citado Reglamento— que «si el resultado de la prueba practicada diera un grado de impregnación alcohólica superior a 0,5 g de alcohol por litro de sangre, o a 0,25 miligramos de alcohol por litro de aire espirado —como es el caso— (...), el agente someterá al interesado, para una mayor garantía y a efectos de contraste, a la práctica de una segunda prueba de detección alcohólica por aire espirado, mediante un procedimiento similar al que sirvió para efectuar la primera prueba, de lo que habrá de informarle previamente» (el subrayado es nuestro) —exigencia, esta última, cumplida también en el presente caso—. Llegados a este punto, es preciso poner de manifiesto la obligación que el conductor tiene de someterse a esta segunda diligencia, si concurren las circunstancias reglamentarias precisas para ello —como sucede en el presente caso—, y que su negativa hace que su conducta deba considerarse incluida en el tipo penal del artículo 380 del Código Penal, pues entenderlo de otra forma, considerando que el conductor queda exento de responsabilidad penal sometiéndose únicamente a la primera diligencia, implicaría un verdadero fraude legal, por cuanto —dadas las características de los etilómetros con los que se practican las denominadas pruebas de muestreo— podría cuestionarse el resultado obtenido con ellos con lo que, en la práctica, devendría absolutamente ineficaz la norma legal.

Es preciso concluir, por todo lo dicho, que la negativa a la práctica de la segunda prueba de medición de alcoholemia debe ser calificada como constitutiva de un delito contra la seguridad del tráfico del artículo 380 del Código Penal, que castiga con las correspondientes penas al conductor «que, requerido por el agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas (...)» (el subrayado es nuestro), que es precisamente lo que ocurrió en este caso, en el que el acusado tuvo un accidente de tráfico y presentaba algunos signos de ingesta alcohólica.

(Sentencia de 22 de marzo de 2002)

ARTÍCULO 386

Posesión de moneda falsa adquirida de buena fe sin realizar actos de distribución o ponerla en circulación: supuestos de ejecución imperfecta

Primero. El hoy recurrente fue condenado por la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional como autor de un delito de expendición de moneda falsa del artículo 386.3 CP en grado de tentativa.

Frente a dicho pronunciamiento formula un único motivo de casación por ordinaria infracción de ley «ex» artículo 849.1 LECrm, denunciando aplicación indebida de los artículos 386.3, ya citado, y 16.1 del mismo Texto.

Se aduce en el desarrollo del motivo sustancialmente que el precepto citado en primer lugar no es aplicable al caso por cuanto no castiga la mera tenencia de moneda falsa, aun a sabiendas de su falsedad, cuando el conocimiento de dicha inautenticidad es posterior a la adquisición de la misma, y, por otra parte, la punición de la tentativa sólo es posible cuando se haya dado principio a la ejecución del delito mediante hechos exteriores, lo que en el presente caso no sucede, pues «se penaliza el hecho en base a la intención».

La vía casacional elegida exige el absoluto respeto de la declaración fáctica de la sentencia (artículo 884.3 LECrm), en cuyo texto, en lo que interesa, se afirma que «no queda probada la procedencia de estos billetes, pero sí que el acusado los tenía con intención de emplearlos en un viaje que pensaba realizar a Brasil y que sabía que eran billetes inauténticos».

El párrafo tercero del nuevo artículo 386, cuyo antecedente está constituido por el 286 del Texto derogado, criminaliza el supuesto de expendición o distribución de moneda falsa adquirida de buena fe después de constarle al agente la falsedad de la misma, siempre que el valor aparente de la moneda fuese superior a las 50.000 pesetas, pues siendo inferior será considerado el hecho como falta tipificada en el artículo 629 CP vigente. La consumación del delito, pues, exige: a) el hecho de la adquisición de la moneda apócrifa de buena fe, es decir, ello implica que el adquirente haya sido bien engañado por el expendedor de la misma o bien incluso le haya sido entregada sin tampoco conocer aquél su inautenticidad, pues lo relevante es el desconocimiento de la falsedad, siendo incluso indiferente que la posesión haya sido adquirida en virtud de una transacción lícita o de un hecho ilícito, pues la buena fe se predica de la moneda en sí misma pero no del título de su adquisición; b) que tenga conocimiento de la falsedad con posterioridad a dicho momento adquisitivo y ya la moneda en su posesión; c) que la misma sea expendida o distribuida a un tercero, lo que equivale al traspaso de la posesión de las monedas o su reintroducción en el tráfico, bastando para ello el mero acto traslativo; y d) que el valor aparente de dicha moneda expendida o distribuida exceda de la cuantía de 50.000 pesetas. A la vista de los requisitos anteriores se observa la falta de concurrencia del correspondiente al apartado c), de naturaleza eminentemente objetiva, pues los billetes no llegaron a cambiar de mano. Por ello la Audiencia entiende que el desarrollo del delito no alcanza el grado de consumación, pero los actos descritos en el «factum» son subsumibles en el grado de tentativa que con carácter general regula el artículo 16.1 CP.

La tentativa supone pasar ya de la fase preparatoria a la de ejecución, pues como señala el precepto indicado existe cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado y sin embargo éste no se produce por causas independientes del autor, es decir: objetivamente, se requiere la ejecución parcial o total de los hechos descritos en el tipo penal; subjetivamente, la voluntad del agente de alcanzar la consumación del delito; y, por último, la ausencia de un desistimiento voluntario. Mientras que en relación con los actos preparatorios la regla general es la de su impunidad, cuando se ha pasado ya a la fase ejecutiva del delito el principio que opera es el de la punición de la tentativa con las excepciones señaladas en el artículo 15 CP.

El motivo debe ser estimado.

En primer lugar, por cuanto el sustrato fáctico no revela la existencia de hechos exteriores directamente encaminados a la ejecución del tipo penal, y la intención constatada del agente no deja de ser una mera ideación o preparación sujeta en su caso a la contingencia que dicho ánimo lleva consigo. No es posible reconocer desde una esfera ajena al sujeto un hecho externo ejecutivo basado en la mera ideación o

intención del mismo, cuando la mera tenencia de las monedas inauténticas adquiridas de buena fe no está criminalizada.

En segundo lugar, una valoración sistemática del complejo precepto constituido por el artículo 386 CP nos lleva a aceptar como criterio del legislador la punición expresa de determinados supuestos de tentativa de expendición o distribución de moneda falsa, así, el párrafo segundo de dicho precepto castiga la tenencia para su expendición o distribución siempre que la tenencia sea fruto de la connivencia con los falsificadores, introductores o expendedores a que se refieren los tres números del párrafo primero del citado precepto, lo que sin embargo no se prevé cuando la adquisición es de buena fe. Igualmente, el inciso segundo del párrafo segundo del artículo 386, que castiga la tenencia preordenada a la circulación de la moneda falsa adquirida en ese concepto. Si en estos casos la barrera de protección penal se adelanta criminalizando lo que es una tentativa de expendición o distribución, ello es porque se trata de supuestos de injustos más graves que el previsto en el párrafo tercero aplicado por la Audiencia.

En tercer lugar, este último supuesto de expendición atiende también a una realidad respecto de la cual ensanchar su criminalización resultaría excesivo (vuelta en el comercio de un billete falso recibido de buena fe, constancia posterior de su inautenticidad, e intención del sujeto de reintroducirlo en el comercio). Ello debe responder al principio de intervención mínima desde la perspectiva del legislador.

Por último, la Jurisprudencia de esta Sala es cierto que ha admitido supuestos de ejecución imperfecta en relación con este tipo de delitos. La STS de 30 de junio de 1993 se refiere a una tentativa de expendición en relación con el antiguo artículo 285 CP/1973, pero no se trataba de adquisición de buena fe, admitiéndose cuando la entrega no llega a realizarse por causas ajenas a la voluntad del agente (intervención policial o que la moneda sea rechazada por la persona a la que se ofrece, antiguo supuesto de frustración). También SSTS de 12 de febrero de 1990, 1 de octubre de 1990, 2 de marzo de 1991. La de 1 de octubre de 1992, referida al antiguo artículo 287, afirma que se trata de un simple delito de actividad que por ello no acepta las formas imperfectas de ejecución. Sin embargo, la mucho más reciente sentencia 88/1999, de 27 de enero, afirma, aunque directamente para desestimar la aplicación del párrafo segundo del artículo 386 CP al caso enjuiciado, que no es delictiva la adquisición ni posesión, en cuanto tenencia, ni siquiera tras saber la falsedad de la moneda y decidir expendirla, porque falta la exigencia típica de la conciencia de la falsedad precisamente en el momento inicial de su adquisición (lo que determinaría la aplicación de dicho párrafo), siendo otra cosa que la infracción se cometiera después con el hecho de expendirla sabiendo ya que era falsa, lo que equivale a entender impune la tenencia en la hipótesis del párrafo tercero.

(Sentencia de 29 de enero de 2002)

Contactar con personas para dar salida a los billetes falsos a sabiendas de ello. La falsificación de moneda es un proceso complejo: codominio de la acción

Tercero. Se trata de un recurso formalizado a través de cuatro motivos que si bien inicialmente se refería sólo a Sergio, posteriormente, por escrito aparte del Procurador se extendió a Francisco de forma escueta.

El primer motivo, por el cauce de la vulneración de derechos constitucionales en denuncia de haberse violentado el derecho a la presunción de inocencia.

El motivo con una concisa argumentación de tipo teórico sobre el alcance del derecho a la presunción de inocencia, concluye «per saltum» con la afirmación de que en el presente caso no ha existido prueba de cargo capaz de enervar aquella presunción.

Con la misma concisión, debemos responder que en la sentencia recurrida, a los folios 16 y 18, se enumeran, también concisamente las pruebas de cargo existentes contra uno y otro.

En relación a Sergio, recordemos que en Málaga fue detenido cuando se entrevistaba con el otro recurrente, Francisco, ocupándosele en el vehículo una bolsa con diez millones de pesetas, falsos, siendo además el arrendatario del local en el que se encontró la máquina impresora Heidelberg.

En relación a Francisco, la prueba de cargo está constituida por la declaración de los agentes policiales que le seguían y que actuaron en la detención de ambos, que acudieron al Plenario –folio 821 del Rollo de Sala–, y ello unido a haberse encontrado en el registro de su domicilio unas 740.000 pesetas todas en billetes de cinco mil ptas. falsos, idénticos al resto de los ocupados en la causa. También se citan las contradicciones entre las declaraciones de ambos.

El resultado del control casacional es la verificación de que existió prueba de cargo siendo la valoración efectuada por la Sala razonable y en modo alguno arbitraria. No hubo vacío probatorio.

Procede la desestimación del motivo.

El motivo segundo, por el cauce de la Infracción de Ley del núm. 1 del artículo 849 denuncia como indebida la aplicación del artículo 386-1.º del Código Penal.

En relación a Sergio, único al que se refiere el motivo, la denuncia casacional no respeta el «factum», y por ello ya incurre en causa de inadmisión que en el presente momento opera como causa de desestimación. Estima el recurrente que como en el «factum» sólo se recoge la marcha del mismo a Málaga para dar salida a una partida de billetes falsos a través de Francisco S., y también se le reconoce como arrendatario del local en el que se encontró la máquina impresora, de ello no se deriva que ejecutara el verbo del tipo penal por el que ha sido condenado –386-1.º–, que se refiere al que «fabricase moneda falsa».

El motivo no puede prosperar. La falsificación de moneda es un proceso complejo que se integra por una serie de tareas que van desde la compra de maquinaria y demás efectos, disponibilidad del local adecuado y el propio proceso de impresión, por ello, todos los que participan debidamente coordinados en un reparto de tareas en la ejecución de actos nucleares en relación al tipo, sin el cual aquél no puede conseguirse están evidenciando un efectivo codominio de la acción y deben ser tenidos por autores, de acuerdo con el concepto amplio de autor que rige en el Código Penal –artículo 28–. En el presente caso, ello es tanto más evidente cuanto que existía un previo concierto en los términos que se narran en el «factum».

En relación a Francisco, el motivo no efectúa referencia alguna, en todo caso y sin que pueda ser suplido el silencio que guarda el motivo respecto de Francisco por esta Sala, es obvia la falta de interés casacional del motivo porque, de acuerdo con el «factum», Francisco es la persona con quien contacta Sergio en Málaga para dar salida a sabiendas de su falsedad a los billetes falsos a través de una persona marroquí en el marco de una operación de droga y en consecuencia su conducta debe estimarse incurso en el núm. 3 del artículo 386 –expedición en connivencia con el falsificador– y como consta en el fallo de la sentencia recurrida, por lo que resulta inoperante el motivo respecto de Francisco.

(Sentencia de 5 de febrero de 2002)

Falsificación de moneda falsa: significado de fabricación. Aplicación del Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 28 de junio de 2002

Segundo. (...) A) La denuncia de indebida aplicación contenida en los motivos Segundo y Tercero remite al artículo 386.1.º del Código Penal, ya que se sostiene que no se ha llevado a cabo verdadera «fabricación» de moneda (en la asimilación que a la «moneda» hace respecto de las «tarjetas de crédito o débito» el artículo 387 CP), que debe interpretarse exclusivamente como creación «ex novo», sino, tan solo, una «alteración» o «manipulación» de tarjetas ya existentes y verdaderas, llevada a cabo sobre la «banda magnética», que no puede ser considerado el único elemento principal de las mismas. Por lo que ante la única infracción frente a la que podríamos encontrarlos sería la falsedad documental, de los artículos 390.1.º y 392 del Código Penal, impune en este caso pues, a criterio del recurrente: a) tal falsedad se consumiría en el delito de estafa informática (art. 248.2 CP) o en el de robo con fuerza con uso de «llave falsa» (arts. 238 y 239.1.º CP); b) no se podría juzgar en España al tratarse de delito cometido en el extranjero por autor que no es ciudadano español, a tenor de lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; y c) pues una condena de acuerdo con tales tipos, que no han sido objeto de acusación, infringiría el principio acusatorio, rector de nuestro sistema de enjuiciamiento penal.

Dejando para más adelante la exclusión del delito de robo con fuerza en las cosas mediante el uso de «llave falsa» o la inclusión de los iniciales actos falsarios dentro del supuesto de la estafa «informática», hemos de afirmar no sólo la competencia de los Tribunales españoles para el enjuiciamiento de los hechos objeto de las actuaciones (modificación de las bandas magnéticas de unas tarjetas inicialmente auténticas y posterior uso fraudulento de los instrumentos de pago así confeccionados), que han sido cometidos en nuestro país, sino también la correcta calificación como delito de falsificación/fabricación de moneda, del artículo 386.1.º del vigente Código Penal, respecto de la confección de tarjetas mendaces mediante la sustitución de los datos auténticos contenidos en la banda magnética de las mismas.

De los numerosos problemas que plantea el tratamiento de las tarjetas de crédito o débito en nuestro Código Penal, que se agudizan en el caso de la falsificación de esos instrumentos de pago con la técnica de «asimilación» aplicada por el Código en su artículo 387, el que constituye ahora objeto único de nuestro interés no es otro que el de la determinación de si la manipulación de una tarjeta auténtica, en cuya banda magnética se introducen datos obtenidos fraudulentamente de otra, perteneciente a un tercero, ha de considerarse «fabricación» de moneda falsa, a los efectos del artículo 386.1.º del Texto punitivo.

El recurrente expresa algunas de las dudas que se suscitan a propósito de diversos aspectos de esta cuestión, tales como la determinación del bien jurídico que, en la actualidad, pretende proteger este tipo delictivo, en relación con la indudable gravedad de las sanciones legalmente previstas para él; el verdadero alcance del término «fabricar», al haberse suprimido en el Código de 1995 la acción consistente en la «alteración de moneda» de esta infracción; la importancia que pudiera tener la diferencia, según quien recurre, entre la confección «ex novo» de la tarjeta o la llevada a cabo mediante la combinación de unos datos obtenidos fraudulentamente y un soporte inicialmente auténtico, o el número, limitado o «en serie», de su producción, etcétera.

La alternativa, caso de no considerarse falsificación/fabricación de moneda, a la que el propio Recurso alude, sería la de considerar que nos hallamos ante una falsedad de documento mercantil (arts. 390 y 392 CP), en su caso en concurso instrumental con el delito de Estafa (art. 248 CP), o, incluso, la subsunción de toda la conducta

defraudatoria, incluida la falsedad, en el tipo especial del artículo 248.2 del Código Penal.

Sometida la cuestión, por la indudable trascendencia que entraña, al Pleno no jurisdiccional de esta Sala, en sesión celebrada el día 28 de junio de 2002, se acordó que la correcta calificación de tales hechos, en criterio de dicho Pleno, habría de ser como delito de falsificación de moneda del artículo 386 del Código Penal, de acuerdo por tanto con el criterio de los Juzgadores «a quibus», toda vez que la generación de un documento nuevo, sin existencia previa, como es el caso, ha de considerarse «fabricación» y no simple «alteración», pues precisamente el elemento esencial en la tarjeta es la banda magnética y la voluntad del Legislador no parece otra que la de la severa represión de estas acciones, atendiendo a la importancia económica actual de las tarjetas como instrumentos de pago.

El número de las tarjetas objeto de falsificación sería también irrelevante, del mismo modo que el Código no establece mínimo alguno, en este sentido, para el caso de los billetes de Banco o del dinero metálico. No debiendo olvidar tampoco, en el caso concreto que aquí nos ocupa y según la propia literalidad de la narración de Hechos Probados de la Sentencia de instancia, que en el domicilio del recurrente fueron hallados diferentes elementos tendentes a la producción numerosa de tarjetas falsificadas, tales como sesenta tarjetas de plástico con banda magnética en el reverso, quince soportes de plástico con bandas magnéticas, un lector de banda magnética, un aparato lector y grabador de bandas magnéticas escondido en el interior de la carcasa de un ordenador portátil, etcétera.

Literalmente el Acuerdo de la Sala, adoptado en el referido Pleno, dice así:

«Las tarjetas de crédito o débito son medios de pago que tienen la consideración de “dinero de plástico”, que el artículo 387 del Código Penal equipara a la moneda, por lo que la incorporación a la “banda magnética” de uno de estos instrumentos de pago, de unos datos obtenidos fraudulentamente, constituye un proceso de fabricación o elaboración que debe ser incardinado en el artículo 386 del Código Penal.

En tales supuestos, dada la imposibilidad de determinación del “valor aparente” de lo falsificado, no procede la imposición de la pena de multa, también prevista en el referido precepto.

Así mismo se pronuncia el Pleno favorablemente a la procedencia de que por el Tribunal competente para la resolución del Recurso de Casación se acuda, a tenor de lo dispuesto en el artículo 4.3 del Código Penal, al Gobierno de la Nación exponiendo la conveniencia de la inclusión, en el Código Penal, de un precepto específico que contemple los actos de falsificación de tarjetas, con establecimiento de las penas adecuadas para cada supuesto, en consonancia con lo previsto para esta materia por la Decisión Marco del Consejo de Ministros de la Unión Europea sobre “la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo”, de fecha 28 de mayo de 2001.»

Sin perjuicio de lo que más adelante se dirá, en relación con el contenido del segundo párrafo del texto transcrito, desde ahora hemos de pronunciarnos negativamente frente a la sugerencia relativa a la remisión al Gobierno de la Nación de la propuesta de modificación legal, al amparo del artículo 4.3 del Código Penal, para la posible introducción de un precepto específico que regule los actos de falsificación de tarjetas bancarias, con establecimiento concreto de las penas aplicables a cada supuesto digno de consideración, como recomienda la Sala reunida en el referido Pleno no jurisdiccional.

Pues, aun cuando, como el propio Acuerdo refiere, según lo dispuesto en la Decisión Marco del Consejo de Ministros de la Unión Europea, de 28 de mayo de 2001, «sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo», nuestro país está obligado a introducir en su ordenamiento, antes de junio de 2003, las reformas legales que considere necesarias para acomodar la persecución penal de conductas como la analizada a los mandatos contenidos en esa Decisión Marco, lo cierto es que el ámbito en que ha de insertarse la previsión legal y la finalidad de la misma se dirige al tratamiento específico del caso concreto, cuando, en él, se aprecie una evidente desproporción penológica, que motive la apelación al Gobierno, en tanto que promotor de la Reforma de la Ley.

Pero es que, en el caso al que nos enfrentamos, tal desproporción sancionadora no se produce, si atendemos a las circunstancias específicas del supuesto ante el que nos hallamos, dado que el delito enjuiciado, aunque su delimitación ha quedado debidamente determinada a efectos de este enjuiciamiento, ofrece ciertos perfiles que le vinculan con conductas desplegadas más allá de nuestras fronteras, es producto de una actividad con tintes de organización estable, se aplica a un número, si no excesivo sí al menos plural, de tarjetas de crédito, alcanza, en un momento posterior, a numerosos actos defraudatorios que suponen un perjuicio total de indudable entidad y, por último, prueba de la gravedad de los hechos y de su potencial peligrosidad es la ocupación, expresamente consignada en la narración de hechos de la Sentencia recurrida, de una serie de efectos, en poder de Oscar, tales como varias decenas de tarjetas preparadas para la falsificación ulterior o los instrumentos informáticos para llevar a cabo pluralidad de conductas ulteriores, en ese sentido ilícito, a los que ya nos referimos anteriormente.

Razones por las que, sin perjuicio del acierto que, sin duda, informa la parte del Acuerdo de esta Sala relativa a la conveniencia de la elaboración y remisión al Gobierno de una propuesta de modificación legal en el sentido que se expone, en el presente caso, que a nuestro juicio corresponde a aquellos en los que sí estaría suficientemente justificada la elevada sanción prevista hoy para estas conductas en el Código Penal, no hay fundamento legal bastante para formularla.

(Sentencia de 8 de julio de 2002)

ARTÍCULO 390

Falsedad documental cometida por particular. Simular un documento de manera que induzca a error sobre su autenticidad: creación de facturas falsas que no responden a la realidad. Supuesto de falsedad ideológica punible

Quinto. Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el segundo motivo de impugnación, se alega aplicación indebida de los artículos 302.9 y 303 del Código Penal de 1973.

Como dice acertadamente el Ministerio Fiscal, en el motivo, se suscitan dos cuestiones distintas:

a) Por una parte, la discutida cuestión de punición en el Código Penal vigente, de algunos supuestos de falsedad ideológica cometida por particulares. Evidentemente, el tema planteado es polémico y se presta a interpretaciones antagónicas.

Los argumentos en pro de una u otra interpretación son bien conocidos y resulta innecesario reiterarlos. Ha sido objeto de debate en el seno de este Tribunal un Pleno no Jurisdiccional celebrado al amparo del artículo 264 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el 26 febrero de 1999 donde se llegó a un resultado no decisivo.

Como señala el Ministerio Fiscal, en su excelente informe, la jurisprudencia, aunque de forma todavía no decidida, camina en dirección opuesta a la sugerida por el recurrente, y abona la consideración de que hechos como el presente son plenamente punibles al no alcanzarles la destipificación de la falsedad ideológica de particulares en la medida en que pueden ser reconducidos a la modalidad falsaria de simulación del artículo 390.1.2. Ciertamente, además del Auto que se invoca en el recurso, no faltan pronunciamientos jurisprudenciales, alguno tan significativo como el representado por la sentencia de 26 de febrero de 1998, que avalarían la tesis del recurrente. Pero esa tendencia jurisprudencial es minoritaria habiéndose impuesto la contraria.

Entre esas sentencias que encarnan esa predominante línea jurisprudencial, paradigmática es la de 13 de junio de 1997, que precisamente obra unida en estas actuaciones al referirse a hechos muy similares y con algunos protagonistas coincidentes. Tras explicar cómo la simple incorporación de declaraciones mendaces de particulares a documentos mercantiles o públicos no sería constitutiva de delito, razona para afirmar que el supuesto de unas facturas falsas es distinto de la siguiente forma:

«La mera declaración mendaz de un particular en un documento mercantil, acorde con la doctrina expuesta, no puede subsumirse en el supuesto previsto en el núm. 4.º del artículo 302 del derogado Código Penal. Ello no significa que los hechos que se declaran probados por el Tribunal de Instancia, en la causa que es objeto de este recurso, no puedan subsumirse en otro de los supuestos previstos en el artículo 302 y en concreto en el que se menciona en su número 9.º, igualmente aplicado por el Tribunal sentenciador.

El particular también puede cometer una falsedad en documento mercantil simulando un documento de manera que induzca a error sobre su autenticidad. Así reza el núm. 9.º del artículo 302 del anterior Código al que se remite el artículo 303 del mismo texto legal.

Esta Sala en sentencia de 21 de marzo de 1989 tiene declarado que el número 9.º del referido artículo 302 fue introducido por el Código de 1944, sosteniendo, algunos sectores doctrinales, la superfluidad de la innovación, toda vez que los preceptos precedentes ya permitían unos y otros el castigo de las conductas ahora descritas. Sin embargo, aunque esto pueda ser cierto, no sobraba la introducción de una figura de falsedad total, mediante la cual se sancionaba la simulación entera o íntegra de un documento, no existente y jamás confeccionado y redactado con rigor o veracidad, de un modo lo suficientemente hábil y perfecto para que pudiera inducir a error al común de las gentes o a cualquier ser humano medianamente perspicaz y clarividente. La estructura de esta modalidad es sencilla pues basta que se simule, finja o aparente un documento de modo que induzca a error sobre su autenticidad...» La sentencia de esta Sala de 18 septiembre de 1993, a los efectos de mejor entendimiento de ese supuesto de falsedad documental, declara que simular equivale a crear un documento configurándolo de tal forma que produzca una apariencia de veracidad tanto por su estructura como por su forma de confección. Con el mismo fin la sentencia de 26 noviembre del mismo año se remite al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en el que se recoge que simular significa representar una cosa, fingiendo o imitando lo que no sea. Y en la sentencia de 14 de abril de 1992 se dice que «se ha simulado con la creación “ex novo”, un documento que induce a error sobre su autenticidad, exi-

gencia esta última que según la mejor doctrina se satisface, si el documento así creado tiene idoneidad para engañar a un sujeto de características medias desde el punto de vista social, es decir, que la alteración de la verdad “*inmutio veri*” y el remedo de la misma «*imitario veri*» es bastante para llevar a error al común de las gentes.»

De la lectura del relato histórico de la sentencia fluye sin dificultad, que las facturas que representan el suministro de bienes y maquinaria por parte de las sociedades inactivas que se mencionan constituyen una ficción total, simulando la creación de documentos mercantiles inexistentes, con suficiente apariencia de credibilidad para inducir a error a las sociedades de leasing a las que iban destinadas... La función probatoria, perpetuadora y garantizadora se han visto afectadas en cuanto se simula unos documentos mercantiles que nunca han existido, y ya no se trata de que en las declaraciones que se contienen en los citados documentos se haya faltado a la verdad, se trata sencillamente que tales declaraciones jamás se han producido.

Así pues, los delitos de falsedad en documento mercantil han sido correctamente apreciados al poderse subsumir la conducta de los recurrentes en el supuesto previsto en el artículo 303 del anterior Código Penal, en relación con el número 9 del artículo 302 del mismo texto legal.

Doctrina similar sienta la Sentencia de 28 octubre de 1997, que afirma también tajantemente que la creación de facturas falsas que no responden a la realidad es una simulación de documento que está tipificada en el número 2.º del artículo 390 del Código Penal vigente y que, en consecuencia, también puede ser punible cuando es perpetrada por un particular.

Más recientemente puede citarse la sentencia de 12 de marzo de 1999, que aunque confirma la absolución y no aborda directamente este tema, incidentalmente da a entender que de existir no sólo los falsos apuntes contables, sino también facturas falsas, los hechos sí serían merecedores de reproche penal.

«...los acusados no confeccionaban pólizas, ni albaranes que sirvieran de soporte a los apuntes contables, sino que exclusivamente fueron anotaciones contables, que no afectan a elementos esenciales, porque son declaraciones unilaterales que no se pueden invocar frente a terceros, al carecer de soporte preciso para reclamarlos y, por tanto, no pueden reputarse documentos que prueban nada...»

Los últimos pronunciamientos pueden radicarse en las sentencias de 25 junio y de 14 de diciembre de 1999. La primera versa también sobre un caso de facturas falsas con grandes analogías con el aquí enjuiciado, que resume las argumentaciones y sentencias a favor de una u otra postura. De ambas parece emerger un nuevo criterio para demarcar la frontera entre la pura falsedad ideológica impune –faltar a la verdad en la narración de los hechos–, y la simulación de documento encuadrable en el artículo 390.1.2: cuando la autenticidad se refiere al origen creador del documento. Y así, se dice, 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 cuarto 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 la operación falsaria por la que se ha condenado a este recurrente aunque quizás pudiera discutirse la inautenticidad en la dimensión subjetiva en la medida en que se contaba con la anuencia de quien, el propio recurrente, representaba a la sociedad que figuraba como supuesta vendedora, es palmaria la inautenticidad de origen en su

vertiente objetiva: no se trata de una mera mendacidad en cuanto a algunos o muchos de los datos que figuran en la factura –precio, tipo de contrato...–, es que esa operación de venta no existió nunca.

(Sentencia de 24 de enero de 2002)

ARTÍCULO 392

El delito de falsedades no es un delito de propia mano, no siendo relevante quién haya materialmente realizado la falsedad. Falsificación de documentos públicos u oficiales: finiquitos falsificados con el único y exclusivo fin de surtir efectos en demandas presentadas en los Juzgados de lo Social

Primero. (...) Tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia de 20 de mayo de 1996, que las posiciones formales de una persona, dentro o fuera de una sociedad, no puede prevalecer sobre la realidad económica que subyace en la sociedad. La jurisprudencia ha tenido en cuenta que las formas del derecho de sociedades no pueden operar para encubrir una realidad económica de relevancia penal y, por ello, ha admitido que los Tribunales pueden «correr el velo» tendido por una sociedad para tener conocimiento de la titularidad real de los bienes y créditos que aparecen formalmente en el patrimonio social. Y conforme a esta doctrina se puede tomar en consideración la realidad económica y no la formal emergente de los estatutos sociales y de la posición de las personas en el marco estatutario de ciertas sociedades.

En la Sentencia citada de esta Sala se añade que la «teoría del levantamiento del velo» establece qué hechos son relevantes para comprobar la tipicidad y en este sentido viene a sostener que las formas del derecho de sociedades, de las que se valga el autor, no son decisivas y que la significación típica de las acciones individuales no puede ser neutralizada por ellas. Por lo tanto, no estamos en presencia de un juicio de valor que reemplace la prueba de los hechos, sino de un criterio de verificación de la tipicidad. Por tales razones el levantamiento del velo no roza siquiera el problema de la presunción de inocencia, en contra de lo postulado por la Defensa.

Aplicando la doctrina que se deja expresada al supuesto que nos ocupa resulta evidente, por las declaraciones de los testigos perjudicados y de los propios acusados, como señala el Tribunal sentenciador, evidencia que el recurrente era quien administraba la sociedad LMI, SL, y que fueron decisiones suyas las que produjeron los hechos enjuiciados; igualmente, aparece el recurrente, aunque materialmente no falsificara los finiquitos, como la persona que decidió su falsificación y la presentación en el Juzgado de lo Social aunque utilizara a otro como instrumento.

Es doctrina reiterada de esta Sala –cfr., entre otras, Sentencia de 27 de julio de 2001– que la falsedad documental no es un delito de propia mano en el que únicamente sea autor quien ejecuta física y personalmente la alteración del documento sino que deben reputarse autores todos aquellos a quienes les sea imputable jurídica y objetivamente la mutación relevante de la verdad que se ha decidido introducir en el documento.

Por ello resulta irrelevante, como se infiere de la prueba pericial practicada, que el recurrente no fuese quién personal y físicamente imitase la de los trabajadores en los finiquitos presentados y lo hiciese otra persona por indicación suya y en su beneficio, como se razona por la Sala sentenciadora.

Segundo. En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por inaplicación del artículo 307 del Código Penal de 1973 y subsidiariamente del artículo 304, y por aplicación indebida del artículo 499 bis del Código Penal.

Con relación al delito de falsedad, se defiende en el motivo que los hechos serían, en su caso, constitutivos de un delito de uso de documento privado falso o subsidiariamente de uso de documento oficial falso.

En primer lugar, se alega que se trata de un documento privado en el que un particular pretende causar perjuicio a un tercero, y para que un documento pueda ser catalogado como público u oficial debe tenerse en cuenta el momento de confección del documento.

El Tribunal de instancia ha dado puntual y correcta respuesta a esta cuestión mencionando sentencias de esta Sala que en la que se expresa que si bien ha de estarse a la naturaleza del documento en el momento de la alteración falsaria, esta doctrina experimenta una inflexión cuando el documento nace con el único destino de producir efectos en el orden oficial o en el seno de las Administraciones Públicas. Así ciertamente se pronuncian sentencias de esta Sala, como son exponentes las de 31 de mayo de 1995 y 17 de mayo de 1996, en las que se declara que si bien es cierto que la doctrina jurisprudencial, innovando declaraciones anteriores, ha venido manteniendo que la incorporación o destino a un expediente público no permite llevar el documento privado al campo del artículo 303, razonando que ha de estarse a la naturaleza del documento en el momento de la alteración falsaria, sin que pueda extenderse el dolo del autor a finalidades, destinos o incorporaciones que ni siquiera están en su mente cuando realiza alguno de los comportamientos del artículo 302; este criterio jurisprudencial, que no tiene excepción cuando el documento genuinamente privado se incorpora –sin posible previsión de su autor y sin relación funcional alguna– a un expediente público, tiene una reconocida inflexión cuando el documento nace o se hace con el único o exclusivo destino de producir efectos en el orden oficial o en el seno de las Administraciones públicas determinando resoluciones del ente receptor con trascendencia para el tráfico jurídico (sentencias de 2 de junio y 14 de mayo de 1992, 8 de marzo de 1993, 28 de septiembre de 1994 y 13 de marzo de 1995).

En supuesto que examinamos es un claro ejemplo de esta doctrina jurisprudencial ya que los finiquitos fueron falsificados con el único y exclusivo destino de surtir efectos en las demandas presentadas ante los Juzgados de lo Social para eludir los pagos a que venía obligado el acusado.

Así las cosas, los hechos que se declaran probados han sido correctamente calificados como de falsificación de documento oficial.

En el motivo se defiende, a continuación, que debe aplicarse la modalidad de uso de documento falso y no la figura de la propia falsificación.

Ya se ha expresado, para rechazar el anterior motivo, que la falsedad documental no es un delito de propia mano en el que únicamente sea autor quien ejecuta física y personalmente la alteración del documento, sino que deben reputarse autores todos aquellos a quienes les sea imputable jurídica y objetivamente la mutación relevante de la verdad que se ha decidido introducir en el documento y eso es lo que se expresa en los hechos que se declaran probados y que deben ser respetados.

Por última, se rechaza que los hechos que se declaran probados sean constitutivos de un delito contra la libertad y seguridad en el trabajo en la modalidad prevista en el penúltimo párrafo del artículo 499 bis del Código Penal derogado que tipifica la conducta de quienes en caso de crisis de una empresa hiciere ineficaces maliciosamente los derechos de los trabajadores y eso es precisamente lo que hizo el acusado según se infiere del relato fáctico de la sentencia de instancia en el que se atribuye al

acusado el plan e idea de liquidar la sociedad LMI, SL sin abonar los derechos correspondientes a los trabajadores, sociedad que se encontraba en crisis y con deudas de más de cuarenta y dos millones de pesetas, y para ello, con el fin de desprenderse de los trabajadores y eludir los costes del despido, simuló la enajenación de la sociedad y presentó documentos falsos que aparentaban el finiquito de las relaciones laborales.

Así las cosas, el Tribunal de instancia ha aplicado correctamente los artículos del Código Penal derogado que se cuestionan en el presente motivo que, por lo expuesto, no puede ser estimado.

(Sentencia de 24 de enero de 2002)

Falsedades en documentos mercantiles cometidas por particular: lo comete quien altera materialmente el documento y quien se aprovecha del mismo con dominio funcional del hecho; Es autor quien utiliza la tarjeta de crédito de tercero por el acusado, siendo irrelevante que los tickets de compra los firmase el acusado u otra persona, al tener aquél el dominio funcional del hecho

Segundo. El relato factual de la Sentencia recurrida describe, a cargo del acusado, la utilización en cinco ocasiones de una tarjeta de crédito, «Visa Oro», de un tercero, sustraída, pagando con ella en cuatro restaurantes, y en una casa de masajes, si bien en dicha ocasión, el intento resultó frustrado ante la situación de no conformidad de la referida tarjeta. Probada tal utilización, en las múltiples ocasiones que se describen en el «factum», por el propio acusado, fue éste condenado como autor de un delito de estafa continuada, condena aceptada por él mismo, y que, como se afirma en el escrito de impugnación del recurso, es firme respecto a aquél.

Para dar respuesta al motivo planteado por el Ministerio Fiscal hay que partir de la necesaria falsedad de la firma del tickets que hubo de ser firmado para la utilización de la tarjeta, como así lo expone la Sentencia de instancia, y de la prueba pericial que también maneja la Sala sentenciadora, en el sentido de que no fue posible una conclusión de todo punto concluyente acerca de su autoría.

El motivo tiene que ser estimado. En efecto, esta Sala Casacional ya declaró en Sentencia, de fecha 1 de febrero de 1999, que el delito de falsedad en documento mercantil no es un delito de propia mano que requiera la realización corporal de la acción prohibida, de modo que tanto es autor quien falsifica materialmente, como quien se aprovecha de la acción, con tal que tenga dominio funcional sobre tal falsificación. La Sentencia de 15 de julio de 1999 declara que es indiferente que el acusado realizara materialmente la falsificación o que actuara en connivencia con quien la realizó. De modo que partiendo de estos parámetros interpretativos, hay que analizar ahora si la utilización por el recurrente de la tarjeta de crédito, junto a una necesaria falsedad en la firma del tickets de compra, realizada por él o por otra persona que, en connivencia con el acusado, se aprovecha de los ilícitos beneficios que se obtienen como consecuencia de la estafa, debe comportar también el concepto de autoría en la falsificación, que deviene imprescindible para la utilización de la tarjeta. En tal sentido conviene afirmar, como acertadamente expone el Ministerio Fiscal en esta instancia, que el delito de falsedad puede cometerlo quien tiene el dominio funcional del hecho, siendo indiferente la realización material de la falsedad, pues si existe una decisión conjunta de realizar el hecho, resulta irrelevante la materialización de los rasgos falsarios, ya que esa connivencia convierte en autores a todos los posibles par-

tipicantes; y en el supuesto de utilización de tarjetas de pago falsas, ello no exime de responsabilidad en el delito de falsedad a quien ha adoptado la decisión de la utilización conjunta de la tarjeta para realizar compras y consumiciones y obtiene los beneficios que de su uso se derivan.

En este sentido, la jurisprudencia de esta Sala ha declarado que lo relevante es la presencia física del autor de la estafa, y el dominio funcional de la acción, haya firmado o no los tickets, pues si existe un plan preconcebido, resulta intrascendente «el que no firmaran en concreto los tickets correspondientes, ostentado el dominio del hecho», ya que «la autoría en el delito de falsedad no se limita a la persona concreta que realice la materialidad de la imitación de la firma u otro elemento mendaz en que tal falsedad consista, sino que cabe la coautoría» (Sentencia de 7 de abril de 1999); y en el propio signo, la Sentencia de 8 de noviembre de 1999, igualmente sobre tarjetas de crédito, pone el acento en la decisión conjunta en la utilización de la tarjeta, y no en la materialización de la firma por uno u otro de los intervinientes.

(Sentencia de 27 de mayo de 2002)

ARTÍCULO 395

Falsedades en documento privado para perjudicar a otro: falsificación en acreditación de ingresos dirigida a obtención de préstamo finalmente impagado. Búsqueda de ventaja que no conlleva necesariamente intención de perjudicar ni detrimento patrimonial para la contraparte

Cuarto. Como tercero de los motivos del recurso, por el cauce del artículo 849.1.º LECrm, se denuncia infracción de Ley, por aplicación indebida del artículo 395 CP.

El argumento es que en la conducta de la recurrente faltó el elemento intencional consistente en el propósito de «perjudicar a otro», cuya ausencia resulta reconocida por el propio tribunal de instancia en la sentencia. Por otra parte, se apunta, la acusada pagó una serie de plazos y la entidad concedente del préstamo no pudo resultar perjudicada en modo alguno, debido a la garantía hipotecaria con que operó.

El Fiscal ha manifestado su apoyo a este motivo, debido a que en la sentencia se acepta expresamente que los acusados «tenían un inicial y verdadero propósito de cumplir la obligación de pago de las cuotas mensuales, siendo su imposibilidad económica la que generó el impago», lo que equivale a reconocer que no obraron con la intención de perjudicar que es elemento del tipo del artículo 395 CP, sin embargo, aplicado.

Cierto es que, en otro momento de la fundamentación de la sentencia, se cifra el propósito de causar perjuicio en el ánimo de obtener el crédito sin la garantía personal, adicional a la real exigida. Pero en ese aspecto de la acción –si, realmente y como se afirma por el tribunal, había «un inicial y verdadero propósito de cumplir la obligación»– puede verse, a lo sumo, la búsqueda de una ventaja en la contratación del crédito, que no llevaba asociado de forma necesaria un detrimento patrimonial para la contraparte. Lo que en modo alguno equivale a la específica y directa intención de perjudicar que integra el supuesto de hecho del precepto del artículo 395 CP, por tanto, indebidamente aplicado. Pues, como esta sala ha declarado –haciendo referencia a idéntica prescripción del CP/1973– para que aquél resulte aplicable no basta con

que concurra el elemento objetivo propio de toda falsedad, que es la mutación de la verdad, sino que ha de estar presente el aludido elemento intencional (entre otras, STS de 30 de junio de 1992).

Es por lo que debe estimarse el motivo, con efectos para ambos recurrentes, a tenor de lo que dispone el artículo 903 LECrm.

(Sentencia de 4 de junio de 2002)

ARTÍCULO 404

Prevaricación de funcionarios. Bien jurídico protegido. Concepto de resolución. Alcalde que compromete fondos en publicidad de camisetas de entidades deportivas, siendo los beneficios para el Club que preside: carencia de partidas presupuestarias y adopción de decisiones sin observar ninguna de las prescripciones legales

Decimoséptimo. (...) 3. El anterior Código Penal incluía dentro de su Título VII «Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos», en un mismo Capítulo «De la prevaricación», tanto la proviniente de los jueces como la de los funcionarios públicos. En cambio el actual Código sanciona estas dos conductas de forma separada. Así, mientras que a la prevaricación judicial dedica el Capítulo I del Título XX «Delitos contra la Administración de Justicia», la de los funcionarios públicos se encuentra penada en el Título XIX «Delitos contra la Administración pública», y más concretamente en el artículo 404 en el que se establece que «a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años».

En este ámbito de la función pública el bien jurídicamente protegido lo constituye el principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho.

Señala la doctrina que a garantizar dicho principio se dirigen también otras ramas del ordenamiento jurídico, como es el Derecho administrativo a través del sistema de recursos, la jurisdicción contencioso-administrativa e, incluso, el derecho disciplinario.

Esta plural situación exige una adecuada articulación de las distintas formas de tutela, lo que supone limitar la intervención del Derecho Penal a los ataques de una mayor gravedad, con respeto del principio de mínima intervención.

Por ello la injusticia y arbitrariedad de la resolución a la que se refiere el transcrito precepto sustantivo penal puede verse concretada, tal como se hace en el Auto de esta Sala de 20 de diciembre de 2001 con cita de las sentencias de 20 de abril de 1995 y 1 de abril de 1996, a los tres siguientes aspectos. 1. Absoluta falta de competencia del acusado. 2. Inobservancia de las más elementales normas del procedimiento. 3. Resolución cuyo fondo implique una contradicción patente y grosera con el Ordenamiento Jurídico, de manera que la misma pueda ser apreciada por cualquiera.

Ya la sentencia de 14 de noviembre de 1995, citando las de 24 de abril de 1988, 17 de septiembre de 1990, 10 de abril y 10 de diciembre de 1992 y 21 de febrero

de 1994, dice que este delito se genera «por omisión de los trámites procedimentales o formales, custodios y salvaguardias de las adecuadas garantías, a cuyo través se ha de plasmar necesariamente la resolución de la Autoridad o del funcionario».

De los Hechos Probados de la sentencia de instancia resulta que el acusado Pedro R. Z., Primer Teniente de Alcalde del Ayuntamiento de Marbella, persuadido por el también acusado Jesús G. y G., Alcalde del citado Ayuntamiento, cabeza de lista del Grupo GIL en el que estuvo incluido el señor R. y Presidente del Atlético de Madrid, decidió firmar los días 14 de julio de 1991 y 24 de julio de 1992 sendos contratos de sponsorización con este Club por un importe total de 450 millones de pesetas, sin que el 26 de diciembre de 1995, 3/4 años después, el Interventor del Ayuntamiento conociera «que hubiera antecedentes municipales de tales operaciones... razón por la que no existiría dotación presupuestaria para las mismas». Siendo en fecha muy posterior, mayo de 1999, cuando el Pleno del Ayuntamiento se pronuncia sobre ello.

Esta actuación de don Pedro R. evitó el conocimiento de las operaciones por los grupos que integran el Ayuntamiento, que tienen el control político de unas decisiones discrecionales que afectan a importantes sumas de dinero. Y también el control económico que exige la actuación previa del Interventor. Eliminación de ambos controles que afecta al interés público relativo a la correcta utilización de los fondos municipales.

En definitiva, la indicada resolución del acusado se aparta de la legalidad de una manera patente, notoria y manifiesta, «incidiendo significativamente en los administrados y en la comunidad con perjuicio potencial o efectivo sobre los intereses del ciudadano o de la causa pública (sentencia de 5 de noviembre de 1998); lesionando el bien jurídico protegido e incurriendo en la conducta descrita en el artículo 404 del Código Penal.

Por ello, teniendo en cuenta además lo razonado en el Fundamento de Derecho Duodécimo de esta sentencia, respecto al delito de prevaricación administrativa, el Motivo Segundo del recurso de don Pedro R. debe ser desestimado.

(Sentencia de 5 de abril de 2002)

ARTÍCULO 428

Tráfico de influencias: conceptos de “influir” y prevalerse. Alcalde que influye en Teniente de Alcalde para que firme en nombre del Ayuntamiento contratos de sponsorización del equipo de fútbol que él preside

Décimotercero. 2. El llamado delito de tráfico de influencias fue introducido en el Código Penal por la Ley Orgánica 9/1991, de 22 de marzo. En el entonces artículo 404 bis a) aplicado en este caso, de redacción similar aunque no idéntica a la del actual artículo 428, se decía:

«El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad y consiguiera una resolución, obteniendo por ello un beneficio económico para sí directa o indirectamente o para tercero, será castigado con las penas de

arresto mayor, inhabilitación especial y multa por el importe del valor del beneficio obtenido.»

Los elementos que constituyen este delito son pues los siguientes:

1. Que el autor sea autoridad o funcionario público.
2. Que el sujeto actúe con el propósito de conseguir directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero.
3. Que para lograrlo influya en otra autoridad o funcionario público prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad.

Estas cualidades están definidas en el artículo 24 del Código Penal.

El término «influir» –ejercer predominio o fuerza moral– resulta excesivamente amplio, por lo que se ha completado con el de «prevalerse», en el que el legislador incluye el ejercicio de las facultades del cargo y las relaciones personales y jerárquicas.

Señala la doctrina que si bien en principio parece puede tomarse en consideración cualquier relación familiar, afectiva o amistosa, dado que el «prevalimiento» es empleado como elemento diferenciador de la simple influencia atípica, debe darse al mismo una interpretación restrictiva, en cuanto supone un verdadero ataque a la libertad del funcionario o de la autoridad que tiene que adoptar una decisión en el ejercicio de su cargo. Citándose como casos concretos de ello el chantaje moral, las relaciones amorosas serias o las perspectivas futuras en la carrera profesional o política, como puede ser en los cargos de elección pública el temor a ser eliminado de las listas electorales en próximas convocatorias.

En definitiva, la resolución debe ser objetivamente imputable a la presión ejercida, en el sentido de que no se hubiera producido sin tal influencia.

Algún sector de la doctrina añade que la decisión que se adopte debe ser injusta, requisito que no aparece recogido en los preceptos penales examinados.

La sentencia de esta Sala de 10 de marzo de 1998 lo que exige es solamente que la decisión sea parcial o no del todo imparcial; lo que resulta conforme con la postura que estima que si la resolución fuera delictiva o injusta, estaríamos además ante un delito de prevaricación o, en su caso, de cohecho, a sancionar como concurso de delitos en relación de medio a fin (ver sentencia de 24 de junio de 1994).

Lo que claramente exige el Código Penal es que la resolución genere un beneficio económico para el sujeto activo o para un tercero.

Siendo de señalar, por último, que nos encontramos ante un delito doloso, no solamente porque el legislador no ha tipificado expresamente la conducta culposa, sino porque la misma estructura del delito –influir prevaliéndose– así lo reclama.

3. En el Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia que ahora se impugna, la Sala «a quo» hace las siguientes afirmaciones:

«En el acusado Jesús G. y G., se daba desde el momento de acceder al cargo de Alcalde del Ayuntamiento de Marbella la doble condición de Alcalde de esta ciudad y Presidente del Club Atlético de Madrid, SAD, Sociedad de la que era titular aproximadamente del 85% de las participaciones. Esta coincidencia matiza las cosas desde el primer momento, pues la más elemental de las máximas de experiencia y de la lógica nos indica que fue él, y no otro, el que decidió que fuera el Club Deportivo que presidía el que iba a tomar, más o menos en exclusiva, la publicidad dinámica del logotipo “Marbella” para ser exhibido en cuantos eventos deportivos aquél participase.»

«Estamos ya definiendo, lo que consideramos que fue una “elección interesada”; y decimos esto porque, al margen del Servicio comercial publicitario que se prestó puntualmente, el valor de mercado, que sin duda tal objeto de comercio debe tener y tiene, latía, en el fondo, el interés por obtener un beneficio económico (no decimos ilícito, sólo económico), que supone esponsorizar un logotipo publicitario a cambio de dinero y que, a su vez, no le fuera rivalizado por un tercero, o incluso obstaculizada la idea, a la vista de la oposición que podría haber expuesto otro u otros grupos políticos municipales y de la información que pudieran dar los medios de comunicación. Todo esto se evitó acudiendo al modo de decisión directa que se produjo.»

«Los contratos citados que suscribe R. Z., así como los Decretos de iguales fechas y los posteriores son el resultado de la inducción y de la influencia que, para evitar el escollo de la incompatibilidad, ejerció sobre él el acusado Jesús G., prevaleciendo de su superior jerarquía como Alcalde, obteniendo así el beneficio citado.»

De ello y de lo recogido en los Hechos Probados de la sentencia resulta:

– Que en el año 1991 Jesús G. y G., que era Presidente del Club de Fútbol Atlético de Madrid, que militaba en la Primera División, decidió concurrir a las Elecciones Municipales a celebrar en ese año encabezando las listas del Grupo GIL con la aspiración de convertirse en Alcalde de Marbella, cargo para el que fue efectivamente elegido en el mes de junio.

– Que Pedro R. Z., Licenciado en Derecho y Secretario del Ayuntamiento en excedencia, concurrió a la mencionada convocatoria electoral en las listas del indicado Grupo GIL, resultando elegido Primer Teniente de Alcalde del Ayuntamiento de Marbella.

– Que los días 15 de julio de 1993 y 22 de agosto de 1994, invocándose la existencia de unos contratos de fechas 14 de julio de 1991 y 24 de julio de 1992 en los que se pactaba entre Pedro R. Z. por el Ayuntamiento de Marbella y Enrique C. T. como vicepresidente del Atlético de Madrid, que los jugadores de este Club lucirían en sus camisetas el nombre de «Marbella» a cambio del pago de 250 millones de pesetas por cada una de las dos temporadas convenidas, el señor R. Z. reconoció la obligación de la Corporación de satisfacer la cantidad de 450.000.000 de pesetas al Atlético de Madrid, cantidad que fue íntegramente abonada a dicha entidad.

– Que en todo momento Pedro R. Z., que ninguna relación tenía con el Atlético de Madrid, actuó en razón a la inducción que para evitar el escollo de la incompatibilidad ejerció sobre él Jesús G. y G., que era superior jerárquico como Alcalde y cabeza de la lista en la que se había presentado a las elecciones municipales.

– Que en Jesús G. ha existido siempre el propósito y la voluntad de que los reseñados contratos fueran efectivamente realizados, con el consiguiente beneficio económico para el Club que preside.

De lo expuesto resulta que en la conducta del acusado recurrente se dan los requisitos objetivos y subjetivos que configuran el delito descrito en el artículo 404 bis a) del anterior Código Penal tal como se han expuesto en el Fundamento Jurídico anterior, por lo que el Motivo Noveno de este recurso debe ser desestimado.

(Sentencia de 5 de abril de 2002)

ARTÍCULO 432

Malversación de caudales públicos: bien jurídico protegido. Modificaciones destacables en el CP/1995. Concepto de «sustraer». Contrato de sponsorización entre el Ayuntamiento de Marbella y el Club Atlético de Madrid

Segundo. 3. El Capítulo VII del Título XIX del actual Código Penal ha introducido importantes reformas en la regulación de este delito, como es la misma rúbrica «Malversación», en la que se suprime la tradicional referencia a los caudales públicos; la desaparición en el delito base del sistema de cuantías para la determinación de la pena; y la notable reducción de la pena máxima a imponer.

Pero tres modificaciones merecen ser destacadas: 1.^ª Desaparición del delito en el que se sancionaba al funcionario que por abandono o negligencia inexcusable diere lugar a una sustracción de caudales públicos. 2.^ª Exigencia expresa del ánimo de lucro en los artículos 432 y 434. 3.^ª Supresión del delito consistente en dar a los caudales o efectos una aplicación pública diferente a aquella a la que estuvieran destinados.

Ello ha permitido a la doctrina percibir una mayor proyección en estos tipos delictivos del principio de subsidiariedad materializado en la desviación al Derecho Administrativo de las conductas antes penadas en los artículos 397 y 398 del Código de 1973.

El bien jurídico protegido lo constituye la confianza del público en el manejo honesto de los caudales públicos (ver sentencia de 26 de noviembre de 1998). Refiriéndose la doctrina moderna a la pluriforme protección por estos delitos contra la Administración pública de un mismo bien jurídico, concretado en el caso de la malversación en el patrimonio público, en cuanto está destinado a la satisfacción de los intereses generales a los que se refiere el artículo 103.1 de la Constitución.

De los elementos que integran el delito descrito y penado en el artículo 432.1 cuya aplicación se pretende, fijaremos nuestra atención en uno de ellos básico y esencial, el relativo a la sustracción de caudales o efectos públicos.

Ciertamente el término «sustraer» se ha entendido en el sentido amplio de separar, extraer, quitar o despojar los caudales o efectos, apartándolos de su destino o desviándolos del servicio, para hacerlos propios.

Mas también es cierto que la doctrina ha subrayado que el sinónimo jurídico gramatical más adecuado para «sustraer» puede ser el de «apropiarse», ya que la conducta penada en el delito de malversación tiene un claro correlativo en la del delito de apropiación indebida.

Habiéndose también afirmado que el delito de malversación de caudales públicos se perfecciona en el momento que los fondos son apartados del destino público.

En esta situación, aun reconociendo que, como afirma el Fiscal, el uso de fondos públicos sin cumplir esenciales requisitos legales puede constituir el delito de malversación, no se puede olvidar que el núcleo esencial de este delito lo constituye la lesión patrimonial a un Ente Público.

Se ha de rechazar en primer lugar la aplicación del artículo 433 del actual Código Penal, destino de los caudales a usos ajenos a la función pública, en cuanto que la publicidad que fomenta el turismo con el consiguiente beneficio para importantes sectores económicos de la Ciudad, cumple esa condición pública; y también la aplicación del anterior artículo 397 del Código de 1973, dar a los caudales una aplicación pública diferente a aquella a la que estuvieran destinados, en cuanto que esta conducta no ha sido incluida en el Código vigente.

Ciñéndonos pues a los artículos 432 y 394 de los Códigos Penales de 1995 y 1973, que son aquellos cuya inaplicación se denuncia, sustracción de caudales, hemos de poner de relieve determinadas peculiaridades de los hechos que ahora se analizan.

En primer lugar, que no se aprecia en el principal acusado Jesús G. y G. un propósito de obtener un inmediato beneficio económico, como lo demuestra que inicialmente los jugadores del Atlético de Madrid lucieran en sus camisetas el anagrama «Marbella» sin compensación económica alguna; que la retribución pactada por lucirla en las temporadas 1991-1992 y 1992-1993 no se hiciera efectiva hasta varios años después; y que la derivada de la exhibición del nombre «Marbella» por el Club de baloncesto Juventut de Badalona en la temporada 1992-1993, aún no haya sido satisfecho.

También es importante resaltar que en el párrafo tercero del Fundamento de Derecho Cuarto de la sentencia de instancia se considera no acreditado que los traspaños de los jugadores, Diego Pablo S., Pedro G. y M., entre el Sevilla y el Atlético de Madrid guarde relación alguna con los contratos de esponsorización celebrados por estos Clubes con el Ayuntamiento de Marbella.

Y final y especialmente que en el párrafo primero del citado Fundamento Jurídico Cuarto se dice que nos encontramos con que las cantidades transferidas al Club, «no son otra cosa, a falta de mejor prueba, que el pago en compensación causal de una prestación recibida». Prestación que en este caso «ha sido el desarrollo de un Servicio Comercial Publicitario que tiene, no podemos ignorarlo, un importante valor económico y de promoción en el mercado actual».

No se deben considerar inadecuados aquellos fines que son admitidos generalmente, como ocurre con la publicidad, que a lo largo del año presupuestario se concretan en gastos determinados. En la genérica partida de gastos diversos no se excluyen los de publicidad, partida a la que se alude expresamente en el párrafo 5 del Hecho Probado 1.º

Por esta razón, dado que el gasto realizado forma parte de los destinados a la normal actividad de promoción de la Ciudad, la conducta del acusado no resulta constituir una sustracción en el sentido del artículo 432 del Código Penal, sin que ello signifique que la misma no pueda incardinarse en otros preceptos legales incluidos en el mismo Título, como son los relativos a los delitos de prevaricación y tráfico de influencias.

(Sentencia de 5 de abril de 2002)

ARTÍCULOS 446 Y 447

Prevaricación Judicial: concepto. No existe en el caso de Magistrados que otorgan libertad con fianza de preso que iba a ser juzgado próximamente, fundando la medida en informe médico en que se exponía que existía riesgo de suicidio del mismo. No concurre la injusticia de la resolución al estar ésta fundada en informe médico. Dictar Sentencia o resolución manifiestamente injusta por imprudencia grave o ignorancia inexcusable: su comisión requiere que el autor obre con culpa consciente o con representación. El error sobre la injusticia de la resolución excluye la culpa consciente y motiva la atipicidad de la conducta

Primero. La jurisprudencia de esta Sala ha precisado en diversas sentencias el contenido de la ilicitud propia del delito de prevaricación judicial. Básicamente se ha

considerado que el delito se comete cuando el juez adopta una resolución que se funda en su propia voluntad y no en la Ley aplicable al caso. El tipo objetivo del delito, por lo tanto, se dará cuando el juez toma decisiones que no pueden ser derivadas de la Ley por ninguno de los métodos de interpretación de la misma admitidos en la práctica judicial. Si la resolución no puede ser deducida de la Ley por alguno de estos métodos, no se la podrá considerar como una aplicación de la Ley vigente, sino como un acto voluntarista del juez. Es claro que en estos casos se dará la «irracionalidad» a la que se refiere el excelentísimo señor Fiscal y de la que se habla en algunas sentencias de esta Sala y del Tribunal Constitucional citadas por el mismo, pues «irracionalidad» y ausencia de respaldo en los métodos interpretativos es exactamente lo mismo. La razón de la aplicación del derecho, en el sentido de los principios del Estado de Derecho, será siempre de apreciar, precisamente, cuando el fundamento de la resolución judicial sea la Ley. Toda resolución que no se pueda derivar de la Ley por un método admisible será, por lo tanto, irrazonable.

El auto de la Sección Cuarta de la Audiencia Nacional, de 21 de diciembre de 2001, en el que se fundamenta la querrela de las Acusaciones, es una resolución judicial en la que se aplicó por dicho Tribunal el artículo 504 (segundo párrafo) LECrm. Esta norma no se basa en la comprobación de un hecho concreto y la determinación de su consecuencia jurídica, es decir: no es una norma de las conocidas como de programación condicional, en las que dado el hecho se debe aplicar la consecuencia jurídica. El mencionado artículo contiene, por el contrario, una norma cuya aplicación no depende de la comprobación de un hecho, sino de la formulación de un pronóstico –a partir de los hechos– sobre el comportamiento futuro de una persona. Se trata, en consecuencia, de una disposición legal para cuya aplicación el legislador concede a los tribunales un margen de apreciación dentro del cual deben ser ponderadas las circunstancias con el fin de fundamentar una decisión respecto de los medios legales adecuados para lograr un determinado fin. Dicho con otras palabras: si el Tribunal afirma un pronóstico de fuga debe denegar la medida cautelar; si, por el contrario, no lo estima, deberá determinar las medidas que, de acuerdo con su valoración, sean adecuadas para impedir que el inculpado eluda la acción de la justicia.

En el ordenamiento jurídico procesal existen numerosas normas que responden a esta estructura, sobre todo en materia de medidas precautorias.

La injusticia de la aplicación de este tipo de normas no se puede enjuiciar con los mismos criterios que son aplicables en el caso de las normas de estructura condicional. En una norma con las características del artículo 504, segundo párrafo, LECrm, se trata de establecer si los principios, aplicados por el tribunal o juez para concretar el pronóstico requerido por la aplicación de la norma, son ajustados a derecho o no, es decir: se trata de si los criterios de la decisión tienen el apoyo jurídico que los legitima y del juicio referente a las cautelas imponibles.

A tales fines resulta indiferente que el pronóstico –como tal– se haya cumplido o no, dado que, por su naturaleza, todo pronóstico, condicionado por variantes múltiples y no totalmente controlables, es falible. La injusticia de la resolución no será, por lo tanto, consecuencia de que los hechos posteriores defrauden la expectativa expresada en el pronóstico judicial. También habría un fracaso del pronóstico si se pudiera demostrar que un preso preventivo, del que se supuso que podría fugarse, no lo hubiera hecho. Pero, es evidente que en tal caso nadie consideraría injusta la resolución que hubiera denegado la libertad, no obstante, lo erróneo del pronóstico sobre su conducta futura.

Por tales razones, lo decisivo para juzgar sobre la injusticia de la resolución es el apoyo de la misma en principios jurídicamente reconocidos y la correcta deducción a partir de los mismos. Esto rige tanto para el pronóstico en el que se basa la privación

provisional de la libertad, como para el que sirve de apoyo a la liberación bajo fianza durante el proceso, toda vez que, en un Estado de Derecho, la privación de la libertad no puede estar sometida a condiciones menos estrictas que las exigidas para liberación.

En el caso que ahora consideramos el Ministerio Fiscal ha basado su pretensión en la incorrecta determinación del peligro de fuga por parte de los Magistrados de la Sección Cuarta de la Audiencia Nacional en el auto de 21-12-2001. Por lo tanto, la resolución sería injusta porque se concedió la libertad bajo fianza pese a existir peligro de fuga. Para ello señala especialmente las siguientes circunstancias, de carácter puramente objetivo: la afirmación de tal peligro en resoluciones anteriores de dicha Sala, la gravedad de las penas solicitadas por el Fiscal en sus conclusiones provisionales, el señalamiento del juicio para pocos días más tarde y la inconsistencia del informe médico en el que se ha basado la decisión (ver pág. 18). Considera asimismo el excelentísimo señor Fiscal que no es necesario insistir en la injusticia de la decisión referente a las medidas cautelares impuestas, pues ello, ya ha sido admitido por el auto del excelentísimo señor Instructor que impugna.

Es cierto que en resoluciones anteriores a la de 21-12-2001 la Sala de la Audiencia Nacional había afirmado que existía peligro de fuga. Sin embargo, en ese auto los Jueces consideraron una situación nueva, surgida como consecuencia del informe médico oportunamente solicitado, a cuya ponderación se hará luego referencia.

Es cierto también que el Fiscal de la causa había solicitado penas graves. Pero no es menos cierto que la Ley procesal aplicada no hace depender la libertad bajo fianza —como ocurre en otros derechos— de una presunción de fuga establecida «*juris et de jure*» para ciertos delitos, considerados por ello como delitos que no permiten la excarcelación por la gravedad de la pena, sino que impone la comprobación del peligro de fuga en todos los casos.

Tampoco es directamente contrario a la Ley aplicada que sólo faltaran pocos días para la celebración del juicio, pues la Ley no condiciona la excarcelación bajo fianza a determinadas fases del proceso.

En todo caso, ninguna de estas dos últimas circunstancias es, por sí misma, determinante del peligro de fuga. Al no haber establecido límites al respecto, el legislador ha querido dejar al criterio jurídicamente vinculado del Tribunal de la causa la decisión sobre el peligro de fuga en todos los delitos y en todas las fases del proceso.

En consecuencia, sólo debemos concentrarnos en la ponderación realizada por el Tribunal del informe médico en que basó su afirmación de que «la enfermedad aparece como elemento neutralizador del riesgo de fuga» y en la aplicación de «consideraciones humanitarias» (auto de 21-12-2001). El excelentísimo señor Fiscal considera al respecto que los tres Magistrados dispusieron la libertad del acusado, al que describe como el protagonista de la «más importante operación de tráfico de droga descubierta en los últimos años», «desentendiéndose del peligro de fuga y exponiendo como argumento de su invención que la “enfermedad aparece como elemento neutralizador del riesgo de fuga”».

Por su parte el excelentísimo señor Instructor partió de la premisa según la cual «injusta sólo puede ser aquella que se aparta de todas las opciones jurídicamente defendibles, careciendo de toda interpretación razonable» y, aplicándola al caso, estimó que «la Sala basó su decisión en un informe médico, de características psiquiátricas, oficial, que evidenciaba un alto grado de probabilidad de suicidio (...), por lo que, en este apartado, la Sala actuó con el soporte técnico que le proporcionaba, a su vez, cobertura a la decisión que adoptó (...)».

Esta Sala comparte el punto de vista del Instructor. A nuestro juicio carece de importancia que el Fiscal de la causa no hubiera solicitado la práctica de una prueba

pericial o que no se haya opuesto a la consulta con el médico de la institución penitenciaria decidida por la Audiencia, pues el delito de prevaricación no depende de la acción del Fiscal, sino de la acción de los Jueces. La exclusión del carácter injusto del pronóstico referido a la fuga proviene, a nuestro modo de ver, del criterio de ponderación de bienes y del apoyo en un dictamen médico hasta ahora no contradicho. Por lo tanto, los criterios en los que los Magistrados inculpados apoyaron su decisión no son, en este punto, jurídicamente incorrectos. Compartimos también el criterio del Instructor respecto de la necesidad de una mayor motivación del auto. Pero el delito de prevaricación no consiste en una motivación insuficiente, sino en dictar una resolución injusta. La injusticia de la resolución no desaparece con una extensa motivación, ni una motivación poco informativa es determinante de la injusticia de la resolución.

Ciertamente, es posible dudar de lo acertado de la conclusión extraída por dichos Magistrados en lo referente a la excarcelación como el mejor medio de eludir el peligro de suicidio. Pero, lo cierto es que, ante el conflicto de bienes jurídicos que tenían que resolver y ante la necesidad de aplicar una norma que deja abierta la solución, no resulta posible considerar injusta una resolución que –sin contradecir una prohibición expresa– opta por asumir un riesgo para salvar el bien jurídico más importante de los que están en conflicto. No se debe olvidar que el propio artículo 504 (párrafo tercero) LECrM ordena que «el Juez o Tribunal que conozca de la causa y el Ministerio Fiscal, cada uno dentro de sus funciones, cuidarán bajo su responsabilidad de que la prisión no se prolongue más allá de lo necesario». Es evidente que una prisión provisional que puede conducir al suicidio del preso preventivo, protegido, no obstante las sospechas que puedan pesar sobre el mismo, por la presunción de inocencia, genera un riesgo que el Tribunal de la causa no podía desconocer y que elimina el carácter necesario de la prisión provisional.

Es posible que los Magistrados hubieran podido disponer otras medidas, que arriesgaran menos en relación con la presencia del acusado durante la celebración del juicio. Pero ante la apertura de posibilidades que la norma permitía, la elegida no era, en sí misma, injusta, ni era reveladora de una decisión que no podía ser deducida de la Ley a través de criterios interpretativos admitidos, pues la ponderación de bienes es un criterio general que informa el ordenamiento jurídico y la remisión a los conocimientos médicos contenidos en el informe de un facultativo oficial no ofrece ningún reparo jurídico, sobre todo si se tiene en cuenta que exteriormente dicho informe, en el momento de ser considerado por los Magistrados que suscribieron el auto de 21-12-2001, se ajustaba a los estándares que se observan en la práctica cotidiana en los informes médico-forenses. Téngase presente que el Doctor A. L., Médico Forense de la Audiencia Nacional, declaró ante el Instructor haber sido consultado en el despacho del Presidente de la Sección, donde pudo leer el informe del médico de la prisión. Al respecto manifestó haber informado al Magistrado que «a la vista del informe le pareció que la situación era grave y así se lo hizo saber al presidente de la Sección» (ver folio 1.017), admitiendo que era práctica «que los jueces admiten informes de los médicos de los Centros Penitenciarios (ver folio 1.018)».

Un problema diverso es el que se refiere a la suficiencia de las medidas cautelares impuestas para asegurar la presencia del acusado en el juicio. El excelentísimo señor Instructor concluyó que en ese aspecto el auto de 21-12-2001 vulneraba claramente el artículo 531 LECrM, básicamente por lo exiguo de la cuantía de la fianza real impuesta y el excelentísimo señor Fiscal se adhirió a este punto de vista. Sin embargo, en el auto impugnado se impusieron medidas razonables utilizadas en la práctica. Desde la constitución de una fianza real hasta la prohibición de salir del país con retirada del pasaporte, la obligación de presentación quincenal en el juzgado, la

fijación de domicilio y la obligación de someterse a tratamiento ambulatorio. Desde el punto de vista meramente cautelar, y sin entrar en otras consideraciones, lo cierto es que estas medidas abarcan un amplio espectro del arsenal de cautelas. Desde el punto de vista del Instructor y del Fiscal, sin embargo, las medidas impuestas no eran suficientes, porque la Sala ya había sostenido que el preso carecía de arraigo a pesar de la documentación que acreditaba la tramitación de su matrimonio con española, que en las circunstancias de la causa existía peligro de fuga y que la cantidad de cinco millones de pesetas no era suficiente para impedir la fuga.

Esta Sala no considera que estas medidas hayan sido insuficientes en el contexto en el que se las adoptó. Es evidente que nadie ha dicho en esta causa a cuánto debería ascender la fianza real para ser efectivamente garantizadora de la comparecencia del acusado. Tampoco se ha dicho qué otras medidas cautelares deberían haber tomado los Jueces inculpados para dar cumplimiento a la Ley. El problema central de esta causa no consiste, a nuestro juicio, en la suficiencia de estas cautelas, sino en la afirmación del auto de 21-12-2001 en la que se llega a la conclusión que en el estado psíquico del acusado el peligro de fuga se neutraliza. Partiendo de tal premisa es claro que las medidas cautelares eran suficientes, pues no había peligro de fuga. Una cuestión diferente es la de si la referida premisa era correcta.

En este sentido entendemos que la razón que determina la injusticia de la resolución reside precisamente en esa afirmación sobre la neutralización del peligro de fuga, que los Magistrados de la Sección Cuarta de la Audiencia Nacional no pudieron deducir del informe médico, pues éste no llegaba a ninguna conclusión sobre el peligro de fuga. Por lo tanto: un juicio que necesitaba de un apoyo en conocimientos que el Tribunal no tenía fue convertido en el fundamento de la aplicación del artículo 504 (segundo párrafo) LECrm sin tales apoyos científicos justificantes del pronóstico de conducta realizado. El informe médico en el que se basó el cambio de opinión sobre el peligro de fuga sólo decía que el paciente podía llegar al suicidio y que su internamiento en un establecimiento carcelario era perjudicial para la enfermedad.

En consecuencia, con esta diferencia de matiz, esta Sala coincide con el excelentísimo señor Instructor en lo concerniente a la tipicidad objetiva de las acciones imputadas a los inculpados.

Segundo. También entendemos correcto el criterio mantenido en el auto que acuerda la conclusión del sumario respecto del tipo subjetivo del artículo 446 CP. En efecto, su decisión se basa en el reconocimiento por los Jueces inculpados del error de valoración respecto del peligro de fuga. El excelentísimo señor Instructor consideró probado el error afirmando que «de los elementos fácticos indiciarios que conforman el sumario, no existe ninguno» que autorice a suponer que dichos Magistrados obraron «voluntariamente». Asimismo el error alegado se tuvo por probado por la inmediata reacción de éstos «cuando toman conciencia del error padecido» y «tratan de contener la más que probable evasión». Por lo tanto, admitido el error en la formulación del pronóstico, es claro que se debe excluir el dolo del tipo.

El excelentísimo señor Fiscal, en su escrito de formalización del recurso de reforma, ha considerado que el conocimiento del derecho que es propio de los jueces, sobre todo si son experimentados, debería privar de fundamento a la alegación del error en este caso. Sin embargo, el error de los inculpados no versa sobre el derecho aplicado, sino sobre las consecuencias de un diagnóstico médico respecto del «peligro de fuga», es decir, sobre el pronóstico de comportamiento futuro de un acusado, necesario para la aplicación del artículo 504 LECrm.

Tercero. También debemos confirmar el auto cuya reforma se solicita en lo referente a la ausencia de imprudencia.

En nuestra sentencia 359/2002 hemos afirmado que «el legislador ha decidido que cuando se trata de una prevaricación judicial por imprudencia grave no basta con que la resolución sea injusta, como sucede en la modalidad dolosa, sino que sea injusta con carácter manifiesto, lo que incide, más que en el elemento objetivo de la prevaricación en el tipo subjetivo y particularmente en la necesidad de que el autor, con el conocimiento del contenido de la resolución se haya representado –culpa con representación– la posibilidad de la realización del tipo, habiendo confiado injustificadamente, al mismo tiempo, en la adecuación a derecho de dicha resolución» (F. 2.º). En consecuencia, el delito del artículo 447 CP requiere que el autor haya obrado con culpa consciente o con representación pues cuando la injusticia es manifiesta tiene necesariamente que haberla captado inmediatamente.

(Auto de 23 de julio de 2002)

ARTÍCULO 457

Simulación de delito. Provocar actuaciones judiciales no es una condición objetiva de punibilidad, sino el resultado típico del ilícito. Grados de ejecución

Segundo. El segundo motivo de recurso alega también infracción de ley en lo que se refiere a la condena por el delito de simulación de infracción criminal en grado de tentativa del artículo 457 del CP/1995. Estima la parte recurrente que la actuación del propio recurrente fue determinante para que no se llegaran a incoar diligencias judiciales como consecuencia de la denuncia, por lo que no concurre la condición objetiva de punibilidad exigida por el tipo, no siendo admisible apreciar este delito en grado de tentativa.

El motivo, apoyado por el Ministerio Fiscal, debe ser estimado por las razones expuestas por el Ministerio Público, que no coinciden totalmente con las expresadas por el recurrente. En efecto en el tipo delictivo enjuiciado la efectiva provocación de actuaciones procesales no constituye una condición objetiva de punibilidad, como pretende el recurrente, sino el resultado delictivo, como ha declarado esta Sala en la Sentencia de 17 de mayo de 1993, resolución en la que se apoya correctamente la sentencia de instancia, por lo que cabe apreciar la eventual concurrencia de grados de ejecución distintos de la consumación, y sancionar por ello los casos de tentativa.

Como señala la referida sentencia «la necesidad político-criminal de la pena de este delito no depende de que se hayan producido o no actuaciones procesales, pues el peligro de que éstas tengan lugar tiene ya relevancia social suficiente como para atacar la confianza en la vigencia de la norma. Por lo tanto, el legislador no ha tenido ninguna razón para condicionar la punibilidad a la producción de actuaciones procesales y renunciar, por consiguiente, a la punibilidad de la tentativa y la frustración (coincidentemente SSTS 2-5-1970 y 31-10-1973) en el artículo 338 CP/1973», no apreciándose razón alguna para modificar dicha doctrina respecto de la nueva redacción del tipo incluida en el artículo 457 del CP/1995.

Pero lo cierto es que en el supuesto actual, aún cuando no se recoja así expresamente en el relato fáctico, la incoación de actuaciones procesales se evitó por el desistimiento activo del propio recurrente, al personarse en las dependencias policiales donde había denunciado mendazmente los hechos, para explicar la realidad de lo ocurrido y reconocer la autoría de la supuesta sustracción, lo que determinó el archivo sin más consecuencias de la denuncia formulada ante la policía, tal y como afirma la

parte recurrente, reconoce el Ministerio Fiscal y puede constatarse examinando las actuaciones conforme a lo prevenido en el artículo 898 de la LECrm «para la mejor comprensión de los hechos».

En consecuencia, la retractación antes de que se hubiesen iniciado actuaciones procesales determina la exención de responsabilidad del recurrente conforme a lo prevenido en el artículo 16.2.º del CP/1995, al evitar voluntariamente la producción del resultado. El motivo debe ser estimado.

Tercero. Cabe, en consecuencia y como doctrina general, diferenciar en este tipo delictivo tres supuestos en lo que se refiere al grado de ejecución:

1.º Cuando se simula en forma aparentemente verosímil ante un funcionario policial o administrativo haber sido responsable o víctima de una infracción penal y, sin embargo, no llega a incoarse procedimiento penal alguno; por ejemplo, porque los funcionarios policiales que tramitan el atestado descubren la falacia en el curso de las primeras diligencias practicadas antes de la remisión de las actuaciones a la Autoridad judicial: en tal caso nos encontramos ante un delito no consumado, dado que la mera incoación del atestado no equivale a «actuaciones procesales». La tentativa es punible, conforme al artículo 16 del CP/1995, porque el agente ha practicado actos que objetivamente deberían producir el resultado –la incoación de un procedimiento penal– y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.

2.º Cuando la denuncia inicial provoca la incoación de un procedimiento penal por el órgano jurisdiccional correspondiente, diligencias previas, sumario o procedimiento previo al juicio de faltas: el delito debe sancionarse como consumado.

3.º Cuando se formula la denuncia por una infracción inexistente o se simula en forma aparentemente verosímil ante un funcionario policial o administrativo haber sido responsable o víctima de una infracción penal y, sin embargo, la retractación del agente impide que llegue a incoarse procedimiento penal alguno. En este caso, que es el actualmente enjuiciado, la aplicación del párrafo segundo del artículo 16 de CP/1995, determina la exención de responsabilidad penal por el delito intentado, por desistimiento activo, dado que es el propio agente quien impide la consumación del delito al evitar la producción del resultado.

(Sentencia de 6 de marzo de 2002)

ARTÍCULO 463

Obstrucción a la justicia. Dejar de comparecer, sin justa causa, ante un Juzgado en proceso criminal con reo en prisión provisional provocando la suspensión del juicio oral: requisitos. No existe delito y si sólo responsabilidad disciplinaria en el caso de Abogado que padece una enfermedad y no comunica tal circunstancia al tribunal, pues no puede confundirse la concurrencia de la justa causa con la comunicación de dicha circunstancia

Tercero. El segundo motivo del recurso se formaliza por la vía del artículo 849-2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, «error facti» y consiguiente infracción de ley («por la íntima conexión en ambos temas», dice el autor del recurso, al

que concede erróneamente una vertiente constitucional, cuando es claramente legal). En apoyo del motivo se esgrime un informe médico del odontólogo don Mario G. S., perteneciente al Colegio de Odontólogos y Estomatólogos de Madrid, que acredita que el acusado acudió a consulta el día 5 de marzo de 1997, presentado una gingivitis ulcero necrotizante aguda, localizada en toda la cavidad bucal, recetándosele diversos medicamentos que describe, y en la mañana siguiente, 6 de marzo, vuelve a presentarse con sintomatología muy dolorosa, practicándosele bajo anestesia local un «raspaje y curetaje» de las zonas más afectadas, aconsejándole seguir con la medicación antes mencionada durante siete días como mínimo. Tal enfermedad fue ratificada en el acto del juicio oral por una compañera del despacho del acusado, en la época de producción de los hechos, concretamente por doña Virginia C. L., conforme consta en el acta del juicio oral, declarando que iban a ser los familiares del preso preventivo y acusado en el juicio suspendido los que iban a comunicar tal circunstancia a la Audiencia Provincial.

El nuevo delito de obstrucción a la Justicia, definido en el artículo 463 del Código penal de 1995 requiere para su concurrencia los siguientes requisitos: a) que el sujeto activo del delito haya sido citado en legal forma para asistir a un proceso criminal en fase de juicio oral, agravándose la penalidad en caso de que el responsable del delito fuese abogado, procurador o representante del Ministerio fiscal, e igualmente cuando se trate del Juez o miembro del Tribunal o de quien ejerza las funciones de Secretario Judicial; b) que deje de comparecer sin justa causa; c) que la causa criminal a enjuiciar tenga reo en prisión provisional, y d) que se provoque con su incomparecencia la suspensión del juicio oral, elemento que debe considerarse como una condición objetiva de punibilidad. A continuación, el precepto castiga con multa a quien, habiendo sido advertido lo hiciera por segunda vez, en causa criminal sin reo en prisión, haya provocado o no la suspensión.

En el caso sometido a nuestra consideración, se trataba de un abogado defensor de acusado en situación de prisión provisional, dando lugar su incomparecencia a la suspensión del juicio oral.

El motivo tiene que ser estimado. En efecto, confunde la Sala de instancia la falta de concurrencia de justa causa con la falta de comunicación de imposibilidad de comparecencia a juicio oral. La justa causa fue la enfermedad del Letrado, aducida desde el primer momento en que se le recibió declaración como imputado. Fue acreditada mediante informe médico suscrito ante notario y aportado en el acto del juicio oral, y corroborada testificalmente, dejando de valorar dicha prueba la Sala sentenciadora bajo la tesis de la falta de comunicación; y así se dice: «no se constata que existiera un impedimento absoluto para llevar a cabo la comunicación personalmente o cerciorarse si sus instrucciones habían sido cumplidas» (fundamento jurídico quinto «in fine»), lo cual quiere decir que el Tribunal de instancia, aún admitiendo la certeza de la enfermedad, reprocha al recurrente que no hubiera puesto tal circunstancia en conocimiento de la Sala, lo que nos sitúa en otro plano de responsabilidad, en la responsabilidad disciplinaria, en su caso, conforme se dispone en los artículos 442.2 y 448 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero no en la responsabilidad penal si concurre justa causa, sino en su falta de justificación de inmediato ante el correspondiente Juzgado o Tribunal cuando no comparecieren y una vez citados en forma. Así, en los hechos probados de la Sentencia recurrida únicamente se expone que no acudió, «sin que el referido acusado haya justificado su ausencia», pero no se expone, como debió hacerse para completar el tipo penal, que el acusado sin justa causa no compareció al juicio oral. En consecuencia, procede la estimación del motivo, dictándose seguidamente Sentencia absolutoria y la incoa-

ción de diligencias disciplinarias, no procediendo el estudio del resto de los motivos casacionales.

(Sentencia de 4 de febrero de 2002)

ARTÍCULO 550

Delito de atentado a la autoridad. El ánimo tendencial de menoscabar el principio de autoridad se halla ínsito en la acción del delito

Único. (...) B) Conviene advertir que la figura del atentado, contemplada en el artículo 550 del Código Penal, abarca tanto el acometimiento o la fuerza como la resistencia activa, también grave, contra la autoridad o sus agentes en el ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas. En consecuencia, la figura delictiva del artículo 556 del Código Penal, cuya aplicación pretende el recurrente, queda limitada a la resistencia no grave o pasiva a la que se equipara la desobediencia grave.

La jurisprudencia y la doctrina consideran que la resistencia típica consiste en el ejercicio de una fuerza eminentemente física, que supone el resultado exteriorizado de una oposición resuelta al cumplimiento de aquello que la autoridad a sus agentes conceptúan necesario, en cada caso, para el buen desempeño de sus funciones. Si esta resistencia se manifiesta de forma activa y alcanza los caracteres de grave, entra en juego la figura del artículo 550 del Código Penal. También existe atentado en los supuestos en que existe un acometimiento físico consistente en una acción dirigida frontalmente contra las autoridades o sus agentes. La jurisprudencia ha equiparado el acometimiento mediante actos corporales (puñetazo, patada), con la utilización de medios agresivos materiales (STS 18-3-2000). El ánimo de ofensa, menosprecio o falta de respeto va ínsito en los actos desplegados cuando no constan circunstancias concurrentes que permitan inferir otra motivación ajena a las funciones públicas del ofendido. Cuando la autoridad o el agente –y el funcionario público– actúa en el ámbito de sus atribuciones y dicha condición es conocida del sujeto, la acción violenta sobre su persona, dentro de las especificaciones objetivas de dicho artículo y directamente relacionadas con el ejercicio de tales funciones o con ocasión de las mismas, evidencien la voluntad de acometer, emplear fuerza, intimidar o resistir, y el ánimo de vulnerar o dejar malparado el principio de autoridad (STS 23-5-2000).

(Auto de 11 de enero de 2002)

Los disparos dirigidos a varios agentes no da lugar a tantos delitos como el número de éstos, sino a uno solo. Diferencias con el delito de resistencia

Primero. (...) Se sostiene por el recurrente que no existen los dos delitos de atentado porque el recurrente se limitó a disparar al aire la pistola que portaba, sin intentar agredir ni disparar contra los policías en prácticas que le perseguían.

El motivo no respeta los hechos probados que constituyen el presupuesto del motivo, no obstante, el motivo prosperará parcialmente por otras razones. En dichos hechos se narra que el recurrente, a consecuencia del altercado que provocó en la dis-

coteca con exhibición de una pistola, salió de allí, encontrándose con cuatro agentes de policía en prácticas, de paisano, que se identificaron verbalmente y con exhibición de sus carnés y sin detenerse, huyó, siendo perseguido por los agentes. En esta situación efectuó diversos disparos al aire, y tras dividirse los agentes en dos grupos en un momento dado el recurrente efectuó dos disparos en dirección a los agentes ... y ... obligando a que se lanzaran al suelo y se protegieran tras unos automóviles.

Es en concreto en esta acción donde la sentencia encuentra los dos delitos de atentado por los que condenaron al recurrente. Es evidente que tal acción constituye a no dudarlo no ya una grave intimidación, sino un acometimiento a dos agentes públicos, por concurrir todos los elementos que integran el delito; a) la acción del sujeto activo en cualquiera de las manifestaciones descritas en el artículo 550; b) la condición de autoridad o agentes de la misma, y c) el elemento subjetivo del injusto constituido por el deseo de menospreciar y vulnerar la función pública que el agente encarna y representa; en el presente caso los agentes tenían la obligación de intervenir aunque estuviesen francos de servicio, e incluso fueran funcionarios en prácticas porque conforme al artículo 5-4.º de la LO 2/1986, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, se consideran en servicio permanente y en cualquier momento pueden y deben actuar en defensa de la Ley y de la seguridad ciudadana –SSTS de 30 de mayo de 1983 y 2 de julio de 1984–.

Precisamente, el núcleo del delito de atentado está constituido por el ataque a esa función pública que encarna el sujeto pasivo y cuyo respeto es necesario para la convivencia en una sociedad democrática, por eso el delito de atentado responde a la naturaleza de los delitos de pura actividad, que se perfeccionan con el simple ataque en cualquiera de las cuatro formas previstas en el tipo, aunque éste no llegue a consumarse en la persona de los agentes atacados –SSTS de 11 de octubre de 1984, 30 de abril de 1987 y 16 de noviembre de 1987–. En concreto, existe consolidada doctrina de esta Sala, que estima consumado el delito en el hecho de apuntar a un agente con un arma cargada, obligándole a tirarse al suelo ante la eventualidad del disparo –SSTS de 29 de noviembre de 1989 y 10 de julio de 1995–. En el presente caso, se produjeron dos disparos dirigidos a los dos agentes, por lo que puede afirmarse fundamentamente que el ataque revistió la forma de acometimiento.

Consecuencia de la naturaleza del bien jurídico protegido, es que la realidad de una actividad agresiva frente a varios agentes o funcionarios públicos no da vida a tantos atentados cuantos agentes existan, sino sólo a una sola infracción, porque el bien jurídico es uno y único, aunque sean varios los agentes; cuestión distinta es que la realidad de múltiples agresiones den vida a otro delito –contra la integridad física–, en concurso ideal con el delito de atentado, y en esta situación en virtud de la propia substantividad del ataque causado, puedan existir y existan tantos delitos de lesiones u homicidios como víctimas, unidos, como ya se ha dicho, en concurso ideal con un único delito de atentado –SSTS de 22 de marzo de 1993 y de 25 de septiembre de 2000–.

Una aplicación de la doctrina expuesta a los hechos probado, lleva a declarar que la acción del recurrente de disparar con su pistola a los dos agentes que le seguían, a una distancia de cinco metros –dato fáctico incluido en la fundamentación pero que debe integrarse en el «factum»–, agentes que previamente se habían identificado verbalmente y por exhibición de la documentación correspondiente por lo que su condición de tal era obvia para el recurrente y que estaban legitimados para intervenir ante las circunstancias del caso constituye un ejemplo de acometimiento de una indudable peligrosidad que da vida a un solo delito de atentado y no dos, y es en este aspecto que debe ser revocada la sentencia y admitido parcialmente el motivo.

Procede la estimación parcial del motivo.

Segundo. El segundo motivo, por igual cauce constituye la lógica consecuencia de la tesis del recurrente. Los hechos, según su planteamiento, constituirían un delito de resistencia del artículo 556 del Código Penal, que debía haber sido aplicado.

El Código Penal define el delito de resistencia de una manera excluyente en relación al delito de atentado y, por tanto, dotándole de una naturaleza residual, de suerte que en el delito de resistencia se sancionan comportamientos más leves y que no tienen cabida en el delito de atentado, por lo que la diferenciación de una y otra figura delictiva debiera efectuarse a la vista de las concretas circunstancias de los casos a examinar porque como se reconoce en la sentencia de esta Sala de 23 de marzo de 1995 existen entre ambas infracciones zonas de confluencia y de divergencia.

Entre las primeras podemos citar que el sujeto pasivo sea autoridad o agente de la misma, que se encuentra en el ejercicio de sus funciones, que ello sea conocido por el sujeto activo y un especial «animus» tendencial de menospreciar el principio de autoridad.

Entre las divergencias, el elemento nuclear es la forma en la que se realiza la acción en el que está excluida la nota del acometimiento que es sustituida por la de una desobediencia grave o una resistencia pasiva, es decir, no de oposición, sino de simple obstaculización aunque lo relevante es el análisis de cada supuesto, porque pueden existir situaciones fronterizas entre la resistencia activa, constitutiva de atentado, y la pasiva de resistencia.

En el presente caso, el hecho de disparar un arma de fuego, a corta distancia contra dos agentes, integra, a no dudarlo, una de las materializaciones más acabadas del acometimiento a que se refiere el artículo 550.

Procede la desestimación del motivo.

(Sentencia de 21 de enero de 2002)

Diferencias entre delito de atentado y delito de resistencia no grave

Primero. Se formula un único motivo de casación por ordinaria infracción de ley del artículo 849.1 LECrm, denunciándose inaplicación del artículo 556 CP y aplicación indebida del artículo 552.1 en relación con el 550, también CP.

Se aduce que el hecho probado debe ser subsumido en el artículo cuya indebida inaplicación se denuncia, 556 CP, por cuanto se trataría de un supuesto de resistencia y no de atentado o resistencia activa previsto en el artículo 550 del mismo Texto. Se afirma que si bien es cierto que el acusado se resistió a su detención «tampoco lo es menos que dicha resistencia no estuvo teñida de acometimiento, ni de intimidación grave, ni del resto de las notas características, siendo, más bien, una resistencia a la propia detención, sin pretensión de menoscabar la autoridad del funcionario actuante».

El motivo, apoyado por el Ministerio Fiscal, debe ser estimado.

La Jurisprudencia de esta Sala a propósito de la distinción entre el atentado y la resistencia ha señalado, en primer lugar, que responden a una misma consideración, a una misma finalidad incriminatoria, al mismo ámbito y a la misma naturaleza jurídica (SSTS, entre otras, de 21-12-1995 ó 5-6-2000). La distinción entre uno y otro, siendo residual el segundo (artículo 556) respecto del primero (artículo 550), se ha basado desde siempre (antiguos artículos 231.2 y 237 CP/1973) en el entendimiento de asignar al tipo de atentado una conducta activa en tanto que configura el de resistencia no grave o simple en un comportamiento de pasividad, criterio que se refuerza desde la publicación del Código Penal de 1995, por cuanto el artículo 550 incorpora la expre-

sión activa aplicada a la resistencia grave que constituye una de las formas del delito de atentado, junto al acometimiento, empleo de fuerza o intimidación, frente a la autoridad o sus agentes o funcionarios públicos, mientras que el 556, que no menciona a estos últimos entre los sujetos pasivos del delito, se limita a exigir la resistencia sin especial calificación a la autoridad o sus agentes, equiparándola a la desobediencia grave, todo ello siempre que aquéllos se encuentren en el ejercicio de sus funciones. Igualmente existe una corriente jurisprudencial (SSTS de 3-10-1996 y 11-3-1997) que, acogiendo ciertas críticas que acusaban una interpretación extensiva del tipo de atentado-resistencia conforme a la distinción anterior, ha atenuado la radicalidad de tal criterio dando entrada en el tipo de resistencia no grave «a comportamientos activos al lado del pasivo que no comportan “acometimiento propiamente dicho”». La STS de 18-3-2000, como recuerda la de 22-12-2001, se refiere a la resistencia típica como aquella consistente en el ejercicio de una fuerza eminentemente física, que supone el resultado exteriorizado de una oposición resuelta al cumplimiento de aquello que la autoridad y sus agentes conceptúan necesario, en cada caso, para el buen desempeño de sus funciones, de forma que si dicha resistencia se manifiesta de forma activa y alcanza los caracteres de grave, entra la figura del artículo 550 CP. Por ello, los elementos normativos a ponderar se refieren, por una parte, a la actividad o pasividad de la conducta del sujeto activo, y, por otra, a la mayor o menor gravedad de la oposición física del mismo sujeto al mandato emanado de la autoridad o sus agentes en el ejercicio legítimo de sus funciones, debiendo igualmente subrayarse que hoy en día el bien jurídico protegido, más que el tradicional principio de autoridad, lo constituye la garantía del buen funcionamiento de los servicios y funciones públicas, siendo el ánimo o propósito específico de la ofensa exigible en ambos tipos penales.

En el presente caso el hecho probado describe que cuando los agentes optaron por trasladar a Comisaría al acusado para verificar su identidad, introduciéndolo en el vehículo policial, «sacó una navaja con la que se propinó varios cortes en el antebrazo izquierdo, tratando los agentes de desarmarlo, lo que propició que en el forcejeo que mantuvo con los mismos el referido Policía resultara con heridas consistentes en traumatismos por los golpes que aquél le propinó y varios cortes superficiales en mano izquierda que precisaron asistencia médica, sin que consten los días invertidos en su curación y habiendo renunciado el agente a cualquier tipo de indemnización...», una vez desarmado y dentro del vehículo policial, el acusado, «con ánimo de autolesionarse, comenzó a dar cabezazos contra la mampara de seguridad del vehículo, así como puntapiés contra la puerta del mismo».

Como señala el Ministerio Fiscal en su informe, los hechos descritos no constituyen propiamente acometimiento ni resistencia activa equivalente frente a los agentes, sino que la acción perseguida no es otra que la de autolesionarse y precisamente la actividad de los agentes enderezada a evitarlo es lo que ocasiona los golpes y lesiones superficiales referidas. La violencia ejercida por el ahora recurrente contra sí mismo constituye la causa del forcejeo entre éste y los agentes que tratan de evitar aquélla. La reacción ante la detención no se da propiamente frente a aquéllos, sino contra sí mismo, ocasionándose varios cortes en el antebrazo izquierdo y dándose cabezazos contra la mampara de seguridad del vehículo. No se trata de un supuesto de resistencia activa, nítida y diáfana, sino de una reacción de impotencia contra sí mismo, y por ello debe ser subsumido en el artículo 556, inciso 1.º, CP.

(Sentencia de 4 de marzo de 2002)

ARTÍCULOS 566 Y 567

Depósito de armas. Concepto de depósito. En el nuevo Código una sola arma de guerra constituye depósito. Cuando se trata de un depósito de armas hecho por una sola persona, el agente único ha de ser equiparado al promotor u organizador

Primero. 1. El único motivo del recurso de casación de José P. G. se formuló al amparo del artículo 849.1.º de la LECrm, al haber cometido la sentencia recurrida error de derecho calificando los hechos enjuiciados como un delito de depósito de armas, haciendo en consecuencia aplicación indebida de los artículos 566.1, 567.1 del CP.

Entiende el recurrente que, en relación al artículo 566 del CP, la conducta enjuiciada en la sentencia en ningún caso puede considerarse como de fabricación o comercialización, y sólo pudiera incardinarse en la actividad contemplada como de establecimiento de depósito de armas o municiones, pero para ello será preciso a su vez que el mencionado establecimiento se efectuase por persona que tuviera el carácter de promotor u organizador, lo que no puede deducirse de la conducta del señor P.

Según literalmente se expresa en el recurso «el concepto organización no debe entenderse como la mera participación en la perpetración de unos hechos, sino que requiere un grado de centralización de decisiones y jerarquías ejecutivas, elementos que no pueden ser apreciados en el presente caso, es necesario una interpretación lógica y finalista del precepto, y dado que la “ratio essendi” de la agravación penológica está prevista para un supuesto de mayor entidad y trascendencia, que en el supuesto concreto no traspasaría la simple coparticipación, siendo además que la sentencia de instancia se parte sin concretar, como ya se señaló, a qué organización, a qué personas y a qué entidades se refiere, privando, por tanto, del camino lógico por el cual se deduce dicho conocimiento que permita la adecuada subsunción en el subtipo agravado penal ...».

Se argumenta también en el recurso, en segundo lugar, que el artículo 567 del CP no establece ni determina cuántas armas de guerra se precisan para la constitución de un depósito, creándose un vacío legal que conlleva irremediablemente a la inseguridad jurídica; y siguiendo la tesis más progresista de la Doctrina científica (Vives Antón, Carbonell, Mateu) entiende que debe exigirse, si se trata de armas de guerra, la reunión de tres o más de dichas armas, cualquiera que fuese su modelo y clase.

En consecuencia, entiende el recurrente que la conducta del señor P., si es ilícita, tan sólo podría subsumirse en los artículos 563 y 564 del CP.

2. El Ministerio Fiscal interesó la desestimación del recurso, en cuanto que el agente único, como lo había sido José P. G., habría de ser equiparado al promotor u organizador del depósito y no podía considerarse como cooperador en la formación del mismo, según el criterio de las sentencias de esta Sala de 10-3-1979 y 5-3-1997, poniendo de relieve el Ministerio Público que la sentencia recurrida condenó al acusado, como promotor, rechazando que pudiera considerarse organizador, por no constar que hubiese actuado en coordinación con otras personas.

En cuanto al número de armas de guerra exigida para la constitución de depósito, pone de relieve el Ministerio Fiscal que, frente al criterio del CP/1973, que requería la reunión de tres armas para la formación de depósito de armas de guerra, salvo que se tratase de ametralladoras, pistolas y fusiles ametralladores y bombas de mano, el nuevo Código de 1995 entiende constituido el depósito con una sola arma de guerra.

3. El recurso de José P. G., debe ser desestimado, puesto que no fueron indebidamente aplicados el artículo 566.1.º del CP, ni el artículo 567.1.º del mismo Cuerpo Legal:

A) El arma detentada por el acusado, el subfusil marca «Uzi», calibre 9 mm parabellum, de fabricación israelí (Israel Military Industries de Tel Aviv) debe reputarse arma de guerra con arreglo a lo dispuesto en el artículo 6 del Reglamento de Armas, aprobado por el RD 137/1993, de 29 de enero, que en el apartado c) considera como tales a las armas de fuego automáticas, teniendo tal carácter los subfusiles, y reconociéndose en el informe pericial, obrante a los folios 180 a 195 del sumario, que el subfusil «Uzi» intervenido a José P. podía disparar, a voluntad del usuario, a tiro automático o semiautomático, y que se trataba de un tipo de arma, con la que estaba dotadas unidades militares y policiales de todo el mundo, siendo especialmente utilizadas por unidades de operaciones especiales y organizaciones terroristas.

El carácter de arma de guerra del subfusil o metralleta ha sido reconocido en las sentencias de esta Sala de 21-4-1994 y de 5-3-1997, en la que se afirma que el subfusil ametrallador ocupa un lugar intermedio entre la pistola ametralladora y el fusil ametrallador. En la sentencia de 16-2-2001 se reputa arma de guerra, por aplicación del artículo 6 del Reglamento de armas de 1993, la pistola automática.

B) Dado el carácter de arma de guerra del subfusil «Uzi» poseído por José P., la detentación de dicha arma integraba depósito de armas de guerra, con arreglo a lo establecido en el artículo 567.1.º del CP/1995, que considera que constituye tal delito la fabricación, la comercialización o la tenencia de cualquiera de dichas armas. Es obvio que en el nuevo Código, una sola arma de guerra constituye depósito, modificándose, por tanto, el criterio del Código anterior que exigía la reunión de tres armas para alcanzar el depósito, aunque se reputase constitutivo de depósito la tenencia de una sola arma, tratándose de ametralladoras, pistolas y fusiles ametralladores y bombas de mano.

Por lo expuesto, no cabe apreciar en la sentencia recurrida la aplicación indebida del artículo 567.1.º del CP/1995.

C) Tampoco cabe apreciar en la misma sentencia la indebida aplicación del artículo 566.1.º del CP/1995, que se denuncia en el recurso.

En la sentencia recurrida se reputa la detentación del subfusil por José P. G. como promoción de depósito de armas de guerra, subsumible, por tanto, en el artículo 566.1.º del CP/1995, considerándose que la actuación del acusado no puede calificarse de cooperación, ni tipificarse conforme al número 2 de dicho artículo, en cuanto que la cooperación exige la concurrencia de otra persona promotora principal del depósito, a la que se presta auxilio, lo que no sucedió en el supuesto enjuiciado. Esta Sala estima aceptables los argumentos del Tribunal de Castellón expuestos en el párrafo 1.º de la página 7 de la sentencia, basados en el significado gramatical de la palabra «promotor», de los que se deduce que puede serlo una persona que actúe por sí sola, sin coordinación con otras.

Pero además, la jurisprudencia más reciente de esta Sala, manifestada en las sentencias de 5-3-1997 y de 16-2-2001, ha estimado que cuando se trata de un depósito de armas hecho por una sola persona, el agente único ha de ser equiparado al promotor u organizador. Según se indica en la sentencia de 1997 la solución alternativa llevaría absurdamente a la absolución, puesto que la cooperación resulta entonces intrínsecamente imposible. Se ajustan las sentencias citadas al criterio segundo por la de 10 de marzo de 1999, que consideró promotor u organizador al agente único de un depósito de municiones para armas de defensa, y se apartan del observado en las sentencias de 3-4-1981 y de 21-4-1994, que, estimando que en el caso de agente único del

depósito, no cabe la doble categoría del promotor y organizador por un lado y de cooperador por otro, debería de ser aplicada la alternativa más favorable e imponer la pena propia del cooperador.

Segundo. La Sala, teniendo en cuenta que la pena impuesta por el delito de depósito de armas de guerra, de 6 años de prisión, resulta desproporcionada, al no constar en el relato fáctico datos de los que se deduzca la peligrosidad social del autor el depósito o su intención de usar el subfusil, con fines ilícitos procederá proponer un indulto de la mitad de la pena impuesta por tal delito, según autoriza el artículo 902.2.º de la LECrM, ponderando también que en las dos sentencias citadas de 1997 y 2001, en que se aplicó la pena propia del promotor y organizador del depósito de armas de guerra, a la actuación singular y aislada de un depositante de las mismas, las penas resultantes fueron de seis meses y un día y un año de prisión menor, respectivamente, por haberse aplicado la atenuante del artículo 256 del CP/1973, y haberse rebajado las penas en dos grados.

(Sentencia de 1 de abril de 2002)

ARTÍCULO 578

La apología del terrorismo no constituye delito de terrorismo. Incompetencia, por tanto, de la jurisdicción española para perseguir delito de apología del terrorismo cometido fuera del territorio nacional

Tercero. Al inicio de sus consideraciones, sostiene el recurrente que «la afirmación de que el concepto de terrorismo es un concepto de indagación jurisdiccional, con expresa independencia de la voluntad legislativa, sugiere una serie de interrogantes de no fácil solución». Estas son: que «introduce un régimen jurídico diferenciado entre tipos penales del mismo “nomen iuris”, de idéntico tratamiento sistemático y de similar capacidad lesiva desde la perspectiva del bien jurídico protegido»; que «alienta dudas en cuestiones que no debieran ser objeto de controversia, como, por ejemplo, las que afectan a la perseguibilidad de estos delitos»; y que provoca un interrogante sobre la naturaleza del delito de exaltación del terrorismo.

El Fiscal, como premisa de su discurso, atribuye a este tribunal algo que en modo alguno está presente en el auto recurrido. En efecto, allí no se prescinde de la «voluntad legislativa», que, por el contrario, es el punto de partida del discurso motivador de la resolución. La voluntad de legislador, en este caso, es bien clara: incluir por Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, el delito de «exaltación del terrorismo» en la sección 2.ª del capítulo V, del título XXII del libro II del Código Penal, con objeto de «sancionar a quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o difusión los delitos de terrorismo», como se lee en la exposición de motivos.

Cuarto. En contra de lo que sugiere el recurrente, el legislador no resuelve expresamente todas las cuestiones que conlleva la aplicación del nuevo precepto. En primer lugar, por razones de carácter procesal, y debido a que limitó su reforma de 2000 al ámbito del derecho sustantivo, dejando intocadas las previsiones del artículo 23 LOPJ. Del examen de éstas, que contienen presupuestos de inexcusable observancia para la aplicación de la ley penal española fuera de España resulta: a) que la apología del terrorismo no tiene encaje en el apartado número 2, debido a que en este caso está ausente la doble incriminación, puesto que tal conducta no resulta per-

seguida en Francia; b) que esa figura delictiva no está contemplada en el apartado número 3, destinado a dar protección transnacional a ciertos bienes jurídicos españoles de particular relevancia, y c) que, asimismo, y por lo que se decía en el auto recurrido, en lo que se abundará más adelante, tampoco aparece comprendida dentro del apartado número 3 (que sería el pertinente, por razón de especialidad). Lo que se hace bien patente al acudir, como es obligado en materia de persecución universal, a la normativa de derecho internacional con valor de derecho interno (artículo 96.1 CE), para fijar el campo semántico del sintagma «delitos de terrorismo».

Situados en este plano, es obligada, en primer término, la cita del Convenio Europeo para la represión del terrorismo de 27 de enero de 1977, ratificado por España. En su artículo 1 niega la consideración de delito político —y valora, por tanto, como delitos de terrorismo— a los efectos de extradición entre Estados contratantes, a las conductas que integran: «c) los delitos graves constituidos por un ataque contra la vida la integridad corporal o la libertad de las personas que tengan derecho a una protección internacional, incluidos los agentes diplomáticos; d) los delitos que impliquen raptos, toma de rehenes o secuestro arbitrario; e) los delitos que impliquen la utilización de bombas, granadas cohetes, armas de fuego automáticas, o cartas o paquetes con explosivos ocultos, en los casos en que dicha utilización represente un peligro para las personas, f) la tentativa de comisión de alguno de los delitos anteriormente mencionados o la participación como autor o cómplice de una persona que cometa o intente cometer dichos delitos». Y en el artículo 2.º se contempla la posibilidad de dispensar el mismo tratamiento «a cualquier acto grave de violencia no comprendido en el artículo primero y que esté dirigido contra la vida, la integridad corporal o la libertad de las personas».

La propia Constitución Española se hace eco de este mismo criterio al distinguir nitidamente, a efectos de extradición, los delitos políticos de «los actos de terrorismo» (artículo 13.3).

Según el Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, de 15 de diciembre de 1997, asimismo ratificado por España, «comete delito en el sentido del presente Convenio quien ilícita e intencionadamente entrega, coloca, arroja, o detona un artefacto o sustancia explosiva u otro artefacto mortífero en o contra un lugar de uso público, una instalación pública o de gobierno, una red de transporte público o una instalación de infraestructura: a) Con el propósito de causar la muerte o graves lesiones corporales, o b) con el propósito de causar una destrucción significativa de ese lugar, instalación o red que produzca o pueda producir un grave perjuicio económico». Según la misma disposición, se perseguirá también «la tentativa», la participación «como cómplice» y la de quien «organice o dirija a otros (...) o contribuya de algún otro modo a la comisión» de los aludidos delitos (artículo 2.1).

Es asimismo elocuente la Propuesta de decisión marco del Consejo de la Unión Europea aprobada el 7 de diciembre de 2001. En ella se lee que «todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que se consideren delitos de terrorismo los actos intencionados que, por su naturaleza o su contexto, puedan lesionar gravemente a un país o a una organización internacional» y que consistan en: «a) atentados contra la vida de una persona que puedan tener resultado de muerte; b) atentados graves contra la integridad física de una persona; c) secuestro o toma de rehenes (...), e) destrucciones masivas...».

También resulta relevante para esta resolución, lo acordado en la Posición común del Consejo de la Unión Europea sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo, de 27 de diciembre de 2001. A los efectos de la misma, «se entenderá por acto terrorista el acto intencionado que, por su naturaleza o su con-

texto, pueda perjudicar gravemente a un país o a una organización internacional, tipificado como delito según el derecho nacional», que consista en: «a) atentados contra la vida de una persona que puedan causar la muerte; b) atentados contra la integridad física de una persona, c) secuestro o toma de rehenes...» (artículo 1.3).

Y sabido es que, según reza el artículo 15 del Tratado de la Unión Europea, «las posiciones comunes [adoptadas por el Consejo] definirán el enfoque que dé la Unión sobre un asunto concreto de carácter geográfico o temático. Los Estados miembros velarán por la conformidad de sus políticas nacionales con las posiciones comunes».

Las minuciosas referencias a diversos planos de legalidad que acaban de hacerse son meridianamente claras y coincidentes a la hora de dotar de un contenido preciso a la expresión «delitos de terrorismo», que, sin sombra de duda, denota exclusivamente las prácticas de quien recurre a la violencia contra las personas o las cosas, para provocar alarma o pánico, haciéndolo, generalmente, de forma organizada e invocando fines políticos. Es, pues, por demás claro que acciones como la que describe la querrela, quedan fuera del campo de aplicación de tal categoría normativa. Así, el criterio interpretativo de que se hizo uso en el auto recurrido no es arbitrario o caprichoso, y ni siquiera de utilización facultativa, puesto que viene preceptivamente impuesto por disposiciones que son parte integrante de nuestro orden jurídico vigente, que tiene en esas pautas la única clave de lectura válida en la materia.

Quinto. A lo expuesto hay que añadir, además, que la inclusión del artículo 578 en el Código Penal por el legislador de 2000, suscita problemas de interpretación sistemática, que tienen que ver con la naturaleza de la nueva figura jurídica, en su relación con la de las demás a las que se encuentra ahora especialmente asociada. Problemas que este tribunal no pudo dejar de lado al estudiar la querrela del Fiscal, pues del modo de resolverlos dependía también el sentido de la decisión sobre la misma.

En tal orden de cosas, no es la Sala la que «introduce un régimen jurídico diferenciado entre tipos penales del mismo “nomen iuris”». El régimen jurídico diferenciado es consecuencia inevitable de la heterogeneidad de las infracciones agrupadas en la misma sección a partir de la indicada reforma legal. Algo que, por cierto, no pasó desapercibido al propio legislador, cuando, ya en el texto de la exposición de motivos, que se ha citado, distinguió claramente las acciones de «enaltecimiento» o «justificación», de esa otra clase de acciones que —en su propio discurso, como en la realidad social y jurídica— son «los delitos de terrorismo». La diferencia entre unas y otras, ciertamente notable, fue descrita con singular plasticidad por un autorizado tratadista español, ya clásico, al discernir entre «actividades criminales reales» y «actividades ideales de apología», es decir de «alabanza de una conducta ajena en la cual no se participa materialmente» sino sólo «de forma ideal de aprobación y solidaridad».

Por eso, tampoco puede darse por cierto que —más allá de lo que significa compartir la misma sección dentro del Código— exista entre ambas figuras delictivas esa comunidad de «nomen iuris» a que alude el recurrente. Antes al contrario, la diversidad ontológica de las conductas (acciones terroristas/expresiones verbales de apoyo) no podía dejar de tener reflejo en la forma de denotarlas (delitos de terrorismo/apología del terrorismo). De ahí el limitado alcance interpretativo que cabe atribuir en este asunto a los que en doctrina se conocen como argumento sedes materiae y argumento a rúbrica, en cuya utilización no podría prescindirse de consideraciones básicas de concepto, como las apuntadas, que son determinantes.

Partir, pues, de la constatación de esa diferenciación conceptual, con tan firme raíz empírica, no es una opción arbitraria, sino una necesidad, acentuada, precisamente, por la inclusión de la exaltación del terrorismo entre los «delitos de terro-

rismo», de la forma en que se llevó a cabo, es decir, olvidando las previsiones del artículo 23 LOPJ, que, por cierto, obligan, al ser también obra del legislador. Y porque, además, el legislador de 2000, por operar en el plano sustantivo de la manera que acaba de ilustrarse, hizo difícil la comprensión integradora del cuerpo legal resultante, al etiquetar formalmente de «delitos de terrorismo» conductas que morfológicamente no lo son y que él mismo presentaba como material y conceptualmente no terroristas. Lo que tiene claro reflejo en el tratamiento diferencial en tema de pena y en el mismo hecho de que los actos de nueva incriminación hubieran podido quedar impunes en la redacción original del Código Penal de 1995. Precisamente, porque —al contrario de lo que se dice en el escrito del recurso— la capacidad lesiva de unos y otros modos de obrar no es en absoluto similar, sino abiertamente disímil.

De ahí que tampoco sea justo decir que el auto recurrido «alimenta dudas», pues éstas, de existir, serían previas a la actuación judicial, es decir, debidas a la intervención del legislador. Y es cometido constitucional y legal de la jurisdicción despejarlas, y hacerlo con recursos procedentes de la propia legalidad y mediante técnicas interpretativas aceptadas por la comunidad jurídica. En este caso, recabando del propio corpus normativo, citado con detalle al comienzo, las pautas conceptuales precisas para solucionar la antinomia introducida por la reforma de 2000, al presentar una conducta como acción terrorista (en virtud de la rúbrica) y como acción no terrorista (en el articulado), al mismo tiempo. Pues, no hay más remedio que insistir: si el «enaltecimiento o la justificación» de acciones terroristas son acciones, por definición legal, de realización «ex post» y desde la falta de implicación en las primeras, es obvio que —por ineludible imperativo del principio de no contradicción— no se podrá decir del apologeta que está, a la vez, dentro y fuera del campo de aplicación del delito de terrorismo, tal y como éste debe entenderse en el marco legal de la Unión Europea, de la que España forma parte.

Por todo lo expuesto, las preguntas del Fiscal —¿Qué es la apología si no es terrorismo? ¿Qué bien jurídico le confiere la referencia valorativa?— hallan respuesta en nuestra mejor cultura jurídico-penal. Se trata de un delito de opinión, que tiene al de terrorismo como referente necesario pero externo, desde el punto de vista del «iter criminis». De un delito, pues, relacionado con el de terrorismo en el plano ideológico y en la perspectiva del bien jurídico de referencia, pero de cuya naturaleza, de cuyos rasgos constitutivos, de cuya gravedad no participa, aun cuando exista una convergencia ideal en el plano de los fines.

Sexto. Dice el Fiscal que «la apología, conforme al Código de 1995, representa una forma de provocación delictiva», que es lo que explicaría el tratamiento legal dado en 2000 a un tipo específico de la misma. Pero no es así, porque en sentido legal y técnico-jurídico estricto, provocación es (sólo) la incitación directa a la perpetración de un delito. En cambio, la apología genérica es «la exposición... de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor» (artículo 18.2.º, Código Penal). Y únicamente cuando constituya «incitación directa a cometer un delito» podrá ser tratada como efectiva provocación para delinquir. Al igual que sucede con la apología específica del artículo 578, Código Penal, por imperativo de lo que dispone el artículo 579 del mismo.

Séptimo. En apoyo de la tesis mantenida en el auto objeto de recurso, esta Sala citaba la sentencia del Tribunal Constitucional 199/1987, de 16 de diciembre, que prevenía frente a la asimilación en el tratamiento de las dos clases de conductas que están siendo objeto de comparación. El Fiscal considera que esta cita no es pertinente al caso, porque —dice— la resolución aludida, en este punto, tenía sólo que ver con la cuestión relativa a la suspensión de derechos fundamentales, que el Tribunal Consti-

tucional reputaba no aplicable a los imputados por apología; mientras el que aquí se examina es un tema de perseguibilidad.

Pues bien, tampoco en esto cabe dar la razón al recurrente. En efecto, la no perseguibilidad en el extranjero de las conductas del artículo 578, Código Penal, como su falta de castigo en el Código de 1995, es consecuencia directa de la diferente naturaleza y menor lesividad de las mismas, en comparación con las constitutivas de los delitos de terrorismo en sentido técnico.

Octavo. Cuestiona el Fiscal que los actos de «enaltecimiento» o «justificación» de delitos de terrorismo puedan ser calificados como de opinión. Y argumenta diciendo que el Código Penal, bajo la rúbrica «Delito de genocidio», en el artículo 607.2, sanciona conductas consistentes en «la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos» tipificados en el apartado anterior del mismo precepto. Con lo que —dice— de aplicarse el criterio sustentado en el auto recurrido, tales conductas apologéticas serían de imposible persecución más allá de nuestras fronteras, a pesar de que —a su juicio— no es tal lo pactado en el Convenio para la represión y sanción del delito de genocidio de 9 de diciembre de 1948, que incorpora en su artículo III c) la apología del genocidio.

Pero ocurre que ni en el plano teórico, ni en el de la normativa internacional, ni en el de derecho interno encuentra apoyo ese juicio del Fiscal. De una parte, porque el delito de apología se comete expresando un punto de vista, difundiendo una opinión. Y, de otra, porque en el Convenio para la prevención y castigo del genocidio la apología de éste no es genocidio; como resulta de su artículo II, que sólo incluye en esa categoría típica los actos consistentes en matanzas, lesiones graves a la integridad física o mental, sometimiento a condiciones de existencia destructivas, medidas destinadas a impedir nacimientos, y traslados de niños por la fuerza. Y, también, porque lo que ese texto proscribe con proyección universal es (únicamente) «la instigación directa y pública a cometer genocidio». Donde «instigar» en la primera acepción del Diccionario de la Real Academia Española equivale a «incitar», que es precisamente el verbo empleado en el artículo 18, Código Penal para definir la provocación, algo empírica y legalmente distinto de la apología.

De este modo, la consecuencia es, por tanto, que la genérica apología del genocidio no está incluida en el Convenio y no es perseguible internacionalmente, aunque sí lo sea en España, por imperativo del artículo 607.2, Código Penal. Lo que hace patente la total simetría que existe entre el tratamiento dado por nuestro legislador y por el legislador internacional a la apología del genocidio y el que la apología del terrorismo ha recibido de esta sala, en materia de persecución, en este caso. Y no podía ser de otro modo, por un elemental criterio de racionalidad jurídica, a tenor del consistente e inequívoco fundamento legal.

Noveno. También cuestiona el Fiscal la validez del argumento del auto recurrido según el cual «si la apología del terrorismo fuera también delito de terrorismo tendría que ser tratada de igual modo como delito la apología de la apología...»; y lo hace porque, a su juicio, la acción denunciada «nada tiene que ver con [ese] gráfico encadenamiento de sucesivas apologías». Y porque «la inducción a la inducción de la inducción, no impediría el castigo del que, en último término, induce directamente a la comisión de un hecho delictivo». Pero lo cierto es que en el Código Penal vigente la apología de la apología del terrorismo no tiene carácter típico, lo que demuestra una vez más que no merece la misma consideración que el delito-base o delito-objeto, ni siquiera para el legislador de 2000. Sin contar con lo difícil que resulta seguir al recurrente cuando redarguye atribuyendo la calidad de directa a una hipotética inducción, a la inducción de la inducción a cometer un delito.

Décimo. Avanza, en fin, el Fiscal su preocupación por las posibles consecuencias indirectas de la solución adoptada en el auto impugnado. En concreto, teme que la negación del carácter de delito de terrorismo al delito de exaltación previsto en el artículo 578 pudiera llevar consigo el efecto procesal de negar la competencia para la investigación a los órganos de la Audiencia Nacional.

Pero ésta no es una consecuencia que se derive necesariamente, con necesidad lógica y tampoco jurídica, de la posición exteriorizada por la Sala en este caso.

Los delitos del artículo 578, Código Penal no son delitos de terrorismo, en el sentido profusamente ilustrado en esta resolución y en la recurrida, y conforme resulta del propio precepto legal que acaba de citarse. Ahora bien, unos y otros son delitos que guardan evidente relación. Tanta, que los primeros no podrían producirse, y ni siquiera explicarse, sin los segundos. Los de apología son, pues, delitos estrechamente relacionados con los de terrorismo, que es lo que puede explicar su inclusión en la misma sección del Código Penal, por más que este dato carezca de la eficacia transformadora en el orden conceptual y de la tipicidad, que ha querido atribuírsele.

De otro lado, concurre la circunstancia de que las normas procesales de determinación de la competencia –la disposición transitoria de la LO 4/1988, de 25 de mayo, en este caso– no están sujetas al mismo imperativo de estricta legalidad que las propiamente sancionadoras; por lo que admiten, incluso precisan, de cierta ductilidad en la interpretación, siempre que ésta responda a criterios racionalmente fundados según Constitución y ley, aplicados con carácter general. A tal respecto, entre los que aquí pueden invocarse, están: la comunidad en la referencia al bien o bienes jurídicos protegidos mediante la tipificación de unas y otras conductas infractoras; la especialización en la materia de ciertos órganos jurisdiccionales, y, tratándose de delitos de terrorismo, la necesidad de asegurar un clima de serenidad en el enjuiciamiento, como presupuesto de imparcialidad, entre otros que podrían citarse. Así, pues, y en definitiva, mientras no cabría optar facultativamente por la persecución de un delito cometido fuera de España cuando, como aquí ocurre, por razón de su configuración típica, falta marco procesal para hacerlo; la propia ley al determinar el régimen de la competencia de los tribunales en el orden interno abre un razonable espacio a la flexibilidad en la interpretación. Como lo demuestra, sin ir más lejos, la forma pacífica en que se viene aplicando el artículo 65.1.º c) LOPJ relativo a algunas de las competencias de la Audiencia Nacional en materia penal.

Por último, hay que decir, coincidiendo en esto con el fiscal, que, en efecto, existe un problema en relación con el juego de la agravante de reincidencia (artículo 22.8.º Código Penal), por la inclusión del artículo 578 Código Penal en la sección «De los delitos de terrorismo», que tiene que ver con la similitud o no de naturaleza entre los delitos de ese precepto y los restantes tipificados en la misma. Ahora bien, una vez más habrá de poner de relieve que este problema no lo ha creado «ex novo» el auto que se impugna, sino el tratamiento legal dado a la apología del terrorismo. Esta Sala se ha limitado a poner de relieve las peculiaridades del delito de que se trata, sólo porque era necesario como presupuesto legal de la decisión de perseguir o no una determinada conducta. Y esta decisión no prejuzga las que los tribunales competentes vayan a adoptar en los supuestos de aplicación del artículo 22.8.º, Código Penal que puedan presentárseles. Aunque, ciertamente, al hacerlo, no podrán dejar de tener en cuenta la abismal diferencia que en materia de dinámica comisiva, de desvalor de la acción y de entidad de los resultados, separa a los actos de terrorismo de sus diferentes formas de apología, por más repudiable que ésta sea.

Así, por todo lo expuesto, debe confirmarse el auto recurrido.

(Auto de 14 de junio de 2002)

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Circulares

CIRCULAR NÚMERO 1/2002, DE 19 DE FEBRERO, SOBRE ASPECTOS CIVILES, PENALES Y CONTENCIOSO-ADMINIS- TRATIVOS DE LA INTERVENCIÓN FISCAL EN MATERIA DE EXTRANJERÍA

I. INTRODUCCIÓN

La Circular 3/2001, de 21 de diciembre (RCL 2002/1175) sobre «actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería» ha establecido los criterios interpretativos que, adaptados a la nueva normativa, deben guiar la actividad del Ministerio Fiscal respecto a los extranjeros en España. No obstante, su contenido se ciñe a aquellas cuestiones relacionadas con la adopción de medidas privativas de libertad, la expulsión de extranjeros y la situación de los menores extranjeros en España.

Ahora bien, un tratamiento integral del fenómeno migratorio tras la situación creada con la normativa actualmente en vigor, representada por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (RCL 2000/72, 209), sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social –reformada por la Ley Orgánica 8/2000 (RCL 2000/2963 y RCL 2001, 488)– (en adelante LE), y por su Reglamento de Ejecución, aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio (RCL 2001/1808, 2468) (en adelante LE), impone abordar, además, una serie de aspectos, como complemento a los tratados en la citada Circular 3/2001.

Por ello, a través de la presente Circular se afrontan determinados temas en relación con los distintos órdenes jurisdiccionales, en particular, respecto de las jurisdicciones civil, penal y contencioso-administrativa, estableciéndose las pautas de actuación que deben seguir los señores Fiscales.

II. TRATAMIENTO EN EL ÁMBITO CIVIL DE LA INMIGRACIÓN ILEGAL: ACTUACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL ANTE LOS MATRIMONIOS SIMULADOS

La proliferación de los denominados matrimonios «blancos» o de complacencia –celebrados con la única finalidad de regularizar la situación en España de uno de los

contrayentes, mediante el matrimonio con quien ya se encuentra legalmente en el país— no es una práctica novedosa, sino que es por desgracia ampliamente conocida y utilizada. Frecuentemente, además, como demuestra la experiencia, este tipo de matrimonios son facilitados por redes organizadas que pretenden de este modo retener a sus víctimas en el negocio de la prostitución, a la vez que captan mediante la recompensa de una cantidad de dinero a incautos o personas sin escrúpulos que estén dispuestos a figurar como futuros esposos en el expediente matrimonial seguido al efecto. Ya la Dirección General de los Registros y del Notariado alertó de este fenómeno mediante su Instrucción de 9 de enero de 1995 (RCL 1995/210), sobre normas para tramitar el expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes esté domiciliado en el extranjero.

Por otro lado, no es este un fenómeno aislado que tenga lugar solo en nuestro país, sino una preocupación común en todos los países de la Unión Europea, algo lógico, dado que la obtención del permiso de residencia en un país comunitario habilita para trasladarse y moverse libremente por los restantes. Esta preocupación ha quedado plasmada en la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 4 de diciembre de 1997 (LCEur 1997/4201), sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos. Esta Resolución define como fraudulento «el matrimonio de un nacional de un Estado miembro o de un nacional de un tercer Estado que resida regularmente en un Estado miembro con un nacional de un tercer país, con el fin exclusivo de eludir las normas relativas a la entrada y la residencia de nacionales de terceros países y obtener, para el nacional de un tercer país, un permiso de residencia o una autorización de residencia en un Estado miembro».

Se alega en ocasiones que cualquier intento por controlar y erradicar esta práctica puede ser atentatoria contra un derecho esencial de la persona, como es el derecho a contraer matrimonio. Ciertamente, el *ius connubii* ha sido considerado desde antiguo como uno de los derechos más sagrados e inviolables de la persona. Concretamente, nuestra Constitución (RCL 1978/2836; ApNDL 2875) reconoce en su artículo 32.1 RCL 1978/2836 el derecho que el hombre y la mujer tienen a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. Aunque dicho artículo esté encuadrado en la sección relativa a los derechos y deberes de los ciudadanos, es evidente que por tratarse de un derecho natural de la persona ha de reconocerse igualmente a los extranjeros que se encuentran en nuestro país. Al mismo tiempo, hay que tener en cuenta que el ejercicio de este derecho, pese a tratarse de un derecho personalísimo, está regulado por la ley en lo referente a «las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos» (art. 32.2 CE). La autonomía de la voluntad en el ejercicio del *ius connubii* tiene por tanto determinados límites legales —algunos de los cuales son a su vez expresión de exigencias derivadas de la propia naturaleza del matrimonio— que condicionan su ejercicio.

El consentimiento es, con carácter general, un requisito de todo negocio jurídico (art. 1261.1.º CC). De manera particular, el artículo 45 CC señala que «no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial», y el artículo 73.1.º CC establece que «es nulo, cualquiera que sea su forma de celebración, el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial».

Por una parte, es preciso para que concurra el consentimiento válido que no esté afectado por ningún vicio en la formación de la voluntad (error, violencia, intimidación o dolo), ya que en caso contrario el consentimiento prestado sería nulo (art. 1265 CC en general, y artículo 73.4.º y 5.º por lo que se refiere al matrimonio). Por otra, el consentimiento ha de tener además un contenido concreto, que consiste

precisamente en la aceptación de las obligaciones que nacen del negocio jurídico. En este sentido, el consentimiento necesario para contraer matrimonio ha de referirse al objeto característico de este, es decir, las obligaciones contempladas en los artículos 67 y 68 CC. Por tanto, si la voluntad de los contrayentes no contempla los deberes de convivencia, fidelidad y respeto y ayuda mutuos, no existe consentimiento matrimonial, estando ante lo que la doctrina civilística denomina negocio simulado, por no corresponder la voluntad real de los contrayentes con la exteriormente expresada. Se trata además de una simulación absoluta, ya que el consentimiento real ni siquiera es apto para dar vida a un negocio distinto del declarado, como sucede en los supuestos de simulación relativa a los que parece aludir el artículo 1276 CC cuando habla de la expresión de una causa falsa pero válida del contrato (p. ej., la donación disimulada mediante una declaración de compraventa). Por ello, frente a la dicción del artículo 1261 CC, que menciona el consentimiento en general como requisito de validez de los contratos, el artículo 73 CC especifica que el consentimiento necesario para la validez del matrimonio ha de ser el consentimiento matrimonial, es decir, no la mera declaración de voluntad con un contenido indefinido, sino la encaminada a hacer surgir entre los futuros cónyuges las obligaciones específicas del matrimonio. Obsérvese además que el propio artículo 73 CC contempla como motivos distintos de nulidad la simulación o falta de consentimiento (núm. 1.º), y la concurrencia de vicios del consentimiento como el error (núm. 4.º) y la coacción o miedo grave (núm. 5.º).

El matrimonio simulado es, en consecuencia, radicalmente nulo por falta de consentimiento, y para ejercitar la acción de nulidad por este motivo está legitimado el Ministerio Fiscal (art. 74 CC), a quien con carácter general le corresponde tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público, en los procesos relativos al estado civil [art. 3.6 RCL 1982/66EOMF (RCL 1982/66; ApNDL 9435)].

El supuesto más frecuente, sin embargo, consiste –como se desprende de las abundantes Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado– en celebrar el matrimonio en un país extranjero y solicitar su inscripción en el Registro Consular. En estos casos, ninguna intervención pueden tener los miembros del Ministerio Fiscal, ya que sus funciones las desempeña el Canciller del Consulado [art. 54 RCL 1958/1957 RRC (RCL 1958/1957, 2122 y RCL 1959, 104; NDL 25895)]. Sí puede, no obstante, desempeñar un papel activo el Ministerio Fiscal en otros supuestos. Concretamente, al margen de la posibilidad ya citada de ejercitar la acción de nulidad, cabe también una actuación preventiva mediante la oportuna supervisión del expediente seguido al efecto ante el Encargado del Registro Civil, en el que le compete defender la legalidad y denunciar en su dictamen cualquier impedimento u obstáculo que le conste (art. 247 RCL 1958/1957 RRC).

La Resolución del Consejo de la Unión Europea anteriormente citada indica algunos factores que pueden hacer presumir que se trata de un matrimonio fraudulento, como, por ejemplo, el hecho de que los cónyuges no se hayan conocido antes del matrimonio; que se equivoquen sobre sus respectivos datos (nombre, dirección, nacionalidad, trabajo), sobre las circunstancias en que se conocieron o sobre otros datos personales; que no hablen una lengua comprensible para ambos; que se haya entregado una cantidad de dinero para que se celebre el matrimonio, etc. Por tanto, cuando se detecten algunas de estas circunstancias en el expediente que se sigue ante el encargado del Registro Civil, es particularmente importante llevar a cabo una actuación diligente en la entrevista reservada y por separado con ambos contrayentes que regulan los artículos 246 RCL 1958/1957 y 247 RCL 1958/1957 RRC. Ya la citada Instrucción de 9 de enero de 1995, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, calificó este como un trámite fundamental y esencial, del que no debe

prescindirse ni cumplirlo formulariamente. No se tratará en esta entrevista de indagar sobre los motivos que llevan a contraer matrimonio, o sobre otros aspectos pertenecientes al ámbito de la intimidad de las personas y protegidos por tanto por la obligación de respetar este derecho fundamental, sino tan solo de constatar si concurren o no algunas de las circunstancias objetivas anteriormente mencionadas, que permitan sostener fundadamente la ausencia de un requisito fundamental como es el consentimiento matrimonial y, consecuentemente, denegar la celebración.

En cualquier caso, hay que considerar igualmente que, si bien el convencimiento acerca del carácter simulado del matrimonio puede obtenerse a través de presunciones (art. 1253 CC), para denegar la celebración se requiere una certeza racional absoluta de la ausencia de consentimiento, sin que basten las meras sospechas susceptibles de ser contradichas por otros indicios igualmente dignos de ser valorados. Esta es también la reiterada doctrina sentada de manera más reciente por la Dirección General de los Registros y del Notariado en sus Resoluciones: «Ante la opción de autorizar un matrimonio que eventualmente sea declarado nulo o de coartar el *ius conubii*, se ha de elegir la primera alternativa». Esto no se ha de interpretar como una renuncia a combatir la viciosa práctica de la celebración de matrimonios de complacencia, pero sí puede suponer un aumento de la intervención y control judicial a posteriori; como afirma también la Dirección General de los Registros y del Notariado en numerosas Resoluciones: «Siempre quedará a salvo la posibilidad de que el Ministerio Fiscal inste judicialmente la nulidad del matrimonio (art. 74 CC) en un juicio declarativo ordinario en el que con toda amplitud puedan enjuiciarse las circunstancias del caso concreto».

Por todo ello, se interesa de los señores Fiscales que extremen su celo, cuando existan datos objetivos que permitan sospechar que se trata de un matrimonio simulado, para impedir la celebración de estos matrimonios de complacencia, lo que exigirá un riguroso examen de la concurrencia de los requisitos esenciales para contraer matrimonio durante la tramitación del expediente en el Registro Civil; en particular, a través del trámite de audiencia reservada y por separado de ambos cónyuges. Asimismo, cuando por cualquier medio se tenga conocimiento a posteriori de la celebración o existencia de uno de estos matrimonios simulados, los señores Fiscales deberán ejercitar la acción de nulidad, a fin de evitar que los efectos jurídicos que nuestro ordenamiento vincula a la celebración del matrimonio —en atención al carácter fundamental que esta institución desempeña en la sociedad— se apliquen igualmente a quienes no han tenido verdadera intención de contraerlo.

Por último, conviene recordar las posibles implicaciones penales de este tipo de conductas, en la medida en que la actuación de quienes conciertan estos matrimonios puede ser tipificada en ciertos casos como un acto de promoción, favorecimiento o facilitación de la inmigración ilegal. En estos casos lo procedente será, una vez haya sido declarada la nulidad del matrimonio por simulación, solicitar la deducción del correspondiente testimonio del procedimiento civil y su remisión al Juzgado de Instrucción competente, al efecto de incoar las oportunas diligencias penales.

III. TRATAMIENTO PENAL DE LA INMIGRACIÓN ILEGAL

Factores de muy diversa índole han contribuido a que España sea uno de los principales destinos de los movimientos migratorios. El estrecho de Gibraltar y las costas mediterráneas y canarias son escenario muy frecuente de la llegada de personas que abandonan sus países de origen en la esperanza de encontrar mejores condiciones de vida. Esa situación ha generado la existencia de un dramático tráfico de seres huma-

nos controlado y dirigido por grupos organizados o asociaciones que imponen a los inmigrantes condiciones de transporte que implican en muchas ocasiones serios riesgos para su vida. En caso de que tales personas logren acceder a territorio español se encuentran en bastantes ocasiones sujetas a un régimen laboral que les impone condiciones que distan mucho del respeto a los derechos mínimos que habrían de serles reconocidos.

El inmigrante se convierte, pues, fruto de la necesidad y de sus ansias de mejora, en víctima de redes organizadas que han hecho reaparecer un terrible tráfico de seres humanos que merece la enérgica respuesta del ordenamiento penal y la atención prioritaria del Ministerio Fiscal en cuanto custodio de los derechos fundamentales, máxime aun si se trata de dispensar protección a los derechos de personas que son calificables de todo punto como desvalidas.

El Código Penal (RCL 1995/3170 y RCL 1996, 777), hasta la reforma introducida en el mismo por la Ley Orgánica 4/2000, dispensaba un tratamiento a este fenómeno disperso en los siguientes tipos delictivos:

– En el título XV RCL 1995/3170, bajo la rúbrica «De los delitos contra los derechos de los trabajadores» que recogen los siguientes preceptos: artículo 312 que castiga a quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen sus derechos; artículo 313 que tipifica la conducta de quien promueva o facilite la inmigración clandestina de trabajadores a España; y el artículo 314 que incrimina la producción de una grave discriminación en el empleo por razón de pertenencia a una raza, etnia o nación.

– En el título VIII RCL 1995/3170 «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales», dentro del capítulo V dedicado a la prostitución y corrupción de menores, el artículo 188.2 castiga el favorecimiento del tráfico de personas con el propósito de su explotación sexual.

Sin embargo, en respuesta al Informe de la Comisión de Política Social y Empleo del Congreso de los Diputados sobre la situación de los españoles que viven fuera de España, así como de los inmigrantes y refugiados que han llegado a nuestro país, de 23 de junio de 1998, que se hacía eco de la necesidad de «tipificar penalmente la utilización de embarcaciones y vehículos para el transporte clandestino de personas y castigar ejemplarmente a quienes, en definitiva, se aprovechan de los más débiles», la Ley Orgánica 4/2000 en su disposición final primera RCL 2000/72 elevó la pena de los artículos 312 RCL 1995/3170 y 313 RCL 1995/3170; en la disposición final segunda RCL 2000/72 introdujo en el CP el título XV bis, «Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros», que consta de un único artículo, artículo 318 bis; y en la disposición final tercera RCL 2000/72 modificó los artículos 515 RCL 1995/3170, 517 RCL 1995/3170 y 518 RCL 1995/3170 CP para incluir entre las asociaciones ilícitas las que promuevan el tráfico ilegal de personas.

La existencia en el CP de los diferentes delitos que han quedado señalados, que abordan desde distintos ángulos la lucha contra el tráfico ilegal de personas, suscita una serie de cuestiones que se tratan en los apartados siguientes.

III.1 Problemas concursales

La introducción del artículo 318 bis RCL 1995/3170 CP, si bien ha supuesto la superación de algunas de las dificultades existentes en la aplicación de los tipos penales que hasta entonces castigaban la inmigración ilegal, derivadas fundamentalmente de la exigencia por tales preceptos de la condición de trabajadores de los inmigrantes, ha suscitado al tiempo no pocos problemas concursales, que se abordan en este apartado.

III.1.A RELACIÓN CONCURSAL ENTRE EL ARTÍCULO 318 BIS CON LOS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

La relación del artículo 318 bis con los delitos contra los derechos de los trabajadores parte de la diferencia existente entre los bienes jurídicos protegidos, las conductas tipificadas y los sujetos pasivos. En los artículos 311 RCL 1995/3170 y siguientes se castigan conductas que afectan directamente a los derechos de los trabajadores sean o no extranjeros, en el ámbito de su relación laboral; en el artículo 318 bis se protege al ciudadano extranjero sea o no trabajador.

En particular, la coexistencia del artículo 318 bis con el artículo 313 RCL 1995/3170 resulta bastante complicada y su solución no es pacífica en la doctrina.

Por un lado, en los supuestos de tránsito ilegal por territorio nacional o de salida ilegal del mismo de personas, trabajadoras o no, se aplicará el artículo 318 bis, al ser supuestos no contemplados expresamente en el artículo 313.1 que se ciñe a la inmigración. De esta regla cabe exceptuar la emigración de trabajadores en las especiales condiciones que recoge la conducta del artículo 313.2 –favorecimiento de emigración empleando engaño– que reclamaría la aplicación de este tipo penal frente al artículo 318 bis.

De otra parte, los supuestos más frecuentes en la práctica son los de entrada ilegal de personas en suelo español, cuya solución exige reparar en el diferente sujeto pasivo de uno u otro tipo.

El tipo del artículo 313 exige que el sujeto pasivo sea un trabajador. En concreto, el artículo 313.1 se refiere a la conducta de promover o facilitar la inmigración clandestina de «trabajadores» a España. Ha de entenderse que la condición de trabajador se da tanto en quien cuenta ya con un puesto o contrato de trabajo como en aquel que entra en España con la intención de buscar trabajo. Como ha tenido ocasión de señalar el Tribunal Supremo en Sentencias 112/1998, de 3 de febrero (RJ 1998/645) (FJ 3) y 995/2000, de 30 de junio (RJ 2000/6081), basta para la consumación del artículo 313 con la sola realización de actos de promoción o favorecimiento de la inmigración, sin exigirse que se consiga efectivamente la entrada en territorio español ni menos aún la posterior obtención de un concreto puesto de trabajo. Por tanto, para permitir la consideración de trabajador a efectos de aplicación del artículo 313.1 es suficiente con que se trate de personas que pretendan el acceso a territorio español con la finalidad de buscar trabajo.

El delito del artículo 318 bis.1 castiga, en redacción similar al artículo 313.1, al que promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España. No se exige la condición de trabajador del sujeto pasivo.

Por ello, en principio, el artículo 313 es ley especial frente al 318 bis.1 al requerir la condición más restringida de trabajador en el sujeto pasivo. Así, en los supuestos de traslado de personas en embarcaciones u otros medios de transporte para acceder clandestinamente a territorio español, debe sostenerse, en principio, la aplicación preferente del artículo 313.1 si se tratara de personas que vienen con la clara finalidad de buscar trabajo. A tal criterio de especialidad (art. 8.1), que por sí solo bastaría para decidir la cuestión, se suma el criterio de la mayor pena (art. 8.4) que impone el artículo 313 (prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses) frente a la del artículo 318 bis, tras la reforma operada en aquel por la Ley Orgánica 4/2000.

De otra parte, ha de tenerse en cuenta que se comete el delito con el traslado de una sola persona, siendo indiferente que sean varias –caso en el que se debe entender cometido un único delito y no tantos como personas se haya intentado introducir–, de modo tal que si entre las personas cuya inmigración se facilita se hallara al menos una con la condición de trabajador se aplicará el artículo 313, sin que se aplique, ade-

más, en concurso de delitos, el artículo 318 bis –que quedaría embebido en el anterior (art. 8.3)– por el hecho de que también existan otras personas (ancianos, por ejemplo) en las cuales no concurra la cualidad de trabajador.

Obvio resulta decir que no resultando acreditada la condición de trabajador de ninguno de los sujetos pasivos o no habiendo sido representada dicha condición por el dolo del sujeto activo, vendrá en aplicación el artículo 318 bis. De hecho, en la práctica, la conexión del artículo 313 con el mundo jurídico laboral ha supuesto una dificultad, a veces meramente probatoria, para la aplicabilidad del precepto que ha venido a ser subsanada con el artículo 318 bis. En todo caso conviene tener presente a la hora de formular el escrito de acusación que, por aplicación del principio acusatorio, calificada la conducta por el artículo 313 no existe inconveniente –si no se acreditara la condición de trabajador– en la condena por el tipo delictivo del artículo 318 bis; supuesto que sería imposible a la inversa.

Mayores dificultades presenta la relación de concurso de leyes entre el artículo 313 y los subtipos agravados del artículo 318 bis, contenidos en sus apartados 2 a 5. La condición de precepto especial del artículo 313 –por restringir el círculo de los sujetos pasivos a los trabajadores– debe llevar a la aplicación preferente del mismo frente a los subtipos agravados del artículo 318 bis. Hubiera sido deseable la existencia de agravaciones especiales también en el artículo 313. En todo caso, el artículo 313 impone pena mayor que cualquiera de los subtipos agravados del artículo 318 bis, a excepción del supuesto de inmigración de personas a través de organizaciones (ap. 5) cuando concurra, además, alguna de las cualificaciones de los apartados 2 ó 3 del precepto, en tanto que entonces la pena privativa de libertad puede situarse entre cuatro y seis años. Ahora bien, en los casos del artículo 313 cometidos a través de asociaciones u organizaciones, dicha incongruencia penológica no es tal si se establece, como resulta obligado, un concurso de delitos entre el delito del artículo 313 con el delito de asociación ilícita (arts. 515.6.º RCL 1995/3170 y 517 ó 518 CP, según los casos). De otra parte, en los supuestos de concurso de leyes entre el artículo 313 y el artículo 318 bis.4, la alternativa por el artículo 313 impide apreciar la pena de inhabilitación absoluta prevista en el 318 bis para la autoridad, agente o funcionario público que realice la conducta prevaleciéndose de su condición, por lo cual debe tenerse en cuenta que en la calificación por el artículo 313 deberá interesarse no solo la apreciación de la agravante genérica del artículo 22.7.ª RCL 1995/3170, sino, además, la aplicación como accesoria de la pena de inhabilitación especial a tenor del artículo 56 RCL 1995/3170 *in fine* CP.

III.1.B RELACIÓN CONCURSAL ENTRE EL ARTÍCULO 318 BIS RCL 1995/3170 CON EL ARTÍCULO 188.2 RCL 1995/3170 CP.

El artículo 188.2 castiga con pena más grave que la del artículo 318 RCL 1995/3170 bis el supuesto de tráfico de personas con la finalidad de explotación sexual cuando concurra violencia, intimidación, engaño o abuso de situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad de la víctima. Este precepto se configura como tipo especial frente al artículo 318 bis, lo que resuelve en su favor el posible concurso de leyes.

III.1.C RELACIÓN CONCURSAL ENTRE EL ARTÍCULO 318 BIS CON EL ARTÍCULO 515.6 RCL 1995/3170 CP.

La Ley Orgánica 4/2000 (RCL 2000/72, 209) ha añadido al artículo 515 un apartado 6.º en el que se incluyen como asociaciones ilícitas «las que promuevan el tráfico ilegal de personas».

Con carácter general debe sostenerse que el delito de asociación ilícita es autónomo respecto de los delitos para cuya comisión se constituye, permitiéndose el concurso de delitos entre ellos, en tanto que la asociación ilícita castiga el hecho de la articulación de una organización con fines delictivos, sin que ello abarque los delitos que se cometan ulteriormente por dicha asociación. Conforme a ello, en los supuestos de trata de blancas a través de organizaciones se dará un concurso de delitos entre el artículo 515.6.º y el supuesto del artículo 188.2 RCL 1995/3170, al no haberse previsto por este precepto una agravación por pertenencia a asociación u organización criminal, como sucede en el artículo 187 RCL 1995/3170. A igual solución de concurso delictivo habrá de acudir en casos de inmigración clandestina de trabajadores por medio de una organización, ya que el artículo 313 RCL 1995/3170, tampoco prevé agravación alguna por la pertenencia del sujeto activo a una organización dedicada a estos fines.

Ahora bien, en el caso del artículo 318 bis, la solución concursal parece más compleja. El artículo 318 bis define la conducta típica empleando la misma expresión que el artículo 515.6 al definir la asociación ilícita. Y además recoge en su apartado 5 una agravación por pertenencia a una asociación, incluso transitoria, dedicada a promover el tráfico ilegal de personas. Ante tal situación optar por el concurso de delitos entre el 318 bis.5 y el artículo 515.6 infringiría el principio *non bis in idem* ya que se emplearía dos veces el mismo hecho para agravar la pena. Establecer el concurso de delitos entre el tipo básico del artículo 318 bis y el 515.6.º conduciría a la práctica inaplicación del apartado 5 del 318 bis. Como quiera, además, que el artículo 318 bis.5 señala mayor pena que el concurso 318 bis y 515.6.º, la solución del concurso de delitos entre estos lleva a la absurda situación de que se impondría mayor pena en los casos –menos graves– de asociaciones transitorias (318 bis.5) que si se trata de asociaciones incardinables en el 515.6.º y en concurso con el tipo básico del artículo 318 bis. Por ello, aun con las dificultades evidentes de una solución no respaldada jurisprudencialmente y compleja, parece preferible optar en casos de tráfico de personas a través de organizaciones por el concurso de leyes a resolver a favor de la aplicación del artículo 318 bis, apartado 5; solución paralela a la que se ofrece en casos de delitos que sí prevén agravaciones cuando el hecho se realiza en el seno de una organización criminal (tráfico de drogas o blanqueo de capitales, por citar ejemplos) que se reputan ley especial frente al artículo 515.

III.2 Consideración delictiva de la conducta de promoción, favorecimiento o facilitación del tráfico de personas de carácter fraudulento

El artículo 313 RCL 1995/3170 castiga a quien promoviere o favoreciere por cualquier medio la «inmigración clandestina» de trabajadores. El artículo 318 bis RCL 1995/3170 castiga a los que promuevan, favorezcan o faciliten el «tráfico ilegal» de personas.

Ha de entenderse que se produce la inmigración clandestina y el tráfico ilegal en todos los supuestos en que se lleva a cabo el traslado de personas de forma ilícita, es decir, sin sujetarse a las previsiones que se contienen para la entrada, traslado o salida en la legislación sobre extranjería (arts. 25 RCL 2000/72 y ss. LE).

En cuanto a la entrada en territorio español, la ilegalidad resulta patente en todos los casos de paso clandestino evitando los puestos habilitados e impidiendo el control del acceso por las autoridades. Ahora bien, el delito no debe ceñirse en exclusiva a tales supuestos. Deben también considerarse ilegales aquellas entradas efectuadas mediante fraude, supuestos en los que siendo voluntad inicial la de acceso para per-

manencia en España, se elude el control administrativo oportuno bien mediante el empleo de documentación falsa con la que se pretende ocultar la verdadera identidad, bien a través de documentación que, sin ser falsa físicamente, no responde a la realidad de las cosas (cartas de invitación inveraces, visados obtenidos mediante falsas alegaciones, etc.). La mayor dificultad para detectar tales movimientos inmigratorios, generalmente enmascarados bajo la apariencia de situaciones de legalidad, exige un mayor esfuerzo de investigación y prueba.

En todo caso, deben diferenciarse las siguientes situaciones: la estancia legal que sobreviene ilegal y la entrada ilegal. De una parte, tanto quien favorece el acceso de personas como quien accede en unas determinadas condiciones (v. gr. con fines turísticos), si con posterioridad a tal entrada, por la concurrencia de determinadas circunstancias sobrevenidas, decide incumplir el régimen permitido de acceso, incurrirá en una irregularidad de naturaleza administrativa. De otra parte, quien favorece, promueve o facilita el acceso a España de determinadas personas, con conocimiento inicial y antecedente de que la situación administrativa de acceso no responde a la realidad de la estancia, que exigiría de otros requisitos que resultan así burlados, incurre en ilícito penal; sin perjuicio de que la persona de cuya migración se trate haya de responder solo administrativamente.

III.3 Problemas probatorios. El mecanismo de exención de responsabilidad administrativa por colaboración contra las redes organizadas

En los supuestos delictivos que venimos tratando, que podrían englobarse bajo la genérica denominación de tráfico ilegal de seres humanos, resulta evidente la importancia del testimonio de la víctima como medio para avanzar en la investigación y descubrimiento de las redes organizadas, así como para sustentar una posible condena. Ahora bien, la dificultad para la obtención de testimonios incriminatorios válidos se explica por variadas razones. No cabe desconocer la existencia de organizaciones que imponen métodos tendentes a obtener el silencio de quienes caen en sus redes. Tampoco, en última instancia, la predisposición del extranjero ilegal es favorable a declarar contra aquellos que les proporcionaron la entrada a un mundo que anhelan. Y, finalmente, la posición del extranjero ilegal se sitúa, por una parte, entre la consideración de víctima de un delito de tráfico ilegal y, por otra, en su condición de responsable de una infracción administrativa que le puede acarrear su devolución o expulsión del territorio, lo que agrava, aún más, su reticencia a la colaboración con aquellas autoridades que, en definitiva, tramitan su posible expulsión.

En los escasos supuestos en que las víctimas se han decidido a colaborar ha resultado esencial acudir al mecanismo de la prueba anticipada, a tenor del artículo 448 LECrim, obteniendo así una declaración que posteriormente se hacía valer en juicio oral mediante su lectura por la vía del artículo 730 de dicho texto. A tal efecto, la jurisprudencia –por todas, STS 263/1998, de 5 de octubre (RJ 1998/6858)– ha admitido la prueba así obtenida con base en la nacionalidad extranjera de los testigos y en el hecho de agotarse razonablemente las diligencias para su localización y citación.

Debe tenerse en cuenta que el Ministerio Fiscal, a tenor de lo dispuesto en los artículos 59.4 RCL 2000/72 LE y 94.3 RCL 2001/1808 RE, podrá [facultad que ya preveía el artículo 107 RCL 1996/630 del Reglamento de Extranjería de 1996 (RCL 1996/630, 1185)] dirigirse a la autoridad administrativa para interesar la inejecución de una orden de expulsión o la autorización de regreso a España del ya expulsado, cuando su testimonio se reputare imprescindible en un procedimiento penal.

Parece oportuno señalar, pese a la previsión del artículo 59.4 citado y pese a las novedades introducidas en los tres primeros apartados del artículo 59 RCL 2000/72 LE –que examinaremos *infra*–, que los señores Fiscales habrán de procurar, en todo caso, que en este tipo de delitos la práctica de las declaraciones se efectúe de acuerdo con las previsiones del artículo 448 citado, atajando así cualquier problema que pudiera derivarse de la imposibilidad de obtener la asistencia ulterior al juicio del testigo.

De otra parte, al objeto de facilitar la colaboración en la persecución de estos delitos se ha incluido en el artículo 59, apartados 1 a 3, LE y en el artículo 94 RE, bajo la rúbrica «Colaboración contra redes organizadas», una novedosa figura que otorga a la autoridad administrativa la facultad de eximir al extranjero ilegal de responsabilidad administrativa, concediéndole permiso de trabajo y residencia o facilitándole a su elección el retorno a su país, en consideración a la colaboración prestada en la persecución de actividades de tráfico de personas.

La competencia para acordar la exención de responsabilidad administrativa corresponde, previa propuesta por el instructor del expediente, a la autoridad administrativa que resuelva sobre la expulsión. El artículo 59.1 señala que «podrá» quedar exento de responsabilidad, lo que sin duda exige una decisión que valorando el tipo de colaboración prestada y la situación del extranjero acuerde la concesión o denegación de la exención. Por ello, resulta importante que los señores Fiscales que intervengan en algún procedimiento penal por hechos de tráfico ilícito de seres humanos comuniquen en forma precisa a la autoridad administrativa, con apoyo en el artículo 136 RCL 2001/1808 RE, la situación de cualquier persona que se halle proporcionando datos o testificando contra los autores del delito, indicando la naturaleza e importancia tanto de la referida colaboración cuanto de los hechos objeto del proceso seguido al efecto. Dicha información deberá ser expresiva del criterio del Fiscal en orden a la conveniencia o no de la exención de responsabilidad, a tenor de los datos de la causa penal.

Pese a la rúbrica de la figura –«colaboración contra redes organizadas»– ha de entenderse que incluye cualquier denuncia o colaboración, ya sea policial o judicial, que permita la investigación o persecución de actos de tráfico llevados a cabo por cualquier persona, sin que se exija que la actividad denunciada sea incardinable en un acto de tráfico cometido por una organización ilícita dedicada a estos fines. Cualquier colaboración en procedimiento por delitos de los comprendidos en los artículos 188.2 RCL 1995/3170, 312 RCL 1995/3170, 313 RCL 1995/3170 y 318 bis RCL 1995/3170 CP basta para valorar la procedencia de la exención de responsabilidad administrativa del colaborador, sin que quepa reducir tal posibilidad a los casos en que se establezca concurso con el delito de asociación ilícita o se aplique el subtipo agravado de pertenencia a organización de los responsables. Ello, sin perjuicio, como ya se dijo, de que la autoridad administrativa valore en cada caso la naturaleza de la colaboración y la importancia de los hechos delictivos descubiertos para conceder o no la exención de responsabilidad.

Es de tener en consideración que la concesión de exención incide en la actividad probatoria del Fiscal, a quien le será más fácil contar con el testimonio de los perjudicados por estos delitos. Ahora bien, no cabe olvidar que la declaración como testigo, aun sin haberse obtenido la exención de dicha responsabilidad administrativa, resulta obligatoria y por ello deben, como se señaló, agotarse los mecanismos (particularmente a través de la prueba anticipada) para su consecución.

De igual manera, los señores Fiscales deberán tener en cuenta la conveniencia de instar las medidas de protección de testigos prevista en la Ley Orgánica 19/1994 (RCL 1994/3495), a favor de los extranjeros víctimas de los delitos relacionados con la inmigración ilegal que colaboren contra la redes organizadas, como expresamente pre-

viene el artículo 59.4 RCL 2000/72 LE y el artículo 107.4 RCL 2001/1808 RE. Resulta de relevante interés, por el grave desamparo en que muchas veces se encuentran, brindar los medios de protección legales a los testigos víctimas del delito de tráfico ilegal de personas con finalidad de explotación sexual del artículo 188.2 RCL 1995/3170 CP.

Por último, conviene advertir que los señores Fiscales deberán actuar con cautela en estos supuestos de colaboración para evitar que puedan prosperar situaciones de denuncias falsas, huecas o inconsistentes o situaciones de retractación o cese de la cooperación, que tengan solo por objeto la consecución de una regularización, imposible de obtener de otro modo.

Solo se ha previsto por el legislador, en el artículo 94.1 RCL 2001/1808 *in fine* RE, la situación del cese de la cooperación, que lleva anudada la revocación de la concesión de la documentación (permisos de residencia o de trabajo) otorgada al extranjero.

Los otros supuestos (denuncias falsas, simulación de delito, etc.) no están expresamente contemplados. Una primera solución sería la de entender que la comisión del delito de denuncia falsa por el extranjero le sitúa en causa de expulsión a tenor del artículo 57.2 RCL 2000/72 LE (ser condenado por delito doloso a pena privativa de libertad superior a un año), cuya ejecución sobrevendría a la primitiva exención de responsabilidad. Ahora bien, esta solución no es acogible. De un lado, obligaría a esperar a la sentencia condenatoria por denuncia falsa, como se deduce del artículo 57.2, a lo que se suma la exigencia (impuesta por el art. 456.2 RCL 1995/3170 CP) de esperar previamente al archivo de la causa por tráfico ilegal en la que se formuló tal denuncia. De otro lado, la responsabilidad por el delito de acusación o denuncia falsa suscita el problema derivado de la posible imposición de pena pecuniaria si lo que se reputa denunciado falsamente es un delito menos grave, calificación que merece el tipo básico del artículo 318 bis (no así los subtipos agravados de este precepto, ni otros delitos como los de los arts. 188 RCL 1995/3170, 312 RCL 1995/3170 ó 313 RCL 1995/3170 CP), con lo que en tal caso no podría acogerse la solución de expulsión propuesta. Igualmente, en casos de simulación de delitos (art. 457 RCL 1995/3170 CP) la pena de multa que lleva aparejado este delito impediría en todo caso acoger la solución de expulsión vía artículo 57.2 RCL 2000/72 LE. Por ello, en consonancia con la solución recogida en el artículo 94.1 RCL 2001/1808 *in fine* RE para los casos de cese de la cooperación, y en atención a la existencia de un claro supuesto de fraude de ley (art. 6.4 CC), deberá acudirse por la autoridad administrativa, en estos casos de denuncias falsas o de simulación de delitos, a la revisión de la resolución por la que se declaró la exención de responsabilidad y se concedieron los permisos, en tanto que el acto administrativo ha de reputarse nulo de pleno derecho, a tenor del artículo 62.1.f) RCL 1992/2512 de la Ley 30/1992 (RCL 1992/2512, 2775 y RCL 1993, 246), para lo cual los señores Fiscales que vengán en conocimiento de hechos de esta naturaleza cuidarán de dar traslado de los mismos para ponerlos en conocimiento de la autoridad administrativa, a los efectos oportunos ya expuestos.

III.4 Gravedad de las conductas y adopción de medidas cautelares

La importancia y gravedad de estas conductas, sobre la que conviene ahora advertir, ha sido expresada en reiteradas ocasiones por los órganos de soberanía popular, lo que reclama y exige la decidida actuación del Ministerio Fiscal en su descubrimiento, persecución y castigo. Así, la Ley Orgánica 8/2000 ha destacado la gravedad intrínseca de estas conductas al establecer en su disposición adicional primera que «los Ministerios de Justicia y del Interior adoptarán las medidas necesarias para que

la Comisión Técnica constituida en el seno del Ministerio de Justicia para el estudio de la reforma del sistema de penas del Código Penal, examine las modificaciones necesarias en relación con los delitos de tráfico ilegal de personas, en particular en los casos en que intervengan organizaciones que, con ánimo de lucro, favorezcan dicho tráfico». En la misma línea de endurecimiento del tratamiento penal, el Consejo de los Ministros de Justicia e Interior de la Unión Europea, celebrado los días 28 y 29 de mayo de 2001, adoptó una Propuesta de Decisión marco destinada a reforzar el marco penal para la supresión de la ayuda a la entrada y a la estancia irregulares. De otra parte, finalmente, la Propuesta de resolución del Pleno del Congreso de los Diputados de 27 de junio de 2001 insta al Gobierno a «continuar con la lucha firme y decidida contra el tráfico de seres humanos y la explotación laboral de los inmigrantes». Todo lo expuesto permite afirmar que la respuesta penal a hechos de esta naturaleza debe ser, por parte del Ministerio Fiscal, contundente.

En este sentido, en orden a la adopción de medidas cautelares, debe tenerse especialmente en cuenta que el delito de tráfico de sedes humanas, en cualquiera de las modalidades delictivas en que se concreta en nuestro CP (arts. 188.2 RCL 1995/3170, 312 RCL 1995/3170, 313 RCL 1995/3170, 318 bis RCL 1995/3170 ó 515.6.º RCL 1995/3170), es lugar frecuente de prisiones provisionales, por la necesidad, derivada de la propia naturaleza de estas manifestaciones delictivas, de asegurar el enjuiciamiento de los hechos. Conforme a los criterios expresados en la doctrina más reciente del Tribunal Constitucional sobre la finalidad que debe guiar y que justifica la adopción de esta medida cautelar, expresada, entre otras, en SSTC 14/2000, de 17 de enero (RTC 2000/14) y 47/2000, de 17 de febrero (RTC 2000/47), son fines que justifican constitucionalmente la medida los tres siguientes: la necesidad de evitar la fuga de los inculpados, la reiteración de actividades delictivas y la posible destrucción de pruebas mediante coacción a los testigos o a coimputados o de cualquier otra manera. Tales finalidades han de orientar la decisión del Fiscal respecto de la petición de las medidas de prisión y resulta patente que en estas infracciones penales confluyen de una manera especial una serie de riesgos que coinciden con las finalidades expuestas justificativas de la medida.

De otra parte, la previsión del artículo 503.2 LECrim, que establece como uno de los criterios para la adopción de prisión provisional que el delito tenga señalada pena superior a la de prisión menor (en virtud de la regla de sustitución recogida en la disposición transitoria undécima del CP tal pena se equipara a la de prisión de seis meses a tres años), se ve cumplida en la casi totalidad de los tipos penales a que nos venimos refiriendo. Así, la previsión de pena privativa de libertad excede del límite de 3 años en los tipos penales recogidos en los artículos 188.2, 312, 313, 318 bis, 2 y 5, y 517.1 CP. Fuera de tales supuestos, en los casos de asociación ilícita de los artículos 517.2 y 518 CP será frecuente que concurren en concurso con otros delitos que merezcan la calificación de graves. Igualmente, el tipo básico del artículo 318 bis.1, que señala pena de hasta tres años de prisión y multa, es difícil que concorra dado el amplio catálogo de supuestos de agravación que recogen los siguientes apartados del precepto, alguno de los cuales (ánimo de lucro, abuso de la situación de necesidad de la víctima o puesta en peligro de la integridad de las personas) concurren muy frecuentemente en este tipo de hechos delictivos. En todo caso, el límite de pena de este tipo básico no impide absolutamente que, conforme al artículo 503.2 LECrim y atendida la doctrina constitucional expuesta, pueda acordarse excepcionalmente la medida de prisión (por un período de un año prorrogable por otro).

Además, se recuerda la necesidad de solicitar el Ministerio Fiscal –en su caso– en los escritos de calificación provisional el comiso de los medios de transporte empleados en la comisión de delitos de tráfico de personas en cualquiera de sus modalidades, consecuencia accesoria prevista en el artículo 127 RCL 1995/3170 CP.

III.5 Especialidades en la sustitución de las penas impuestas a los extranjeros condenados por delitos de tráfico ilegal de personas y en su expulsión

La decisión judicial de sustitución de las penas impuestas a un extranjero, no residente legalmente, por la expulsión del territorio nacional se halla contemplada en el artículo 89 RCL 1995/3170 CP que prevé dos supuestos:

- Extranjero condenado a pena privativa de libertad inferior a seis años, pena que podrá serle enteramente sustituida por la expulsión.
- Extranjero condenado a pena de prisión de seis años o superior y que haya cumplido las tres cuartas partes de su condena, pudiendo sustituirse la condena restante por la expulsión.

En ambos casos decide dicha sustitución la autoridad judicial, previo informe del Fiscal y audiencia del reo, no pudiendo este si fuere expulsado regresar a España en un plazo, que se fijará en la resolución judicial, de tres a diez años. Si contraviniera dicha prohibición cumpliría las penas sustituidas.

La Ley Orgánica 8/2000 (RCL 2000/2963 y RCL 2001, 488) ha añadido al artículo 89 citado un último apartado cuarto, a fin de excluir de la posibilidad de sustitución de penas los casos de extranjeros condenados por la «comisión del que se refieren los artículos 312 RCL 1995/3170, 318 bis RCL 1995/3170, 515.6.º RCL 1995/3170, 517 RCL 1995/3170 y 518 RCL 1995/3170 del CP». Por tanto, los extranjeros condenados por estos delitos habrán de cumplir la pena privativa de libertad que les haya sido impuesta sin que sea posible acudir al mecanismo de la expulsión sustitutiva de aquella por decisión judicial.

Debe repararse en que entre los ilícitos penales que enumera el artículo 89.4 RCL 1995/3170 CP no se recogen todas las modalidades delictivas de tráfico ilegal de personas. Quedan fuera tanto el delito de inmigración clandestina de trabajadores a España o de emigración fraudulenta –art. 313 RCL 1995/3170– cuanto el supuesto de tráfico de personas para su explotación sexual –art. 188.2 RCL 1995/3170–. Tal exclusión no parece tener justificación alguna. Si la razón de ser del artículo 89.4, enmarcado entre las medidas adoptadas para el endurecimiento en la lucha contra la inmigración ilegal, es la de evitar que pueda obtenerse el beneficio de la sustitución de pena por los responsables de delitos de tráfico de personas, se comprende mal que queden fuera de la previsión legal formas de tráfico especialmente graves como son las descritas en los artículos 313 y 188.2.

Por ello, como quiera que la sustitución de pena contemplada en el artículo 89.1 CP es facultativa y/o imperativa, los señores Fiscales, en estos supuestos de condena por los delitos de los artículos 313 y 188.2 CP, valorarán muy especialmente la conveniencia de informar de modo desfavorable la expulsión sustitutiva de la pena.

La previsión del artículo 89.4 para los condenados por delitos de tráfico de personas (que se concreta en el cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad sin posibilidad de sustitución por la expulsión del territorio) se complementa con lo señalado en el artículo 57 RCL 2000/72, apartados 7 y 8, LE, que establecen respectivamente dos medidas:

- No podrá autorizar la autoridad judicial –habiéndose de informar desfavorablemente por los señores Fiscales– la expulsión administrativa del territorio nacional de los extranjeros procesados o inculcados por alguno de los delitos recogidos en el artículo 89.4 RCL 1995/3170 CP.

En definitiva, los señores Fiscales habrán de velar en los delitos de tráfico de personas porque los inculcados sean enjuiciados, cumplan efectivamente la pena priva-

tiva de libertad que les fuere impuesta y, posteriormente, sean expulsados administrativamente del territorio.

IV. ASPECTOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS

IV.1 Régimen de recursos y ejecutividad de las sanciones

Conforme a lo dispuesto en el artículo 65 RCL 2000/72 LE, «Las resoluciones administrativas sancionadoras, serán recurribles con arreglo a lo dispuesto en las leyes. El régimen de ejecutividad de las mismas será el previsto con carácter general».

Se trata de una reiteración, referida en este caso al ámbito sancionador, de lo dispuesto en el artículo 21, cuando reconoce al extranjero el derecho al recurso contra los actos administrativos. El número 2 de este artículo 21 completa el enunciado: «El régimen de ejecutividad de los actos administrativos dictados en materia de extranjería será el previsto con carácter general en la legislación vigente, salvo lo dispuesto en esta Ley para la tramitación de expedientes de expulsión con carácter preferente».

Por tanto, la ejecutividad de las sanciones impuestas en aplicación de la Ley de Extranjería seguirá, el régimen general de ejecutividad de las sanciones administrativas. Solo se excluye el supuesto de la expulsión con carácter preferente, previsto en el artículo 63.4 RCL 2000/72 LE.

Debemos pues examinar, en primer lugar, el régimen general de ejecutividad de las sanciones y centrarnos después, en las especialidades en la ejecución de las expulsiones acordadas mediante el procedimiento preferente.

IV.1.A RÉGIMEN DE EJECUTIVIDAD EN EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO

El régimen general de ejecutividad de los actos administrativos viene determinado en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en adelante LRJ-PAC, concretamente, en los artículos 56 RCL 1992/2512, 94 RCL 1992/2512, 111 RCL 1992/2512 y 138 RCL 1992/2512 conforme a los cuales, los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán inmediatamente ejecutivos. La norma general es que el recurso administrativo no suspende la ejecutividad del acto, aunque atendiendo a las circunstancias de cada caso y sobre todo a los perjuicios que pueda provocar la ejecución del acto, se otorga al órgano administrativo a quien compete resolver el recurso la posibilidad de suspender provisionalmente su ejecución.

Sin embargo, tratándose de sanciones, cuando el artículo 6 RCL 2000/72 de la Ley de Extranjería remite al régimen general, debemos entender que se refiere al régimen general de ejecutividad en el procedimiento sancionador, que se contiene específicamente en el artículo 138 RCL 1992/2512 LRJ-PAC conforme al cual «La resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa».

La imposición de las sanciones administrativas prevista en esta Ley corresponderá al Subdelegado del Gobierno o el Delegado del Gobierno en las Comunidades uniprovinciales conforme a lo dispuesto en el artículo 55 RCL 2000/72 de la Ley.

La disposición adicional sexta RCL 2001/1808 del Reglamento de ejecución de la LE, prevé, que en la materia sancionadora que nos ocupa, las resoluciones de los Delegados o Subdelegados del Gobierno ponen fin a la vía administrativa: «Las reso-

luciones que dicten los órganos competentes de los Ministerios de Asuntos Exteriores, del Interior y de Trabajo y Asuntos Sociales, con base en lo dispuesto en el presente Reglamento, sobre concesión o denegación de visado, prórrogas de estancia o permisos de residencia y permisos de trabajo, así como sobre sanciones gubernativas y expulsiones de extranjeros, pondrán fin a la vía administrativa, pudiendo interponerse contra éstas los recursos administrativos o jurisdiccionales legalmente previstos».

La forma de ejecutar la sanción de expulsión se establece en el artículo 64 RCL 2000/72: «Una vez notificada la resolución de expulsión, el extranjero vendrá obligado a abandonar el territorio español en el plazo que se fije, que en ningún caso podrá ser inferior a las setenta y dos horas, excepto en los casos en que se aplique el procedimiento preferente. En caso de incumplimiento se procederá a su detención y conducción hasta el puesto de salida por el que se haya de hacer efectiva la expulsión. Si la expulsión no se pudiera ejecutar en el plazo de setenta y dos horas, podrá solicitarse la medida de internamiento regulada en los artículos anteriores, que no podrá exceder de cuarenta días».

El artículo 100 RCL 2001/1808 del Reglamento, concreta, la forma para ejecutar la sanción de multa y las resoluciones de expulsión acordadas en el procedimiento no preferente.

Partiendo de la previsión de la disposición adicional sexta según la cual las decisiones de los Delegados y Subdelegados del Gobierno ponen fin a la vía administrativa, y por tanto serán ejecutivas, la diferencia principal entre el procedimiento ordinario previsto en el artículo 57 RCL 2000/72 y el preferente, será la concesión, en el primero, de un plazo para la salida voluntaria del extranjero, pasado el cual y salvo que la expulsión fuera suspendida por el órgano jurisdiccional al conocer del recurso contencioso-administrativo se ejecutará en la forma prevista.

La imposibilidad de adoptar la medida de internamiento mientras se tramita el expediente y tras la resolución, durante el plazo, concedido para la salida voluntaria del extranjero en cumplimiento de la sanción de expulsión adoptada, es otra de las diferencias entre el procedimiento general y el preferente.

IV.1.B RÉGIMEN DE EJECUTIVIDAD EN EL CASO DEL PROCEDIMIENTO PREFERENTE

El artículo 63 RCL 2000/72 prevé la tramitación preferente de los procedimientos de expulsión, en los supuestos de las letras *a)* y *h)* del apartado 1 del artículo 54 RCL 2000/72, así como las *a)*, *d)* y *f)* del artículo 53 RCL 2000/72. Lógicamente, son los mismos supuestos en los que cabe solicitar al Juez el internamiento en tanto se tramita el expediente.

El artículo 63 RCL 2000/72 dispone: «Cuando de las investigaciones se deduzca la oportunidad de decidir la expulsión, se dará traslado de la propuesta motivada por escrito, al interesado, para que se alegue lo que considere adecuado, en el plazo de cuarenta y ocho horas. En los supuestos en que se haya procedido a la detención preventiva del extranjero, este tendrá derecho a asistencia letrada que se le proporcionará de oficio, en su caso, y a ser asistido por intérprete, y de forma gratuita en el caso de que careciese de medios económicos».

En este procedimiento, la especialidad principal está prevista en el artículo 63.4 y consiste en que la ejecución de la orden de expulsión en estos supuestos se efectuará de forma inmediata. Ello significa que la expulsión se llevará a cabo inmediata y forzosamente, y, como hemos visto, sin conceder al extranjero la posibilidad de un plazo para proceder por sus propios medios a salir del territorio.

El artículo 112.5 RCL 2001/1808 del Reglamento, insiste en la inmediatez de la ejecución de la expulsión una vez notificada. Puesto que en muchos de los casos, el extranjero estará internado, este artículo prevé que se interese de la propia autoridad judicial el cese del internamiento a efectos de poder llevar a cabo la conducción al puesto de salida.

La suspensión solo podrá obtenerse del órgano jurisdiccional ante el que se hubiera interpuesto el recurso contencioso-administrativo, previa petición de la adopción de la medida cautelar de suspensión o bien en el caso previsto en el artículo 64.3 RCL 2000/72. En este apartado se admite la paralización de la ejecución de expulsión «cuando se formalice una petición de asilo, hasta que se haya inadmitido a trámite o resuelto conforme a lo dispuesto en la normativa de asilo».

La inmediatez de la expulsión en este procedimiento preferente no excluye el derecho al recurso, aunque no cabe recurso de alzada puesto que como se ha señalado estas decisiones agotan la vía administrativa. De todas formas, incluso en caso de que se interpusiera el único recurso administrativo posible, el potestativo de reposición, la imposibilidad de suspensión por la Administración se reitera en el artículo 112.6 RCL 2001/1808 del Reglamento en el que se afirma que la excepción que supone el régimen preferente no excluirá el derecho de recurso por los legitimados para ejercerlo, sin perjuicio de la inmediatez de la expulsión y de la improcedencia de declarar administrativamente efecto suspensivo alguno en contra de la misma.

Respecto a la constitucionalidad de la ejecutividad prevista en este procedimiento preferente, debemos recordar que el Tribunal Constitucional en Sentencia 66/1984 (RTC 1984/66), reiterada posteriormente en multitud de ocasiones mantiene que «la ejecutividad de los actos administrativos sancionadores no es algo indefectiblemente contrario al derecho a la tutela judicial efectiva, que, por lo demás, se satisface facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que este, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión».

El hecho de que muchos de los recursos contenciosos contra las órdenes de expulsión se opte por la vía del procedimiento especial, previsto en el artículo 53 RCL 1978/2836 CE y desarrollado en el ámbito de la jurisdicción contenciosa en capítulo I RCL 1998/1741 del título V de la Ley 29/1998, de 13 de julio (RCL 1998/1741), LJCA, en el que se prevé la intervención del Ministerio Fiscal en defensa de los derechos fundamentales, aconsejan recordar en este momento la vigencia de la Circular 3/1998 (RCL 1999/1102), sobre la Intervención del Ministerio Fiscal en la Nueva Ley de lo Contencioso-Administrativo y la Consulta 3/2000 acerca de la competencia de los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en cuestiones de cuantía indeterminada en materia de extranjería.

Fundamentalmente, conviene tener presente, la intervención preceptiva del Ministerio Público, en la adopción de medidas cautelares en el procedimiento especial, significadamente en la materia que nos ocupa, informar en relación con la suspensión de la orden de expulsión. Ello, aunque efectivamente, como constataba la Circular 3/1998, el artículo 131 RCL 1998/1741 LJCA habla de «audiencia a la parte contraria», sin mencionar específicamente al Ministerio Fiscal, debido, sin duda, a que la regulación está pensando en el procedimiento ordinario. La falta de mención expresa no es obstáculo para que en su condición de «parte procesal» en el procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales, deba informar la adopción de las medidas cautelares.

La justicia cautelar forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y es indudable que, la materialización de la expulsión mientras pende el recurso puede causar perjuicios de difícil reparación. Por ello, deberán los Fiscales

en sus informes relativos a la suspensión de las Órdenes de expulsión, ponderar todos los intereses en juego, valorar los presupuestos de la medida, el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* y contrastar las afirmaciones de los hechos alegados para justificar la solicitud de suspensión, arraigo, intereses familiares, sociales o económicos con las pruebas aportadas.

IV.2 Posibles interferencias entre el procedimiento administrativo sancionador y procedimiento penal. Principio *non bis in idem*

La modificación introducida por la Ley Orgánica 8/2000 (RCL 2000/2963 y RCL 2001, 488), ha hecho desaparecer la consideración como infracción de la normativa de extranjería del supuesto de infracción previsto en el apartado g) del artículo 49 RCL 2000/72 de la Ley Orgánica 4/2000, «La participación por el extranjero en la realización de actividades ilegales», supuesto, que ya se contemplaba en la Ley Orgánica 1/1985 (RCL 1985/162; ApNDL 6601 nota) y que dio lugar a no pocos problemas, tanto de dualidad de procedimientos penales y administrativos, como, de dificultades probatorias en los procedimientos administrativos sancionadores. Los problemas probatorios se dieron fundamentalmente, en casos de imputación de la comisión de infracción penal aún no juzgada, considerada como actividad ilegal a los efectos de la imposición de la sanción administrativa.

Múltiples sentencias en el orden contencioso-administrativo revocaron la sanción de expulsión impuesta por causa de la participación en actividades ilegales en atención a la vulneración del principio de presunción de inocencia, remitiendo a la aplicación, en su caso, de la expulsión por decisión judicial, conforme al artículo 89 CP.

Pese a la desaparición de este supuesto, subsisten tras la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2000, algunas coincidencias, inevitables, entre conductas calificadas como infracciones en la Ley de Extranjería y conductas tipificadas como delito en el Código Penal, piénsese por ejemplo en delitos de traición o de inmigración clandestina. En la mayoría de los casos, la propia ley resuelve la dualidad y apostilla «siempre que el hecho no constituya delito». En el resto, será necesario acudir al principio constitucional de *non bis in idem*, integrado en el artículo 25 RCL 1978/2836 CE y recogido expresamente en el artículo 133 RCL 1992/2512 LRJ-PAC «no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento».

Evidentemente, en los casos en que la conducta del extranjero por la que se haya incoado el procedimiento administrativo sancionador pueda ser constitutiva de delito, la preferencia del procedimiento penal es indiscutible, y así se expresa en el artículo 7 RCL 1993/2402 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Actividad Sancionadora aprobado por Real Decreto 1398/1993 (RCL 1993/2402):

«En cualquier momento del procedimiento sancionador en que los órganos competentes estimen que los hechos también pudieran ser constitutivos de ilícito penal, lo comunicarán al Ministerio Fiscal solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación.»

En estos supuestos, así como cuando los órganos competentes tengan conocimiento de que se esté desarrollando un proceso penal sobre los mismos hechos, solicitar del órgano judicial comunicación sobre las actuaciones adoptadas.

Recibida la comunicación, y si se estima que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera

corresponder; el órgano competente para la resolución del procedimiento acordará su suspensión hasta que recaiga resolución judicial.

Si los hechos presentan características de infracción penal, procede, por tanto, la paralización del procedimiento administrativo en tanto se sustancia el procedimiento penal.

Si, acabada la instrucción en el procedimiento penal, se dictara auto de archivo o sobreseimiento, deberá la autoridad judicial comunicarlo a la autoridad gubernativa a los efectos de continuación del procedimiento sancionador si procediera, puesto que, con absoluto respeto al principio *non bis in idem* y al reconocimiento de que «unos mismos hechos no pueden existir, y dejar de existir para los órganos del Estado», como recoge la STC 77/1983 (RTC 1983/77), sí pueden darse supuestos de compatibilidad entre la licitud penal y la ilicitud administrativa de unos mismos hechos como también ha afirmado el Tribunal Constitucional, ATC 355/1991.

En el caso de que el procedimiento penal concluyera con la condena del extranjero, la adopción de la decisión de expulsión dependerá de la aplicación por el Juez de la medida prevista en el artículo 89 del Código Penal o en su caso, si tal medida no se adoptara y la condena fuera superior al año, la incoación de un nuevo expediente administrativo para proceder a la expulsión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.2 RCL 2000/72 LE.

Con el objeto de evitar que la descoordinación entre las distintas autoridades implicadas lleve a la falta de sanción de conductas infractoras, el Reglamento en el artículo 136 RCL 2001/1808 pone especial énfasis en recordar la obligación de comunicación de las resoluciones adoptadas.

El número 3 del artículo 136 impone al órgano judicial la obligación de comunicación a la autoridad gubernativa de la finalización de los procesos judiciales en los que concurren infracciones administrativas a las normas de extranjería a los efectos de que pueda reanudarse, iniciarse o archiversse el correspondiente procedimiento administrativo sancionador. Igualmente, se recuerda la necesidad de comunicación de todas las condenas impuestas a extranjeros por delito doloso castigada con pena privativa de libertad superior a un año.

El artículo 136.4.º se refiere al Ministerio Fiscal, para expresar la obligación de comunicación a la autoridad gubernativa de los casos que conozca en los que se encuentre imputado un extranjero por delito menos grave y pudiera estar incurso en alguna de las causas de expulsión, sin que se hubiera incoado el correspondiente procedimiento.

La coincidencia en la descripción de las conductas infractoras y la doble incidencia de la potestad sancionadora administrativa y penal sobre alguna de ellas, exige, por tanto, una cuidadosa vigilancia de las autoridades implicadas en su aplicación. Por un lado, para salvaguardar los derechos del extranjero y por otro, con el fin de contribuir a que la aplicación de la Ley sea realmente eficaz.

Por lo que respecta a los Fiscales, además del cumplimiento de las comunicaciones, que expresamente se les impone en el artículo 136.4.º, deberán cuidar que el órgano judicial comunique a la autoridad gubernativa los archivos, sobreseimientos o sentencias a que se refiere el número 3 del artículo 136, recordando, si fuera necesario, la necesidad de que se realice esta comunicación antes de que se archiven las diligencias o la ejecutoria, con el fin de que pueda entrar en juego el derecho administrativo sancionador si procediera.

Consultas

CONSULTA NÚMERO 1/2002, DE 24 DE OCTUBRE, SOBRE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS FIRMES RECAÍDAS EN LA PIEZA SEPARADA DE RESPONSABILIDAD CIVIL TRAMITADA CONFORME A LA LEY ORGÁNICA 5/2000

I

La Fiscalía consultante pone en conocimiento de la Fiscalía General del Estado la problemática surgida en su seno, relativa a la ejecución de las sentencias ya firmes, recaídas en la pieza separada de responsabilidad civil tramitada conforme establece la Ley Orgánica 5/2000 (RCL 2000/90).

En concreto, la cuestión que se suscita gira en torno a la interpretación del artículo 64.9 RCL 2000/90, inciso último LORPM, precepto que dispone que «una vez firme la sentencia, podrá ser ejecutada de acuerdo con las normas del CP (RCL 1995/3170 y RCL 1996, 777) y de la citada LEC (RCL 2000/34, 962 y RCL 2001, 1892)».

Y, en particular, se trata de dilucidar si una vez que la sentencia es firme corresponde al Juez de Menores proveer, de oficio, lo necesario para la ejecución del fallo. O si, por el contrario, al ser de aplicación la normativa recogida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, la ejecución debe ser tramitada, a petición de los intervinientes en la pieza separada de responsabilidad civil.

II

La resolución de la presente Consulta exige tener presente los principios que inspiran la regulación de la pieza separada de responsabilidad civil en la Ley Orgánica 5/2000.

La LORPM establece en sus artículos 61 RCL 2000/90 a 64 RCL 2000/90 «un procedimiento singular, rápido y poco formalista para el resarcimiento, en su caso, de daños y perjuicios», según reza su exposición de motivos.

Del contenido de tales preceptos se desprende que, a diferencia de lo que ocurre en la LECrim, donde la acción civil se acumula a la penal –salvo renuncia o reserva expresa– y ambas se ventilan de forma conjunta en el procedimiento penal, la LORPM diseña un procedimiento para exigir la responsabilidad civil derivada de la comisión de un ilícito penal por un menor que, como apunta la Circular 1/2000, de 18

de diciembre (RCL 2001/812), «tiene carácter civil y corre paralelo y con una pretendida independencia de la suerte del procedimiento penal».

Así, su objeto se ciñe, exclusivamente, a la determinación de las responsabilidades civiles, abarcando, en cuanto a su extensión, la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales (art. 62 RCL 2000/90 LORPM en relación con los arts. 109 RCL 1995/3170 al 115 RCL 1995/3170 CP). Debiendo precisarse, siguiendo a la Circular 1/2000 (RCL 2001/812), que las responsabilidades civiles a dilucidar son, únicamente, las derivadas de las infracciones penales cometidas por los sujetos a los que se les aplique el régimen de la Ley Orgánica 5/2000, y no otras.

En la regulación del iter procedimental, el artículo 64 RCL 2000/90 utiliza, constantemente, una terminología propia del proceso civil al aludir a los demandantes y a los demandados, a la contestación a la demanda o, en su ordinal 8.º, al establecer que el Juez dictará sentencia civil absolviendo a los demandados o declarando los responsables civiles. Además, según el artículo 64.9, el recurso procedente contra dicha sentencia que es el de apelación, se sustanciará por los trámites de la apelación, según su cuantía, regulados en la LEC.

Y, en su último inciso, dispone que, una vez firme la sentencia, podrá ser ejecutada de acuerdo con las normas del CP y de la citada LEC, inciso éste cuyo entendimiento constituye, precisamente el objeto de la consulta.

III

Partiendo de las anteriores consideraciones, dos son las posturas que, como ya se ha avanzado, se contraponen. La primera, que es la sostenida, sin motivación alguna, por la Fiscalía consultante, entiende que corresponde al Juez de Menores proveer, de oficio, lo necesario para la ejecución de la sentencia dictada en la pieza separada de responsabilidad civil, una vez que la misma ha ganado firmeza.

Varios son los argumentos que pueden servir de apoyo a esta tesis. En primer lugar, las distintas referencias que los propios preceptos de la LORPM reguladores de la responsabilidad civil, efectúan del CP. En concreto, el artículo 62 RCL 2000/90 remite a las normas del CP para determinar su extensión, el artículo 64.8 RCL 2000/90 señala que el Juez dictará sentencia civil absolviendo a los demandados o declarándolos responsables civiles, con el contenido indicado en el artículo 115 RCL 1995/3170 del vigente CP, y –sobre todo– el mismo artículo 64.9 dispone que, una vez firme la sentencia, podrá ser ejecutada de acuerdo con las normas del CP.

Remisiones éstas que, no obstante la singularidad del procedimiento establecido en la LORPM para exigir la responsabilidad civil, permitirían sustentar su similitud con el proceso penal de mayores y, en consecuencia, la actuación de oficio del Juez de Menores para proceder a la ejecución de la sentencia firme recaída en materia de responsabilidad civil.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que la disposición final primera RCL 2000/90 LORPM impone expresamente como norma supletoria «en el ámbito del procedimiento, la LECrim, en particular lo dispuesto para los trámites del procedimiento abreviado regulado en el título III del libro IV de la misma», por lo que en materia de ejecución de sentencias firmes, incluyendo aquí también las dictadas en la pieza separada de responsabilidad civil, sería de aplicación dicha norma procesal.

Además, no cabe obviar que la responsabilidad civil que se trata de depurar es, como ya se ha apuntado supra, una responsabilidad civil *ex delicto*, es decir, que tiene su origen en la comisión de unos hechos que deben ser constitutivos de infracción criminal. De ahí que, se añade, sea ficticia esa suerte de independencia que se postula de ambos procedimientos, pues nunca podrá dictarse una sentencia en la pieza de responsabilidad civil sin que antes haya recaído el correspondiente pronunciamiento penal en la pieza principal, tal y como reconoce el propio legislador en el artículo 64.8 RCL 2000/90 LORPM, lo que abonaría también la idea de la actuación de oficio del Juez de Menores en la ejecución de la sentencia que dilucidase la responsabilidad civil.

Finalmente, cabe incluir aquí, como motivo en defensa de esta postura, la mayor garantía que para las víctimas y demás perjudicados se derivaría del impulso de oficio de la ejecución de las sentencias. Con ello se evitarían eventuales retrasos y paralizaciones inherentes a la inactividad de la parte a quien correspondería solicitar la ejecución.

IV

Frente a la tesis expuesta se alza la de quienes sostienen, por el contrario, que la ejecución de las sentencias firmes dictadas en la pieza separada de responsabilidad civil debe ser tramitada a instancia de parte, esto es, de los intervinientes en dicha pieza.

Se argumenta, en primer lugar, que la naturaleza civil del procedimiento, evidenciada por la pretensión que se ejercita, por la terminología –propia de un procedimiento civil– utilizada por el legislador y por las remisiones a la LEC, recogidas en el artículo 64.9 RCL 2000/90 respecto del recurso de apelación y la ejecución de la sentencia firme, parece imponer que la ejecución de la sentencia civil que se dicte se impulse, no de oficio, sino a instancia de parte.

Tal conclusión se ve reforzada por el tenor literal del artículo 64.9 cuestionado, que remite en cuanto a la ejecución, efectivamente a las normas del CP, pero también a las de la LEC.

La remisión expresa que se efectúa al CP no puede considerarse como un argumento definitivo, pues al carecer tal texto sustantivo de un capítulo concreto sobre ejecución de la responsabilidad civil, la misma deberá entenderse referida, de un lado, al artículo 115 RCL 1995/3170 CP, sobre la posibilidad de fijar la cuantía de los daños y perjuicios ocasionados durante la ejecución; y, de otro, a los artículos 125 RCL 1995/3170 y 126 RCL 1995/3170 CP, sobre el posible fraccionamiento del pago y sobre el orden de imputación de los pagos, esto es a normas sustantivas y no procesales.

Por el contrario, la remisión a las disposiciones de la LEC no puede tener otra interpretación, dada la claridad de los términos empleados por el legislador, que la de entender aplicables en materia de ejecución las normas contenidas en el libro III, título III RCL 2000/34 de dicha LEC, de naturaleza obviamente, procesal.

En este sentido, hay que considerar que la sentencia definitiva recaída en la pieza separada de responsabilidad civil constituye un auténtico título ejecutivo (art. 517 RCL 2000/34 LEC). Con base en él, sólo se despachará ejecución a petición de parte, tal y como señala el artículo 549 RCL 2000/34 LEC.

En segundo lugar, en lo concerniente al derecho supletorio, si bien es cierto que la disposición adicional primera LORPM otorga el carácter de norma supletoria, en el

ámbito del procedimiento, a la LECrim, no lo es menos que, como especifica esa misma disposición adicional, tal supletoriedad rige, únicamente, «para lo no previsto expresamente en esta Ley Orgánica». Luego, si la propia LORPM contiene una previsión expresa, tal y como acontece en el artículo 64.9 RCL 2000/90 cuestionado, habrá que estar a lo que la misma establezca, en este supuesto, a las normas de la LEC.

Finalmente, frente a la mayor garantía que para la propia víctima implicaría la ejecución de oficio por el Juez de Menores, se argumenta que no hay mayor garantía que el propio interés del perjudicado. Permitir que la ejecución de la sentencia firme pueda ser instada por él mismo, sin necesidad de esperar a la actuación del Juzgado de Menores, implica, sin duda, un reforzamiento de sus derechos. Máxime, si se tiene en cuenta que si el perjudicado no ha ejercitado, ni ha hecho reserva o renuncia de la acción civil, tal ejercicio, corresponde al Ministerio Fiscal (art. 61.1 RCL 2000/90), a quien competará instar. Llegado el caso, la ejecución de la sentencia firme, asegurando, así la protección de los derechos de la víctima frente a la inactividad o pasividad del órgano judicial.

Los razonamientos expuestos permiten entender como más acorde con la voluntad del legislador y más favorable a los derechos de los perjudicados la solución que considera que corresponde al Fiscal, en aquellos procedimientos de responsabilidad civil tramitados conforme al artículo 64 RCL 2000/90 LORPM en los que intervenga, instar ante el órgano judicial competente, que será el Juez de Menores que conoció del asunto en primera instancia, la ejecución de las sentencias firmes dictadas con arreglo a los artículos 538 RCL 2000/34 y siguientes LEC.

V

En consecuencia, los señores Fiscales deberán instar, conforme a lo dispuesto en los artículos 538 y siguientes LEC, la ejecución de las sentencias firmes recaídas en todas aquellas piezas de responsabilidad civil tramitadas con arreglo a lo establecido en la Ley Orgánica 5/2000.

Instrucción

INSTRUCCIÓN NÚMERO 1/2002, DE 7 DE FEBRERO, SOBRE POSIBILIDAD DE CELEBRAR JUICIOS ORALES PENALES POR VIDEOCONFERENCIA

El conocimiento de que en algún Tribunal Superior de Justicia se celebran juicios orales en materia penal a través de videoconferencia aconseja –previo informe de la Junta de Fiscales de Sala– el envío de la presente Instrucción.

Existen varias normas en nuestro ordenamiento que –de forma fragmentaria– inciden de alguna manera sobre el tema que nos ocupa. Así, el artículo 229.2 RCL 1985/1578 LOPJ (RCL 1985/1578, 2635; ApNDL 8375) dispone que «las declaraciones, confesiones enjuicio, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas, se llevarán a efecto ante el Juez o Tribunal con presencia o intervención, en su caso, de las partes y en audiencia pública salvo lo dispuesto en la Ley». Y el 268.1 RCL 1985/1578 de la misma Ley ordena que «las actuaciones judiciales deberán practicarse en la sede del órgano jurisdiccional».

Dejando aparte supuestos excepcionales –como el uso de videoconferencia para la audición de testigos o peritos entre países miembros de la Unión Europea [art. 11 LCEur 2000/1883 del Convenio de 29 de mayo de 2000 (LCEur 2000/1883), relativo a la asistencia judicial en materia penal] o la posibilidad de utilización de cualquier medio técnico para evitar confrontaciones visuales a menores (art. 448 LECrim)– existen al menos otros dos que deben tomarse en consideración para dictar adecuadamente la presente Instrucción.

Así, el artículo 230.1 RCL 1985/1578 LOPJ [tras la reforma de 1994 (RCL 1994/3130, 3294)] dispone con carácter general que «los Juzgados y Tribunales podrán utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones, con las limitaciones que a la utilización de tales medios establece la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre (RCL 1992/2347), y demás Leyes que resulten de aplicación».

Por su parte, la LEC 1/2000 (RCL 2000/34, 962 y RCL 2001, 1892) (de aplicación supletoria para el proceso penal) prevé en su artículo 135.5 RCL 2000/34 la posibilidad de enviar documentación por medios telemáticos («Cuando los Tribunales y los sujetos intervinientes en un proceso dispongan de medios técnicos que permitan el envío y la normal recepción de escritos y documentos escritos, de forma tal que esté garantizada la autenticidad de la comunicación y quede constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y de la fecha en que se hicieren, los escritos y documentos podrán enviarse por aquellos medios, acusándose recibo del mismo modo y se tendrán por presentados, a efectos de ejercicio de los derechos y de cumplimiento de deberes en el tiempo establecido conforme a la ley.

Sin embargo, de lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de prueba y del cumplimiento de requisitos legales que exijan disponer de los documentos originales o de copias fehacientes, estos habrán de hacerse llegar al tribunal dentro de los tres días siguientes al envío efectuado según el párrafo anterior»).

Como puede observarse, la única previsión específica en materia procesal es la relativa al envío de escritos y documentos por medios telemáticos, supeditándola a la garantía de la autenticidad y –lo que es más significativo– al envío posterior de los originales o copias fehacientes por los medios ordinarios.

La posibilidad de celebrar juicios orales por medios virtuales (en cualquier orden jurisdiccional) no se encuentra prevista en ningún país de la Unión Europea. El Tribunal Penal Internacional autoriza tan solo la prestación de declaraciones telemáticas en caso de imposibilidad o grave dificultad para utilizar los medios convencionales.

En cualquier caso, y ciñéndonos a nuestro propio ordenamiento, el elemento esencial a tener en cuenta es el artículo 53.1 RCL 1978/2836 del Texto Constitucional (RCL 1978/2836; ApNDL 2875), a cuyo tenor «sólo por ley, que en cualquier caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio» de los derechos fundamentales previstos en el capítulo segundo RCL 1978/2836 del título I de la Constitución. Nuestro Tribunal Constitucional ha interpretado tal precepto como la exigencia de una reserva de ley para cualquier afectación de un derecho fundamental, por pequeña que pueda resultar [vide, por todas, la STC 207/1996, de 16 de diciembre (RTC 1996/207)].

En el supuesto que nos ocupa, los principios de publicidad, oralidad, intermediación y contradicción se ven sin duda afectados por la celebración de un juicio oral en materia penal a través de videoconferencia. La intermediación solo puede entenderse cumplida si se acepta la presencia «virtual» como equivalente a la presencia física; la publicidad depende en gran parte de las posibilidades que se ofrezcan para que los particulares puedan «asistir» al acto de la vista, en condiciones que garanticen que el juicio puede ser seguido y celebrarse ante quien lo estime procedente; y la contradicción tendrá más contenido cuanto más perfeccionado se encuentre el sistema de transmisión de imágenes: no es lo mismo una sola cámara fija que varias desde ángulos diversos.

Puede concluirse, pues, que el derecho a un proceso con todas las garantías, proclamado en el artículo 24.2 RCL 1978/2836 de la Constitución, se ve afectado por la utilización de nuevas tecnologías para la celebración del juicio oral. No quiere ello decir que en el futuro vaya a resultar de todo punto imposible la celebración de juicios orales por medios cibernéticos: pero ello supondrá en todo caso la existencia de una norma legal que otorgue la necesaria cobertura al sistema y que prevea las garantías mínimas exigibles. En ningún caso una mera decisión judicial puede suplir la exigencia de cobertura legal prevista en nuestro Texto Constitucional.

Podría discutirse si la previsión del artículo 230.1 RCL 1985/1578 LOPJ sería suficiente para dotar de cobertura legal al supuesto consultado. En tanto en cuanto se trata de una norma genérica, que no hace sino sentar un principio general, sin entrar en la concreción de las garantías exigidas en un supuesto tan particular como la celebración de un juicio oral en materia penal, hay que concluir que no cumple las exigencias de precisión exigidas por el TEDH para entender cumplida la condición de «calidad de la ley» necesaria para cualquier norma que incida en las garantías reconocidas en el Convenio de Roma de 1950 (RCL 1979/2421; ApNDL 3627).

De ello no debe derivarse la necesidad de que se trate de una Ley Orgánica que otorgue cobertura legal a supuestos como el que nos ocupa. La STC 127/1994, de 5 de mayo (RTC 1994/127), ya declaró en su fundamento jurídico 3.º que «La prohibición de “afectar” a los derechos [...] no coincide en su objeto con la necesidad de disciplinar por Ley Orgánica el “desarrollo” de los derechos fundamentales y libertades

públicas». Pero sí se deduce con claridad que sin una norma con rango de ley no puede incidirse en el ejercicio de un derecho fundamental.

Tampoco la hipotética conformidad del acusado en ser juzgado sin la presencia física del Tribunal resuelve el problema, dado el carácter irrenunciable de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento constitucional.

En conclusión, en el actual estado de nuestro sistema legislativo, no cabe la celebración de juicios orales en materia penal a través de videoconferencia. Por tanto, si el Ministerio Fiscal es citado para la celebración de uno de esos juicios orales «virtuales» deberá oponerse motivadamente a su celebración, excusando su asistencia por carecer hoy por hoy de las garantías necesarias para el debido respeto a los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución, de cuya defensa es garante [art. 3.3 RCL 1982/66 EOMF (RCL 1982/66; ApNDL 9435)].

INSTRUCCIÓN NÚMERO 2/2002, DE 11 DE FEBRERO, SOBRE ORGANIZACIÓN DE LAS FISCALÍAS EN MATERIA DE EXTRANJERÍA

A través de la Circular 1/1994 (RCL 1995/1027) de la Fiscalía General, sobre intervención del Ministerio Fiscal en relación con determinadas situaciones de los extranjeros en España, se crearon los Servicios de Extranjería. Desde entonces, tales Servicios, a cuyo frente se sitúa un Fiscal responsable de esta área, han venido funcionando en aquellas Fiscalías en que por las especiales características y volumen de trabajo se ha estimado necesaria su implantación.

Ahora bien, la promulgación de la nueva normativa sobre extranjería, representada por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (RCL 2000/72, 209) (en adelante LE) y por su Reglamento de ejecución, aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio (RCL 2001/1808, 2468) (en adelante RE), el cambio en las circunstancias sociales y la magnitud del fenómeno migratorio, así como la importante incidencia en la vida penitenciaria de la población reclusa extranjera, aconsejan llevar a cabo una reconsideración acerca de la necesidad o conveniencia de reestructurar, crear o reforzar los referidos Servicios en las diversas Fiscalías. Crear el Servicio de Extranjería en todas las Fiscalías que hasta el momento no lo tenían establecido, a cuyo efecto el Fiscal Jefe designará un Fiscal encargado en la materia. Reforzar el Servicio de Extranjería de las Fiscalías que hasta el momento no lo tenían establecido, a cuyo efecto el Fiscal Jefe designará un Fiscal encargado en la materia. Reforzar el Servicio de Extranjerías de las Fiscalías incrementando, si fuera preciso, el número de Fiscales adscritos al mismo. Además del Fiscal encargado del Servicio, siempre al menos se designará un segundo Fiscal suplente que pueda desempeñar el cargo con eficacia ante cualquier incidencia del principal Fiscal encargado: vacaciones, traslado, baja. Reestructurar el Servicio de Extranjería para establecer las oportunas relaciones –aun con la adecuada autonomía– con el Servicio de Vigilancia Penitenciaria de la Fiscalía, dada la interconexión de información y potencial coincidencia parcial de actuaciones de ambos, debiendo en todo caso mantenerse una estrecha coordinación con los Fiscales encargados en materia penitenciaria.

En el plazo de un mes, a la vista de lo expuesto, habrá de darse cuenta a la Inspección Fiscal de la configuración del Servicio de Extranjería y de sus integrantes, así como de las necesidades de medios personales y materiales del mismo.

Las funciones de los referidos Servicios señaladas en la citada Circular deben entenderse plenamente vigentes y, por ello, parece innecesario reproducir aquí el con-

tenido del apartado IV RCL 1995/1027 de la referida Circular. Si bien, sí se ha estimado oportuno modificar alguna de las previsiones que allí se establecían. Así:

– La obligación de remitir cada dos meses informe a la Inspección Fiscal ha de ser sustituida por la remisión de un informe de carácter anual. Dicho informe se remitirá a la Fiscalía General a través de la Inspección Fiscal y se recogerá igualmente en un apartado específico de la Memoria de cada Fiscalía. Todo ello, sin perjuicio de que puedan recabarse oportunamente informes sobre la materia. Es decir, en principio, la obligación que con carácter general se establecía de informar bimestralmente se estima poco operativa y suficientemente cubierta con las posibilidades ya apuntadas: informe anual e informes que puntualmente puedan ser interesados.

– En los referidos informes procurarán los señores Fiscales contener un apartado comprensivo de la estadística obtenida por el Servicio de Extranjería en las siguientes cuestiones: internamientos autorizados y expulsiones efectivamente ejecutadas en expediente gubernativo; informes y autorizaciones de expulsiones de extranjeros inculcados en procesos por delito y expulsiones efectivamente ejecutadas en los mismos; visitas efectuadas a Centros de internamiento; sustituciones de penas por expulsión acordadas al amparo del artículo 89 RCL 1995/3170 CP (RCL 1995/3170 y RCL 1996, 777); cumplimiento de la libertad condicional del extranjero en su país [art. 197.1 RCL 1996/521 Reglamento Penitenciario (RCL 1996/521, 1522)], causas incoadas y causas calificadas por delitos de tráfico ilegal (arts. 188.2 RCL 1995/3170, 312 RCL 1995/3170, 313 RCL 1995/3170, 318 bis RCL 1995/3170 y 515.6 RCL 1995/3170 del CP); ello sin perjuicio de aquellos otros datos que se estime oportuno consignar en el informe por el responsable del Servicio de Extranjería en la Fiscalía.

Las actuaciones en materia de extranjería exigen, para su eficacia, de una correcta comunicación y coordinación entre los distintos órganos e instituciones a quienes les están encomendadas las diversas facultades que prevé la normativa de extranjería. Prueba de ello, el artículo 136 RCL 2001/1808 RE establece la obligación mutua de comunicación de datos entre las autoridades gubernativas, servicios policiales, Ministerio Fiscal y autoridad judicial que conozcan de un procedimiento, o el artículo 197.2 RCL 1996/521 del Reglamento Penitenciario regula la comunicación que los Directores de Centros Penitenciarios deben dirigir al Ministerio Fiscal sobre cumplimiento de condena de internos extranjeros. Asimismo, ha de tenerse en cuenta que el artículo 67 RCL 2000/72 LE contempla las Oficinas Provinciales de extranjeros, unificando en las misivas los servicios existentes, si bien no se les atribuyen funciones en materia de devolución y de tramitación de expedientes de expulsión, que competen –art. 142.1 RCL 2001/1808 RE– a las Brigadas y Secciones de Extranjería y Documentación de las Comisarías de Policía.

Resulta evidente que las previsiones de coordinación precisan de la colaboración de todos los Fiscales de la plantilla, habida cuenta que muchas incidencias concretas en esta materia se podrán suscitar en causas de que conozcan tales Fiscales y que sólo gracias a la debida información cursada por éstos podrán ser conocidas por el Fiscal del Servicio de Extranjería que a su vez deberá impulsar los criterios generales de actuación fijados por el Fiscal Jefe para unificar criterios de intervención de los Fiscales cuando surjan esas incidencias.

En este sentido, conviene señalar una serie de obligaciones de información que competen a todos los Fiscales. Así, los Fiscales habrán de comunicar o interesar de la autoridad judicial que comunique a las Brigadas provinciales de Documentación y Extranjería cualquier resolución judicial, sentencia o autos de sobreseimiento que suponga la finalización de un proceso judicial en el que se hallare encartado un extranjero. Además, en las ejecutorias por delito cuidarán de que el parte remitido al Registro

Central de Penados y Rebeldes comprenda la nacionalidad extranjera del penado, a efectos de lo dispuesto en el artículo 136.6 RCL 2001/1808 RE; igualmente, y a tenor del artículo 136.3 RE, habrán de comunicar o procurar del órgano judicial que comunique la existencia de la ejecutoria a la autoridad gubernativa, cuando se trate de delito doloso castigado con pena superior a un año de prisión, a los efectos oportunos en relación con el artículo 57.2 RCL 2000/72 de la Ley, y, finalmente, deberán observar la previsión establecida en el artículo 136.4 RE respecto de extranjeros imputados en procedimientos penales que pudieran estar incursos en causa de expulsión.

Tales facultades y deberes de comunicación recaen sobre todos los Fiscales, si bien la concreta comunicación con la autoridad gubernativa parece preferible que se efectúe desde el Servicio de Extranjería, a fin de centralizar desde éste todas las comunicaciones de semejante naturaleza.

Por último, conviene señalar la existencia, en virtud del artículo 60 RCL 2001/1808 RE, de un Registro Central de Extranjeros y de un Registro de Menores Extranjeros, ambos en la Dirección General de la Policía, que contienen datos que pueden resultar necesarios para el Fiscal en el ejercicio de sus funciones y que podrán recabarse del mismo [arts. 60.3 y 136 RE, en relación con el art. 11.2.d) RCL 1999/3058 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre (RCL 1999/3058), de Protección de Datos de Carácter Personal].

INSTRUCCIÓN NÚMERO 3/2002, DE 1 DE MARZO, SOBRE ACTOS PROCESALES QUE PUEDEN CELEBRARSE A TRAVÉS DE VIDEOCONFERENCIA

La Instrucción 1/2002 (RCL 2003/887) («Acerca de la posibilidad de celebrar juicios orales penales por videoconferencia») resuelve un caso muy concreto, motivado por la consulta efectuada por una Fiscalía. Su publicación, como refleja su epígrafe y se razona en sus primeros apartados, ha estado condicionada por el anuncio de celebración de juicios orales conforme a un formato enteramente virtual, valiéndose del sistema de videoconferencia.

En los antecedentes puestos a disposición de la Fiscalía General del Estado por la Fiscalía informante se daba cuenta de un criterio organizativo, condicionado por el singular hecho geográfico de la insularidad, con arreglo al cual el Tribunal se constituiría en una sede geográfica, mientras que el Fiscal (y las demás acusaciones en su caso), el acusado, su defensa y los testigos y peritos se encontrarían en otro punto distinto al del órgano jurisdiccional.

La preocupación del Ministerio Fiscal ante la posibilidad de que, sin las debidas cautelas, todos y cada uno de los sucesivos actos procesales que integran el juicio oral adaptaran su esquema de desarrollo a un modelo virtual, ha llevado a expresar un criterio contrario a esa alternativa, mientras no se encuentre dotada de la necesaria cobertura legal. Ahora bien, ello no debe interpretarse como una negativa generalizada al uso de los medios técnicos, singularmente la videoconferencia, en el ámbito de la Administración de Justicia. Resultaría así un mal entendimiento de la Instrucción citada, y un desconocimiento de la realidad de nuestro ordenamiento jurídico, que contempla la posibilidad de su utilización, tanto de forma genérica como sectorialmente.

La propia Instrucción 1/2002 cita diversos preceptos legales en los que se contempla la posibilidad del uso de las nuevas tecnologías en el proceso. De entre ellos debe destacarse el artículo 230.1 RCL 1985/1578 LOPJ (RCL 1985/1578, 2635;

ApNDL 8375), con arreglo al cual, «... los Juzgados y Tribunales podrán utilizar cualesquiera medios técnicos electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones, con las limitaciones que a la utilización de tales medios establece la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre (RCL 1992/2347) y demás leyes que resulten de aplicación». Este precepto debe reputarse como un principio o regla general de autorización, válido siempre que no resulten afectados derechos fundamentales concretos, sin perjuicio de las necesarias excepciones en casos puntuales, y siempre con la debida motivación.

La exigencia de una razón que justifique la opción por el empleo de medios telemáticos se halla presente con mayor claridad en algunos ejemplos de Derecho comparado. Así, por ejemplo, en el caso de Italia, la Ley número 11, de 7 de enero de 1998, condiciona el empleo de medios técnicos que garanticen la audición a distancia tanto a un listado predefinido de infracciones como a la peligrosidad que se derive de la gravedad de los delitos imputados (art. 146 bis). Más recientemente, la Ley francesa de 15 de noviembre de 2001 ha llevado a cabo una modificación del *Code de Procédure Pénale*, aceptando la utilización de videoconferencia, siempre que «... les nécessités de l'enquête (ou de l'instruction le justifient...» (art. 706-71).

Por otra parte, el Estatuto de la Corte Penal Internacional aprobado en Roma el 17 de julio de 1998 (RCL 2002/1367, 1906), cuya ratificación ha sido autorizada mediante Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre (RCL 2000/2262) («BOE» de 5 de octubre de 2000), incorpora entre sus previsiones algunos preceptos que abren la puerta a la práctica de actos procesales conforme a las nuevas tecnologías. La preocupación de los Estados signatarios por compatibilizar la adopción de tales sistemas de comunicación con las garantías propias del enjuiciamiento son bien visibles. Así, los artículos 62 RCL 2002/1367 y 63 RCL 2002/1367 del mencionado Estatuto, proclaman como principios generales que «el juicio se celebrará en la sede de la Corte» y que «... el acusado estará presente durante el juicio». Sin embargo, el apartado 2 del mismo artículo 63 apunta que si el acusado perturbare continuamente el juicio el Tribunal podrá disponer que salga de la Sala y «... observe el proceso y dé instrucciones a su defensor desde fuera, utilizando, en caso necesario, tecnologías de comunicación».

Al propio tiempo, como excepción al principio del carácter público de la audiencia, el artículo 68.2 RCL 2002/1367 del Estatuto tolera que, con el fin de proteger a las víctimas y los testigos o a un acusado, se permita «... la presentación de pruebas por medios electrónicos u otros medios especiales». En la misma línea, el artículo 69.2 RCL 2002/1367 faculta al Tribunal para «... permitir al testigo que preste testimonio oralmente o por medio de una grabación de vídeo o audio».

Centrándonos en nuestro ordenamiento jurídico, no cabe duda de la posibilidad de utilizar la videoconferencia para actos no estrictamente procesales (*vi. gr.* la entrevista del Fiscal con internos en centros penitenciarios). Y dentro del ámbito jurisdiccional, el principio general de autorización del artículo 230.1 RCL 1985/1578 LOPJ sólo debe ceder en casos de afectación de derechos fundamentales [que exige cobertura legal *ex art.* 53.1 RCL 1978/2836 de la Constitución (RCL 1978/2836; ApNDL 2875)], de inidoneidad del medio para los fines que se persiguen o de falta de proporcionalidad.

El respeto al principio de proporcionalidad sólo exigirá una motivación adecuada para el uso de medios técnicos no específicamente previstos por la Ley. La exteriorización de las razones que avalan o justifican el empleo de videoconferencia constituye un modo de dar cabida expresa a la posibilidad de impugnación por cualquiera de las partes que estimen que ese modo de llevar a cabo la práctica de un determinado acto procesal puede conllevar la merma de algunos de sus derechos fundamentales.

De ahí que la resolución por la que se acuerde la práctica de un acto de investigación o prueba, cuyo contenido será variable en función del momento procesal en que se produzca, habrá de expresar las razones que justifican la opción por el formato telemático, con indicación de las cautelas adoptadas para salvaguardar los derechos de cualquiera de las partes, en los casos en que puedan verse afectados.

En todos aquellos supuestos en que se formule impugnación por alguna de las partes el Fiscal ponderará adecuadamente el fundamento de aquélla, cuidando que su dictamen sea acorde con la necesidad de excluir todo riesgo de menoscabo de los derechos fundamentales presentes en el proceso penal.

La defensa de los derechos fundamentales habrá de extenderse, de modo especial, al aseguramiento de las exigencias derivadas de la fe pública judicial, haciendo ésta extensible a todos aquellos puntos de emisión que hayan sido conectados para la realización del acto procesal de que se trate.

El criterio favorable a la conversión de la ausencia física en presencia jurídica de carácter virtual deberá ser el resultado del análisis del caso concreto. En la emisión de sus informes los señores Fiscales habrán de esforzarse en la búsqueda de un equilibrio entre las justificadas ventajas de los medios técnicos audiovisuales y la necesidad de que su incorporación al proceso penal se verifique sin merma de los principios estructurales que informan el proceso penal.

En aquellos supuestos particulares en que la proximidad del testigo o perito respecto de las piezas de convicción o vestigios del delito pueda resultar indispensable para la valoración probatoria que ha de llevar a cabo el Tribunal, el Fiscal se lo hará presente, sin perjuicio de continuar las actuaciones si así lo decide aquél. En este punto nada obsta al empleo por el Fiscal de la posibilidad de solicitud de suspensión de la diligencia, con conservación de validez de lo hasta entonces actuado, si ésta llegare a un punto en que la presencia física resultara ineludible.

Sin ánimo exhaustivo alguno, y siempre dentro del respeto a los criterios anteriormente formulados, algunas de las principales utilidades procesales de la videoconferencia dentro del marco jurídico vigente podrían ser las siguientes:

1. Complemento del auxilio judicial, nacional e internacional.

La aplicación de la videoconferencia puede contribuir a agilizar la tramitación del proceso porque permite la eliminación de las dilaciones originadas por la utilización del auxilio judicial, nacional o internacional, cuando la persona que debe intervenir en una actuación reside fuera de la sede del órgano jurisdiccional. De hecho, la utilización de esta nueva tecnología permite incluso un mayor cumplimiento de las exigencias del principio de inmediación por cuanto posibilita que el Juez o Tribunal que conoce del asunto presencie personalmente la práctica de la prueba.

2. Declaración de testigos y peritos.

Podrá resultar especialmente idónea la videoconferencia cuando, por razón de la distancia, dificultad de desplazamiento, circunstancias personales del testigo o perito o por cualquier otra causa de análogas características, resulte imposible o muy gravosa la comparecencia de dichas personas en la sede del órgano judicial.

De esta manera se puede evitar el desplazamiento de los peritos que colaboran frecuentemente con la Administración de Justicia (Instituto Nacional de Toxicología, Médicos Forenses, Agencia del Medicamento, unidades especializadas de Policía Científica, etc.), quienes podrán aprovechar su jornada laboral de forma más eficiente centrándose en la elaboración material de los dictámenes, especialmente los que prestan sus servicios en organismos públicos de ámbito territorial amplio.

3. Protección de la libre y espontánea declaración de personas.

La videoconferencia puede contribuir de manera decisiva a que algunos testigos o peritos declaren con plena libertad en un proceso en el que concurren circunstancias determinantes de una especial presión sobre su persona o sobre sus familiares. Si bien esta utilidad se proyecta sobre todos los órdenes jurisdiccionales, resulta especialmente relevante en relación con la víctima de un delito, evitándose situaciones de victimización secundaria, sobre todo en las infracciones penales contra la libertad e indemnidad sexual o en supuestos de violencia doméstica grave.

Mención especial merecen, dentro del presente apartado, los menores de edad. Debe tenerse en cuenta que, por aplicación de los artículos 9.1 RCL 1996/145 y 11.2.d) RCL 1996/145 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero (RCL 1996/145), las comparecencias de los menores ante los órganos judiciales deben practicarse de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, preservando su intimidad. Por otra parte, recordemos que en el proceso penal, el último párrafo del artículo 448 LECrim dispone que «... cuando el testigo sea menor de edad, el Juez, atendiendo a la naturaleza del delito y las circunstancias de dicho testigo, podrá acordar en resolución motivada y previo informe pericial que se evite la confrontación visual del testigo con el inculcado, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba...»; y el artículo 707, segundo párrafo, LECrim contiene idéntica redacción.

Asimismo, la videoconferencia se convierte en un instrumento técnico idóneo para complementar o posibilitar la aplicación de las medidas de protección de testigos y peritos en causas criminales contempladas por la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre (RCL 1994/3495), en aquellos supuestos en los que concurra un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en la medida de protección, o de su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos.

4. Disminución de traslados desde Centros Penitenciarios.

La videoconferencia aporta indudables beneficios cuando la persona que debe comparecer ante un Juzgado o Tribunal, para la práctica de algún acto procesal, se encuentra privada de libertad en un Centro Penitenciario. En primer lugar, la eliminación del traslado de un órgano a otro incrementa la seguridad, disminuyendo el riesgo de fuga. Por otra parte, se reducen considerablemente los costes en medios materiales y personales derivados del empleo de miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para realizar las conducciones.

Las anteriores consideraciones exigen del Ministerio Fiscal, en su función de defensor de la legalidad e impulsor del proceso, un seguimiento específico y un tratamiento completo de los problemas que en las Fiscalías vayan surgiendo en relación con esta materia.

En este sentido, los Fiscales Jefes han de establecer las medidas necesarias tendentes a obtener completa información de cuantas incidencias y cuestiones se produzcan ante los órganos de su territorio.

Como complemento de lo anterior, en las futuras Memorias anuales referidas, en principio, a la actividad de los años 2002 y 2003 los Fiscales Jefes incluirán un apartado dedicado a esta materia. Se persigue con ello que desde la Fiscalía General pueda, a la luz de los diferentes informes territoriales, ser elaborado un informe general, de orden eminentemente práctico, comprensivo del estado evolutivo, ventajas e inconvenientes apreciados, así como de los problemas, soluciones y necesidades

detectados en la realidad procesal diaria derivada del empleo de las posibilidades procesales que ofrecen las nuevas tecnologías.

CONCLUSIONES

a) El criterio general para el uso de la videoconferencia en las actuaciones procesales es el de posibilidad, señalado en el artículo 230.1 RCL 1985/1578 LOPJ.

b) Sólo en casos de posible afectación de derechos fundamentales sin la necesaria cobertura legal debe entenderse ordinariamente exceptuada la anterior regla, de acuerdo con lo señalado en la Instrucción 1/2002.

c) El uso de videoconferencia en las actuaciones judiciales debe efectuarse con la necesaria motivación, que garantice el principio de proporcionalidad y la posibilidad de impugnación por las partes procesales.

d) El criterio favorable a la conversión de la ausencia física en presencia jurídica de carácter virtual deberá decidirse en cada caso, a la luz de las circunstancias y vicisitudes concurrentes.

e) Existe ya una legislación que permite el uso de las nuevas tecnologías en casos concretos, que deberán ser posibilitados.

f) Los Fiscales Jefes incluirán en las sucesivas Memorias anuales un apartado dedicado al uso de las nuevas tecnologías en el proceso.

BIBLIOGRAFÍA

EQUIPO BARAÑÍ, *Mujeres gitanas y sistema penal*. Editorial Metyel, Madrid, 2001, 327 páginas

El libro *Mujeres gitanas y sistema penal*, editado en el año 2001 por Metyel, es obra de un grupo de siete personas que formaron el llamado Equipo Barañí. Entre éstas figuran sociólogas, una abogada, una historiadora y una ex reclusa; y su proyecto, también denominado Barañí y basado en la idea de escribir este libro, nació producto del malestar que surgió en ellas tras comprobar que era elevado el número de gitanos y gitanas que visitaban las cárceles de mujeres de Madrid los sábados por la mañana. A las autoras les llegó el alarmante dato de que el 30 por 100 de las presas españolas eran de etnia gitana. Este porcentaje fue definitivo para que el Equipo Barañí se pusiese en marcha para realizar su estudio sobre todo lo relacionado con las mujeres gitanas, su estancia en la cárcel y el antes y el después de esta experiencia. Para poder llevarlo a cabo, pidió ayuda a la oficina DAPHNE de la Comisión Europea, dedicada a la prevención de la violencia contra mujeres y menores, ayuda que fue concedida, ya que la oficina DAPHNE aprobó el proyecto para el año 1999.

El título es concreto, explícito y directo, y resume, en pocas palabras, el objeto del estudio del Equipo Barañí. Y es que éste, tras realizar más de 150 entrevistas a personas fuera de las cárceles –entre gitanos, gitanas, personal de los Cuerpos de Seguridad, del sistema judicial y penitenciario, de los servicios sociales, de ONG y asociaciones, de la Universidad y de los medios de comunicación–, y más de 300 a gitanas encarceladas, llega a la conclusión de que nuestro sistema penal está plagado de irregularidades en relación a la etnia del delincuente y de que nuestra sociedad es tremendamente intolerante, en concreto, con las mujeres gitanas (que es el caso que nos ocupa).

Pero si hay que resumir en una palabra el contenido del libro, esa es «droga», elemento que es causa de todos los males que acechan a la comunidad gitana.

El libro está formado por un prólogo –elaborado por una mujer gitana que agradece al Equipo Barañí el interés que ha puesto en los problemas de su comunidad–, una presentación –en la que se explica cómo nació el proyecto y por quién ha sido realizado–, una introducción –en la que se mencionan una serie de datos relativos al gran número de gitanas que están presas y el elevado número de años que pasan en prisión, además de sus problemas con las drogas– y, a continuación, el libro se divide en tres partes:

La primera, titulada «Marco teórico», está formada por cuatro capítulos: el primero dedicado a la situación socioeconómica de la población gitana, el segundo basado en los procesos de selección del sistema penal español, y los dos últimos contienen una enumeración de las hipotéticas finalidades del ingreso en prisión, la realidad de su utilidad, y las consecuencias de la política represiva con relación al tráfico de drogas.

La segunda, denominada «Estudio sociológico», hace referencia a la investigación realizada por el Equipo Barañí en el año 1999, mediante encuestas y entrevistas.

Por último, la tercera parte incluye las «Recomendaciones y líneas de acción» propuestas por Barañí para acabar con la discriminación sufrida por la comunidad gitana, para lograr mejorar su integración en la sociedad paya, para mejorar su trato en la cárcel y sus garantías judiciales y, finalmente, para encontrar alternativas a la estancia en prisión.

El libro se complementa con una serie de tablas y gráficos que recogen algunos datos del estudio, obtenidos, o mediante encuestas del Equipo Barañí (en su gran mayoría) o a través de las encuestas de M.^a Jesús Miranda (profesora titular de Sociología de la Universidad Complutense de Madrid) y Rosemary Barberet (profesora de la Universidad de Leicester), autoras de otro estudio realizado en 1997 sobre las necesidades de las mujeres presas, en el que colaboraron también Andrés Canteras y Estrella Romero.

Pero entre las fuentes utilizadas para la elaboración de este trabajo también hay un estudio llevado a cabo por Julián Carlos Ríos Martín y Pedro José Cabrera Cabrera, realizado mediante una encuesta por correo entre los años 1997 y 1998, a un total de 1.011 presos; un informe de la Asociación Pro Derechos Humanos de España, publicado en 1999, sobre la situación de los presos y las presas españoles en las cárceles de nuestro país; unos datos proporcionados por Instituciones Penitenciarias relativos a la Estadística general de población reclusa, del año 1999, y, por último, hay que referirse a la información recabada de la Memoria del CGPJ de 1999, de la Memoria de la Fiscalía General del Estado (del mismo año) y del trabajo «La delincuencia femenina en España» de Andrés Canteras Murillo, consistente en un análisis sociológico elaborado tras realizar dos encuestas en los años 1983 y 1985, en tres cárceles españolas, a casi 300 presas.

El otro mecanismo de importancia utilizado por el Equipo Barañí fue la entrevista, realizada a un gran número de personas y que permite ver el fenómeno desde distintos puntos de vista, favoreciendo así que el libro goce de una cierta objetividad, aun no faltando opiniones personales emitidas por las autoras, que se intensifican en la tercera parte del libro.

El tema principal que desarrolla este libro es el gran número de mujeres gitanas que están actualmente encarceladas. Este hecho, según las autoras, es producto de una cadena: la comunidad gitana, debido a que todavía se mantienen mecanismos discriminatorios muy arraigados, está vista negativamente y con desconfianza por la sociedad paya, lo que provoca su exclusión de muchos sectores sociales y, sobre todo, se la priva de muchos de los denominados «derechos sociales». El racismo ha sido la causa de su difícil acceso

a la educación, por ello, los gitanos consideran que no se han podido integrar en la sociedad –aunque admiten que la situación ha cambiado, sigue el racismo, y dentro de los colegios públicos creen que a sus niños y niñas se les presta menos atención a nivel pedagógico–. La falta de formación mínima dificulta su acceso a trabajos asalariados. Este hecho desemboca en su dedicación a la venta ambulante, actividad ilegal que los gitanos realizan a escondidas de la policía. Se considera que existe relación entre las limitaciones que se le ponen a la venta ambulante y el incremento del tráfico de drogas entre la población gitana con menos recursos económicos. Cuando empezó a intensificarse el negocio de la droga entre la comunidad gitana, no era sólo el hombre el que participaba en él, sino también la mujer: ellas despachaban a los compradores en sus casas y ellos vigilaban. Muchas de las entrevistadas por el Equipo Barañí son mujeres sin pareja, extremadamente pobres y con un gran número de hijos, lo que presupone que entran en este mundo, en cierto modo, actuando en estado de necesidad.

Cuando se empiezan a llevar a cabo las primeras detenciones policiales, las mujeres solían sustituir a los hombres de su familia encarcelados para asegurar la continuidad del negocio. El elevado coste económico que implicaba el proceso judicial hacía que las mujeres se viesen obligadas a seguir con la venta de drogas. Por tanto, uno de los motivos del incremento de las mujeres gitanas presas es la actitud de gran lealtad con respecto a su familia y su importante papel protector dentro de su comunidad. Lo que no excluye que se hayan dado supuestos de autoinculpación, tanto por presiones como por voluntad propia.

El Equipo Barañí, a su vez, realiza una acusada crítica tanto al actual sistema penal como a los medios de comunicación, culpables, el primero, de castigar más duramente a personas de bajo nivel social; y los segundos, de crear una imagen del delincuente como alguien distinto al ciudadano de a pie y que sufre déficit psicológicos o sociales. De hecho, Barañí sostiene que los medios de comunicación han estereotipado lo gitano como lo pobre, lo relacionan con la droga, no siendo ésta, en su opinión, la situación real de la mayoría de los gitanos. Esto lo provocan al llevar las cámaras de televisión a los poblados marginales, mostrando esas zonas como si allí viviesen todos los miembros de la comunidad gitana y no haciendo mención de aquellos que abonan sus impuestos y pagan el piso en el que viven.

Barañí define al sistema penal español como *selectivo*. Considera que la policía actúa selectivamente a la hora de vigilar con mayor intensidad las zonas donde cree que va a encontrarse con más criminalidad, es decir, aquellas donde viven los grupos más marginados de la sociedad, ya que ahí se aseguran éxitos en su labor. También son selectivos, y están negativamente influidos por los medios de comunicación, según las autoras, los miembros del sistema judicial (pertenecientes a la clase media o alta) y que, según un estudio sociológico, emiten el fallo de sus sentencias dependiendo de cuál sea la clase social de los acusados.

Una vez en prisión, la situación de los desfavorecidos sociales no mejora: muchas encuestadas se quejan de la falta de atención por parte de los Equipos de Tratamiento.

Barañí también sostiene que el ingreso en prisión no cumple ninguna función. En primer lugar, no se puede considerar que así se proteja a la sociedad, ya que no se ha demostrado que un mayor uso de la cárcel reduzca el número de delitos. En segundo lugar, tampoco se produce la reinserción del delincuente, ya que el encarcelamiento provoca desestructuración, resentimiento y diversas conductas antisociales. Sin embargo, las autoras sí que consideran que la cárcel cumple la función de duro castigo, pero éste, en muchos casos, representa una contradicción respecto a la finalidad de reinserción, ya que la estancia en prisión es una experiencia que, en ciertas ocasiones, puede ser destructiva e incrementar las posibilidades de que alguien lleve a cabo nuevos delitos. Aunque la visión de la cárcel como castigo se justifica aludiendo a que «es lo que pide la sociedad», Barañí señala que muchas víctimas de delitos están insatisfechas con el sistema punitivo español y afirman no sentirse reconfortadas con el castigo que se le aplica al culpable de su mal.

Según las autoras, una mayor política represiva provoca, además de un mayor número de detenciones y de incautaciones de drogas, una subida de los precios de éstas, lo que a su vez desemboca en un mayor número de delitos contra la propiedad.

Enfocando el tema hacia las mujeres gitanas, las autoras señalan que la estancia en prisión es una experiencia que puede provocar un aumento de las posibilidades de tener un futuro delictivo; de hecho, cuando aquéllas son encarceladas, se encuentran en una situación muy deteriorada, ya que la cárcel es un sitio donde muchas se enganchan a las drogas y, tras su salida de ella, existen grandes riesgos de que vuelvan a delinquir.

Del actual Código Penal se critica el incremento de las penas en los delitos contra la propiedad y la salud pública, cometidos, mayoritariamente, por personas de bajo nivel social, como pueden ser aquellas de etnia gitana.

El Equipo Barañí, frente a la problemática de las mujeres gitanas respecto al sistema penal y penitenciario, establece su origen en la arraigada discriminación que existe en la sociedad actual hacia la comunidad gitana y en los crecientes obstáculos que hay en aquélla para enfrentar la exclusión social, sobre todo la feminización de la pobreza.

En la tercera parte del libro, titulada «Recomendaciones y líneas de acción», las autoras establecen tres apartados: uno dedicado a iniciativas dirigidas a acercar las culturas paya y gitana; otro formado por una serie de propuestas con el fin de reducir las medidas discriminatorias y selectivas del sistema penal; y, por último, se plantean una serie de alternativas a la cárcel. Entre otras cosas, en el primer apartado, se considera importante que los medios de comunicación se acerquen a la comunidad gitana para conocer su cultura y evitar que abunden noticias sensacionalistas sobre ella. Para ello es fundamental que se potencie la formación de un mayor número de periodistas de etnia gitana. Para defender la cultura gitana, se propone la creación de

un Observatorio de Participación Gitana. Respecto a su discriminación por el sistema penal, se plantea, entre otras cosas, formar a los miembros de las instituciones policiales, jurídicas y penitenciarias, sobre la realidad social y la cultura gitana. En el último apartado, que contiene las alternativas a la cárcel, el Equipo Barañí hace referencia a una revisión del sistema de penas del vigente CP y de la actual política criminal. También se propone sustituir la estancia en prisión por los pisos tutelados combinados con proyectos de formación y empleo, aplicar sustitutivos penales para madres reclusas, trabajar con los familiares de las presas gitanas (dada la importancia de la familia para la mujer gitana), iniciar programas de formación jurídica básica para que las reclusas gitanas conozcan mínimamente sus derechos, etc.

Para concluir, se puede considerar este libro como una auténtica crítica del Equipo Barañí a la actuación de los tres Poderes del Estado con relación a la población gitana, eximiendo de cualquier culpa a ésta. La exposición de la obra se realiza de un modo claramente subjetivo, a pesar de que las autoras afirman en la tercera parte del libro que han intentado «no actuar como portavoces de los miembros de la comunidad gitana». Es indudable que el deseo de las autoras es llamar la atención de todas aquellas personas con poder suficiente como para mejorar la calidad de vida de la población gitana.

El Equipo Barañí, sin embargo, se muestra a veces repetitivo en la exposición de su trabajo, lo que no quita que las autoras aporten un valioso elenco de datos y que sus entrevistas, que abarcan muchos sectores de la sociedad, sean interesantes y estén muy logradas.

Otro fallo del libro es la ausencia de índice debido a un error en la edición, lo que dificulta su consulta.

En general, la obra es de fácil lectura y comprensión, es sencilla y amena, y está dirigida a cualquiera que le interesen las vivencias de la población gitana en la sociedad actual. De hecho, su lectura ayuda a aproximarse a la cultura de esta etnia, para muchos desconocida.

EVA GIMBERNAT DÍAZ

ALONSO RIMO, Alberto, *Víctima y sistema penal: las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, 583 páginas

1. INTRODUCCIÓN

El libro que tengo el placer de presentar se corresponde, básicamente, con el contenido de la tesis doctoral leída por Alberto Alonso Rimo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia.

De forma sintética, podría decirse que el libro objeto de este comentario versa sobre la definición, la clasificación y el fundamento de los instrumen-

tos de perseguibilidad privada, albergando este concepto tanto los requisitos o condiciones de perseguibilidad privada (denuncia o querrela previas) como el perdón (denominado en ocasiones condonación o remisión de la ofensa por parte del ofendido o sus representantes legales) y cuyos efectos más visibles son evitar o interrumpir el funcionamiento de la maquinaria judicial penal, obstaculizar o suspender la aplicación de la pena. Sin embargo, un examen reposado permite afirmar que el libro responde a objetivos más ambiciosos, ya que aparte de construir de forma muy convincente una materia de gran relevancia e insuficientemente estudiada –lo que la convierte en una valiosa herramienta de interpretación en manos de teóricos y prácticos del Derecho– constituye una profunda reflexión sobre los peligros y consecuencias que entraña una privatización del Derecho Penal, sobre la relación existente entre la víctima del delito y el *ius puniendi* estatal y, desde una perspectiva más global, una reflexión sobre las relaciones entre individuo o Estado o si se quiere sobre el eterno dilema entre individuo y sociedad.

Los motivos que indujeron a Alonso Rimo a elegir los mecanismos de perseguibilidad privada como objeto de investigación quedan expuestos en la introducción al libro, y obedecen fundamentalmente a la indiferencia que estos mecanismos provocan en la doctrina y en la jurisprudencia, pese a su importancia, habida cuenta de que se trata de un terreno de estudio fronterizo entre el Derecho Penal y el Derecho Procesal, de los efectos que estos mecanismos comportan en tanto pueden poner en entredicho el ejercicio del *ius puniendi*, y de su repercusión en el denominado «fenómeno de renacimiento de la víctima», que, como es sabido, ha acaparado en los últimos tiempos la atención de buena parte de la doctrina penal y con el cual entronca perfectamente el objeto de estudio.

Para desarrollar las líneas de pensamiento hasta aquí esbozadas, el autor proyectó su atención sobre el papel que los requisitos de perseguibilidad privada y el perdón desempeñan en el sistema penal y en el fundamento jurídico que, desde el punto de vista de este último, es posible otorgar a los mismos. Y se empieza por examinar los motivos que han llevado al legislador a adoptar la polémica decisión de conceder a la víctima la facultad de obstaculizar la activación y ulterior desarrollo de la actividad punitiva, hasta el punto de permitirle condicionar la aplicación de la pena ya impuesta mediante sentencia firme y, sobre todo, una vez determinado aquel extremo, los argumentos en pro y en contra sobre si tal proceder puede justificarse en el contexto de un Derecho Penal público como es el nuestro.

A los efectos de desarrollar la labor enunciada y responder a los objetivos marcados, el libro se estructura en tres grandes apartados.

El primero, relativo al estudio del Derecho Comparado, se justifica por el abandono doctrinal en que se ha tenido en nuestro país a la materia objeto de comentario y por las ventajas que el examen de la experiencia jurídica extranjera (en sus vertientes, legislativa, doctrinal y jurisprudencial) puede aportar para la resolución de los conflictos que sobre el particular pueden suscitarse en nuestro ordenamiento. A este respecto, se aborda el análisis de

las diversas manifestaciones de la perseguibilidad privada existentes en los ordenamientos estadounidense, alemán e italiano.

La segunda parte se destina a subrayar la importancia de ciertas premisas elementales de nuestro sistema punitivo (en sus vertientes sustantiva y procesal) para, a partir de ellas, tratar de introducir alguna claridad en el confuso panorama terminológico y conceptual en el que se enclava la materia estudiada. Este cometido se afronta en los capítulos segundo y tercero de la obra, consagrados al examen del concepto jurídico y delimitación de las infracciones no perseguibles de oficio y del perdón, respectivamente.

La tercera y última parte del estudio está dedicada al tratamiento de la fundamentación jurídico penal de la perseguibilidad privada. Para ello, se toma como punto de partida en el capítulo cuarto una necesaria demarcación previa de la esfera delictiva a la que, conforme al Código Penal de 1995, resultan aplicables las distintas formas de persecución mediante solicitud de la víctima de los ilícitos, así como una ordenación de los diversos argumentos manejados por la doctrina, la jurisprudencia y el legislador en relación con el fundamento de los instrumentos analizados, y también de las críticas vertidas a propósito de su vigencia. Sobre estos presupuestos se realiza en los Capítulos quinto, sexto y séptimo un estudio detenido de cada uno de los argumentos justificadores.

2. LAS INFRACCIONES NO PERSEGUIBLES DE OFICIO

Dejando de lado la parte dedicada al Derecho Comparado, el capítulo segundo de la segunda parte se inicia con una serie de planteamientos del autor en torno a si la pervivencia de los mecanismos de perseguibilidad privada y el perdón del ofendido en el Código Penal español suponen una fractura del monopolio estatal del *ius puniendi*, por cuanto la discrecionalidad otorgada a la víctima mediante esta clase de mecanismos abre la puerta a la integración en el proceso de fines ajenos; a si las salvedades a la persecución pública entrañan un peligro de la privatización de la Justicia penal, y a si estas excepciones desembocan en que un elevado número de supuestos delictivos vengan a engrosar la cifra negra de criminalidad.

Los inconvenientes expuestos son tenidos en cuenta por el autor a la hora de abordar la compatibilidad de los instrumentos de perseguibilidad privada con el concepto moderno de Derecho Penal, dentro del cual el *ius puniendi* aparece como una potestad, esencialmente, de naturaleza pública.

Una de las premisas de que parte el autor, y que se repite a lo largo de toda la obra, estriba en desmentir que tenga cabida en el Derecho Penal la protección de intereses privados. En su opinión, el Derecho Penal moderno se define esencialmente por la trascendencia social de sus bienes jurídicos; circunstancia a partir de la cual viene dada la exclusiva titularidad estatal del *ius puniendi* y el carácter también público de los intereses a los que sirve. De modo que todos los bienes jurídicos protegidos penalmente tienen un conte-

nido eminentemente público, con independencia de que sean de titularidad individual.

En consecuencia con lo anteriormente expuesto, la dicotomía de delitos públicos y privados no puede estar referida al contenido del bien jurídico protegido. Tal concepción deviene insostenible desde el momento en que se adopta una concepción moderna del *ius puniendi*, conforme a la cual éste reside únicamente en manos estatales. La referida dicotomía tiene un carácter formal o convencional y se ciñe a las meras facultades de control del ofendido respecto a la intervención punitiva, sin que de aquéllas puedan inferirse implicaciones que remitan al contenido material del bien jurídico protegido de las infracciones denominadas privadas, como sucedía en las versiones originarias de aquella dualidad delictiva. Alonso Rimo insiste en que resulta impropio hablar de delitos privados y prefiere por ello la expresión genérica de *delitos no perseguibles de oficio* o, si se quiere, la de *delitos sólo perseguibles mediante solicitud del ofendido*. De esta manera queda reflejada la peculiaridad que define este tipo de infracciones y las individualiza frente al resto: el otorgamiento de facultades de decisión a la víctima en punto al inicio y a la extinción de la intervención punitiva en tales supuestos.

La legitimación de la presencia de esta clase de infracciones dentro del Código Penal español debe partir de la diferenciación de dos supuestos: por una parte, *el derecho a castigar* que es siempre de titularidad estatal y se ejercita siempre por el Poder Judicial y, por otra, en primer lugar, las facultades de activar mediante la denuncia (en tanto que portadora de la noticia *criminalis*) el funcionamiento de la maquinaria procesal penal (incoación del proceso) y, en segundo, las de acusar penalmente o de constituirse en parte procesal (ejercicio de la acción penal), promoviendo así el ejercicio de aquella potestad punitiva por los órganos jurisdiccionales. La legitimación para ejercitar estos dos últimos aspectos no corresponde de forma privativa al Estado, ya que el Ministerio Fiscal en algunas ocasiones la pierde y traslada el dominio exclusivo de tales prerrogativas al ofendido.

Sobre la base de lo dicho, el autor sostiene que la atribución de facultades de control al ofendido, en relación con el ejercicio del *ius puniendi* estatal, no se enfrenta, en vía de principio, a la naturaleza esencialmente pública del sistema penal en sus vertientes sustantiva y procesal. Ahora bien, esta afirmación no es obvia ni es pacífica y su viabilidad dependerá de la fundamentación jurídica que se asigne a los instrumentos de perseguibilidad privada. Tarea que asume en la tercera parte de la obra.

De la afirmación, según la cual la expresión *delitos privados* se refiere exclusivamente a las facultades del ofendido de control del inicio o extinción de la actividad punitiva, se infiere una segunda matización: y es que no debe llegarse a la conclusión de que estamos ante categorías que limiten sus efectos al ámbito del proceso y que en absoluto incidan en la potestad sustantiva de castigar. En la medida en que pueden evitar el inicio de la actividad punitiva —mediante la omisión de la denuncia o querrela necesarias— o extinguir la misma, si ejercita el perdón —incluso una vez se ha dictado sentencia firme

y hasta el inicio de ejecución de la pena—, le está permitido, en última instancia, condicionar la aplicación del *ius puniendi*. Éste, el *ius puniendi*, sufre una limitación, pero en sentido negativo, por cuanto el agraviado puede vetar su iniciación o incluso cancelarla, mas no le está permitido determinar en un sentido positivo la persecución penal de un hecho, ni tampoco la imposición de una pena en su clase y duración.

3. ESQUEMA CLASIFICATORIO DE LAS INFRACCIONES PENALES DESDE EL PUNTO DE VISTA DE SU PERSEGUIBILIDAD

Una vez admitida la división de las infracciones penales en dos bloques, desde el punto de vista de su perseguibilidad (o de las facultades de control atribuidas a la víctima respecto a la intervención punitiva), aquéllas permiten ser englobadas bajo la denominación genérica de delitos o faltas perseguibles de oficio y delitos o faltas no perseguibles de oficio o también llamadas a instancia de parte. Sin embargo, el autor considera oportuno perfilar el alcance de la expresión «delitos perseguibles a instancia de parte», ya que, dependiendo del alcance que presente la citada expresión, se condiciona el radio de aplicación de los preceptos que la contemplan. Tras analizar los artículos 733.2, 875.2 y 963 LECrim, en los que se recoge aquella expresión, y también los artículos 106 y 275 de la LECrim, en los que se regulan determinadas instituciones que desembocan en la extinción de la intervención penal (la renuncia a la acción y el abandono de querrela) y el acto de conciliación previa para la persecución de los delitos de injurias y calumnias contra particulares (art. 804 LECrim), restringe la repetida referencia legal a los delitos de injurias y calumnias, considerando que, para aludir a la generalidad de supuestos delictivos que escapan a los dictados de la regla de persecución *ex officio*, resulta más apropiado hablar de *infracciones perseguibles mediante solicitud del ofendido*. Hechas estas aclaraciones, procede a realizar una clasificación de las infracciones en función de cual sea su régimen de perseguibilidad, haciendo algunas consideraciones de *lege data* y de *lege ferenda* de especial interés sobre cada una de ellas.

Reserva la denominación de *delitos de instancia privada* a los ilícitos que, necesitando querrela de la víctima o de su representante legal para su persecución, permiten también, una vez incoado el proceso y hasta el momento de la ejecución de la pena (art. 130.4.1 CP), la eficacia del perdón en punto a poner fin a la intervención punitiva. En ellos, el Ministerio Fiscal carece de cualquier capacidad de intervención, corriendo de forma exclusiva el impulso del proceso a expensas de la víctima, que se convierte en una parte procesal necesaria —el acusador privado—, y se dan cita toda una serie de especialidades procesales que se aplican sobre la base del proceso común, de tal suerte que no conforman un proceso completo y autónomo.

Entre las infracciones o delitos de instancia privada y los delitos perseguibles de oficio se encuentran toda una serie de categorías intermedias

que implican una pérdida de trascendencia gradual de las repetidas competencias decisorias del sujeto pasivo sobre el derecho a penar. Se trata de las *Infracciones semiprivadas*, las *Infracciones semipúblicas* y las *infracciones cuasipúblicas*. En este marco encaja un grupo de supuestos en que es precisa la denuncia de la víctima o de su representante legal, a efectos de iniciación de la persecución, y contemplan la intervención del Ministerio Fiscal al que, si bien no le está permitido incoar de *motu proprio* el proceso, una vez verificado aquel requisito por el agraviado, pasa a asumir la posición de parte, como si de un delito perseguible de oficio se tratara. Son «infracciones híbridas» que han restado protagonismo a los denominados delitos privados.

El autor, acogiendo la propuesta terminológica de Medina Crespo (en su obra *Las nuevas figuras de imprudencia punible y el perdón*. Madrid, 1989), denomina *infracciones semiprivadas* a aquellas en las que, una vez interpuesta por la víctima la preceptiva denuncia previa que abre paso a la intervención del Fiscal, se le concede todavía la posibilidad de determinar la extinción de la intervención penal a través del ejercicio de la facultad remisorria recogida en el artículo 130.4 del Código Penal. Reserva el nombre de *infracciones semipúblicas* para los delitos que restringen las facultades decisorias del agraviado, sobre la actuación punitiva, al condicionamiento de su comienzo y niegan, por tanto, cualquier trascendencia al perdón. En ambas clases de infracciones la denuncia comporta una autorización del ofendido para que se proceda a la persecución penal. Especialmente interesante es la reflexión del autor sobre la posibilidad de que concurra en estos supuestos la acusación popular. A su juicio, carece de sentido permitir el ejercicio de la acción popular, por cuanto puede significar un vaciamiento de contenido de las prerrogativas decisorias del agraviado; y solamente lo encuentra justificable si se garantiza al mismo tiempo la permanencia en manos de sujeto pasivo del delito del poder obstativo (previo al inicio del proceso). Es decir, se trata de que la acción penal, ejercitada por cualquier ciudadano en estas hipótesis, quede supeditada a la renuncia previa del ofendido a bloquear la incoación del proceso, lo cual sucede cuando aquél interpone la denuncia necesaria.

Por último, destaca una cuarta modalidad acaparadora de gran protagonismo en el Código Penal de 1995 que denomina *Infracciones cuasipúblicas*. Se trata de aquellos delitos en los que la potestad decisoria de la víctima se yuxtapone, de forma paralela y no subsidiaria, a la posible iniciativa del Fiscal (persistiendo igualmente tal oportunidad de supervisión pública, a cargo del Juez o del Fiscal, respecto de la actividad punitiva en aquellos supuestos cuasipúblicos en los que cabe ejercitar el perdón —que debido a tal peculiaridad se pueden denominar modalidades de infracciones cuasipúblicas impropias—).

Ahora bien, el autor señala que a diferencia de lo que ocurre con las infracciones perseguibles de oficio y también con las denominadas semipúblicas o semiprivadas, una vez liberado el óbice de perseguibilidad por parte del agraviado, la participación del órgano de acusación pública no queda

sometida en este contexto a las exigencias del principio de legalidad procesal. Es decir, en lo que aquí importa, le está permitido sustraerse al carácter obligatorio de la acción penal consagrado en los artículos 105 y 271 LECrim, y aun cuando los hechos revistan caracteres de delito. La intervención del Fiscal, pues, está conformada en clave potestativa, pero no se trata de dar entrada propiamente a una manifestación del principio de oportunidad procesal sin más. A lo sumo, el autor entiende que se trata de una facultad especialmente reglada y ello porque la misma estará condicionada no sólo a los concretos delitos en los que es factible, sino también en cuanto a las estrictas pautas orientadoras de la intervención pública en esta esfera, que variarán en función de cual sea la *ratio legis* de las limitaciones a la persecución de oficio en el caso concreto.

En el marco de infracciones cuasipúblicas, las más representativas son los atentados contra la libertad sexual. Pero igualmente se recogen una serie de infracciones como el descubrimiento y revelación de secretos (art. 197 y ss. del Código Penal), los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial (arts. 270 y ss.), los delitos relativos al mercado y consumidores (arts. 278 y ss.) o los delitos societarios (arts. 290 y ss.). También admiten ser incluidas en esta sede determinadas medidas de amortiguamiento de la voluntad del sujeto pasivo, en relación con el control de persecución penal que ha introducido cierta iniciativa pública en numerosas infracciones no perseguibles de oficio cuando la persona agraviada sea menor de edad, incapaz o desvalida.

Los delitos sexuales constituyen infracciones en las que el esquema de perseguibilidad cuasipúblico se pone de relieve de forma más clara. Así, en el artículo 191 del Código Penal, tras consignarse la preceptiva denuncia del agraviado, a efectos de perseguir determinadas conductas incriminadas en dicho título, se prevé la opción de la intervención paralela —no subsidiaria— del órgano de acusación público. Tal potestad se concibe de modo facultativo, añadiéndose en este caso una mención atinente a las pautas que deben presidir la actuación valorativa del Ministerio Fiscal a este respecto: la ponderación de «los legítimos intereses en presencia».

Como el legislador no dice nada sobre los términos en que ha de realizarse la repetida ponderación o, si se quiere, sobre cuáles son esos «legítimos intereses en presencia» que constituyen el objeto de la misma, resulta ineludible, en opinión del autor, la remisión a un parámetro hermenéutico crucial: el fundamento de las instituciones, que centrarán su atención en la última parte del trabajo. A partir de esta base, en la parte tercera de la obra se expone una interpretación de la cláusula del artículo 191 que en absoluto resulta compatible con una caracterización lata de la intervención pública en estos pagos (concebida a modo de una manifestación genérica del principio de oportunidad), que es la que parece satisfacer a la mayoría doctrinal. Tampoco será posible en consecuencia que el Fiscal active el proceso sin mayor sujeción que a su prudente arbitrio o a una genérica valoración de los intereses de la víctima frente a los intereses generales inherentes a la persecución penal del caso, pues si así fuere se correría el riesgo de vaciar completamente

de contenido las facultades de control del ofendido sobre la facultad punitiva y de defraudar por esta vía la *ratio essendi* de las mismas. El respeto a este aspecto conduce a mantener una concepción restringida de la potestad del Ministerio público para poner en marcha la maquinaria judicial penal, que habrá de amoldarse de forma más específica a procurar una adecuación de la utilización de los mecanismos de perseguibilidad privada y su fundamento.

Otras hipótesis de *delitos cuasipúblicos* destacadas por el autor son las contenidas en los artículos 201.2, 287.2 y 296.2 del Código Penal. En efecto, de la mano del Código Penal de 1995 aparecen una serie de infracciones que, tras contemplar el requisito de la denuncia previa para su persecución y también en alguna ocasión la trascendencia del perdón, incorporan una cláusula hasta el momento desconocida en el ordenamiento penal español que viene a condicionar la eficacia de los antedichos institutos. Se trata de la disposición que dice: «no será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas».

El autor establece un paralelismo entre estas hipótesis y los denominados en el Derecho Penal alemán *Antragsdelikte* relativos y las figuras homólogas del Derecho Penal italiano. Su interpretación de las cláusulas, contraria a la que mayoritariamente suele hacerse de las mismas por la doctrina, queda expuesta en la tercera parte de la obra recurriendo nuevamente al parámetro hermenéutico de la fundamentación que otorga a los mecanismos de perseguibilidad privada (la tutela de los derechos fundamentales del ofendido y la consecución de la reparación de la víctima). No obstante, de *lege ferenda* propone que debería procederse a una reformulación de aquellos preceptos, habida cuenta de su desafortunada redacción legal, a fin de dejar resueltos los problemas de interpretación que concitan y la consiguiente inseguridad jurídica que de ellos deriva.

4. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DEL PERDÓN DEL OFENDIDO

En el capítulo tercero de la segunda parte de la obra el autor analiza la figura del perdón. En primer lugar, procede a buscar un concepto «aséptico» del mismo en un intento de deslindar la concepción jurídica del perdón de otras que no lo son. Un concepto de «perdón» en el que no tengan cabida connotaciones altruistas vinculadas a la noción moral del término, de tal forma que la presencia de una actitud interna (relacionada con el sentimiento de superación del resentimiento) no pueda condicionar la eficacia de aquel instituto en el mundo del Derecho. Comienza el capítulo con un paréntesis aclaratorio para deslindar Derecho y moral. Esta aclaración resulta a mi modo de ver especialmente necesaria, dada la tendencia actual, claramente incompatible con una noción moderna del Derecho Penal, de atribuirle a éste una finalidad moralizadora de las relaciones sociales. Finalidades que escapan a su cometido, ya que excede de sus fines (que se agotan en el logro de

una coexistencia ordenada) e incompatible con sus medios (la moral o virtud no puede imponerse coactivamente).

Seguidamente, ofrece una versión jurídica del perdón del ofendido que viene determinado básicamente por la existencia de una voluntad de la víctima dirigida a la extinción de la intervención punitiva, la cual deberá estar acompañada, además, por los requisitos que, para que aquella figura pueda desplegar su eficacia jurídica, exigen la Ley y la finalidad que desde el punto de vista penal justifica su existencia. La función que, según se defiende, cumple el perdón en el texto no se cifra en la promoción de las buenas relaciones sociales, en una finalidad jurídico moral que apunte al favorecimiento de buenas voluntades. Desde el momento en que no se puede admitir el deslizamiento de valores morales en el ámbito del Derecho Penal, tampoco es posible que sea un fundamento ético social el que autorice la rotunda interceptación de la actividad punitiva que comporta el perdón. De lo contrario, en opinión del autor, estaremos acercándonos peligrosamente a una concepción del perdón como sistema de salvación personal y asistiríamos en consecuencia a una difuminación de las fronteras entre Derecho Penal y Moral (o Moral-virtud).

5. DISTINCIÓN DEL PERDÓN DE OTRAS FIGURAS JURÍDICAS AFINES

El profesor Alonso Rimo continúa abordando en el capítulo tercero un estudio comparativo de las distintas instituciones contiguas a la figura del perdón del ofendido, que sirve para delimitar unas de otro. El autor procede a individualizar los límites morfológicos del perdón, en relación con una constelación de mecanismos operativos en los ordenamientos penal y procesal españoles que, cifrándose, bien en formas prematuras de agotar el proceso, bien en instrumentos que tienden en general a evitar o a poner fin a la intervención penal, constituyen, en todo caso, manifestaciones de la voluntad del sujeto pasivo portadoras de cierta eficacia en el orden punitivo.

En referencia a las distintas instituciones jurídicas que precisan ser demarcadas del perdón, para el autor, reviste especial interés la *renuncia a la acción penal* (art. 106 LECrim). En este sentido, denuncia la oscuridad que predomina, particularmente en la doctrina, a la hora de delinear la separación entre uno y otro instituto, de tal forma que la mayor parte de las veces se confunden o se les otorga un significado sinónimo. Se trata de figuras que presentan facetas contiguas y en ocasiones coincidentes y que parecen sugerir *prima facie* la expresión de una misma voluntad por el sujeto que las ejerce: la de detener la maquinaria penal puesta en marcha. Sin embargo, resalta que conceptualmente se trata de cosas distintas: la renuncia representa la simple expresión de la voluntad del renunciante de abdicar del derecho de constituirse en parte del proceso (haya sido éste incoado o no). Por el contrario, el perdón manifiesta una decisión de mayor trascendencia que apunta a paralizar la intervención punitiva ya iniciada. Sobre estos presupuestos, señala las divergencias entre ambas figuras: a) el diferente ámbito

de aplicación de cada una de ellas, por cuanto el perdón sólo puede ejercitarse en conexión con un número tasado de delitos, mientras que la renuncia a la acción penal cabe ejercitarla en relación con la generalidad de las infracciones; *b*) la calidad de los efectos que ambas instituciones despliegan (los del perdón son siempre de carácter extintivo), y *c*), en el diferente espacio cronológico en los que cada uno de los institutos adquiere virtualidad. Ambas instituciones tienden a solaparse en los concretos delitos de calumnias e injurias contra particulares, en su fase procesal declarativa, pero, en opinión del autor, ni siquiera en tales hipótesis puede hablarse de instituciones equivalentes, dado que el perdón podrá seguir siendo ejercitado una vez dictada sentencia firme y tal eventualidad –como es obvio, ya que no existe acción penal sobre la que proyectar la renuncia– no cabe en el segundo caso.

Otro punto de divergencia, advierte el autor, entre una institución y otra son los distintos requisitos que se suelen exigir en el ámbito doctrinal y jurisprudencial para el eficaz ejercicio de las mismas. En este orden de cosas, alude a la homologación judicial requerida para sancionar validamente el perdón aducido por el representante legal del menor o incapaz agraviado por el delito, requisito que no es exigible para la renuncia de la acción penal ejercitada en idéntico supuesto y circunstancias. No se encuentra en la LECrim una disposición homónima a la que se consigna en el Código Penal a propósito de la necesidad de aprobación judicial en dichas clases de hipótesis. Dicha medida de control que se explicita expresamente en el Código Penal para el perdón sería deseable encontrara, desde una perspectiva de *lege ferenda*, también reflejo en la Ley procesal, por lo que hace a la renuncia.

Por similares razones que se apuntaron en párrafos anteriores y sobre la base de idénticos criterios diferenciales, traza Alonso Rimo la separación entre el perdón con la *renuncia tácita a la acción penal* (art. 112.2 LECrim) y asimismo con el *abandono de querrela* (art. 275 y 276 LECrim), ya que esta última modalidad, al igual que la hipótesis del artículo 110.1 LECrim constituyen modalidades de renuncia tácita a la acción penal.

También se ha sostenido en algunas ocasiones la *equivalencia entre la no interposición de la querrela o denuncia* y la figura de perdón de la víctima, razón por la cual el autor asume la empresa de diferenciarlas. Para tal fin, parte el autor del distinto espacio cronológico en que una y otra pueden adquirir virtualidad y hace reparar en el período de eficacia del perdón, cuyo límite inicial se ubica en el comienzo del proceso. Por el contrario, la eficacia de la omisión de la querrela o denuncia va a ser sólo posible, por razones obvias, con anterioridad a dicho momento. A ello cabría añadir que, frente a los efectos extintivos que provoca el perdón, la omisión de la instancia no entraña de suyo tal eficacia. Si algo provoca la definitiva cancelación de la instancia no es la falta de actuación de parte, sino el concurso con otros mecanismos jurídicos que se activan con ayuda de dicha inactividad prolongada, pero como consecuencia del lapso del tiempo (transcurrido?). En este sentido, y por lo que se refiere al ordenamiento jurídico español, destaca el instituto de la prescripción.

La avenencia conciliatoria resultante del *Acto de conciliación*, preceptiva para los delitos perseguibles a instancia de parte (art. 278 LECrim), se opone al perdón del ofendido por la bilateralidad y por la fase preprocesal en que suele adquirir vigencia. Los criterios sostenidos por el autor impiden la equiparación de ambos extremos, que a menudo se encuentra en la doctrina, y que implica vaciar de contenido y eficacia al trámite conciliatorio previsto legalmente para las referidas infracciones. Alonso Rimo señala, no obstante, que los problemas que se plantean con el instituto del perdón tienen que ver más con la avenencia que se puede plantear o alcanzar durante el acto de conciliación que con el referido acto en sí mismo considerado.

El carácter relativamente reciente de la materia, unido a su origen y al exceso de timidez que ha caracterizado en nuestro país al desarrollo de los sistemas de *mediación víctima /delincuente y reparación del daño* –prevista únicamente en la legislación penal de menores–, obliga al autor a trazar de manera previa un sucinto análisis de la cuestión, desde una perspectiva *ius comparatista*.

Al respecto, destaca cómo durante las últimas décadas asistimos en el panorama jurídico penal internacional a un vertiginoso desarrollo de los sistemas de mediación entre víctima y delincuente, así como a la reparación de los daños causados a esta última y cómo van tomando acomodo en las legislaciones punitivas de numerosos ordenamientos jurídicos. Semejante fenómeno hunde sus raíces en el movimiento de derechos de la víctima (*The Victims Rights Movement*) iniciado en Estados Unidos a mediados de los años setenta y, tras recibir su impulso inicial en dicho país, pasa a convertirse diez años más tarde en uno de los principales objetos de interés científico de los países de nuestro entorno jurídico cultural. En el seno de este movimiento, que centra su atención en los intereses y necesidades del ofendido por el delito, se agrupan tendencias diversas: desde las corrientes abolicionistas, que plantean la mediación como solución alternativa de la justicia tradicional, hasta aquellos que conciben los mecanismos de composición de víctima-delincuente y la reparación de daños desde dentro del sistema legal vigente. Así, se ha hablado de la mediación como la vía penal del siglo XXI o de la reparación de daño como la tercera vía del Derecho Penal junto a la pena y las medidas de seguridad.

El principal cauce de articulación de esta serie de medidas se apoya, con carácter general, en la realización de concesiones al principio de oportunidad en detrimento del de legalidad. En concreto, se atribuyen facultades al Juez o fiscal que les permite archivar la causa o el proceso y suspender el fallo en el primer supuesto o prescindir de la acusación en el segundo. Éste es el caso, por ejemplo, en Alemania del § 153, b.1 y 2 StPO en relación con el § 46.^a del StBG, del §153.a del StPO. Dichas prácticas tendrán lugar normalmente en fases prejudiciales o correspondientes al inicio del proceso, si bien se prevé asimismo la posibilidad de llevarlas a cabo en momentos más tardíos, como en la sentencia o una vez ejecutada la pena. Si bien estas tendencias afectan al ámbito de la justicia de menores, empiezan a adquirir carta de naturaleza en la criminalidad de adultos.

Sin embargo, el autor quiere hacer algunas precisiones sobre el concepto de *reparación*. En rigor, la misma ha sido concebida como circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal, como condición o criterio valorativo en punto a la concesión de beneficios penales y, en estos últimos tiempos, como sanción penal autónoma. Precisamente, es esta última modalidad la de la reparación como sustitutivo de la pena clásica, por cuanto despliega un efecto cancelador de la intervención penal, la que presenta cierta cercanía con el instituto del perdón. Por ello, deslinda las diferentes figuras de *reparación*, de la *reconciliación* (que es la supresión o atenuación de la hostilidad existente entre ambos sujetos que por regla general se alcanzará a través de sistemas de mediación o conciliación víctima/delincuente, y que acabará concretándose algunas veces en alguna forma de reparación). En suma, la mediación aparecerá normalmente como mecanismo para lograr la repetida reparación. O, más concretamente, el acuerdo entre las partes. Ahora bien en algunas ocasiones se reserva al Tribunal o a la Fiscalía la facultad de ordenar el acuerdo o simplemente de ordenar de forma unilateral su reparación y contenido. Sentado lo anterior, las diferencias se concretan en la relatividad que, frente a lo que sucede en el perdón, suele tener la capacidad decisoria de la víctima en orden a la resolución de la intervención punitiva. Ello ocurre fundamentalmente en atención, de un lado, al control jurisdiccional que, con mayor o menor intensidad, acostumbra a superponerse legalmente a la eficacia del acuerdo reparador resultante de tales prácticas y, de otra, a partir de la bilateralidad consustancial a la referida composición, cualidad que resulta inherente a la idea de mediación.

En referencia a la separación entre el perdón, de un lado, y la *remisión condicional* (art. 86 del Código Penal) y el *indulto*, de otro, las diferencias quedan establecidas en orden al fundamento, efectos y legitimación para ejercerlos, por lo que insiste en la improcedencia de conectar unas y otras figuras en atención a la relevancia concedida al sujeto pasivo para determinar la concesión de tales beneficios en los delitos no perseguibles de oficio (en el caso de la remisión condicional) o de los delitos estrictamente privados (en el indulto). Tales prerrogativas del ofendido resultan para el autor anacrónicas y son una reminiscencia de una vetusta concepción que eleva a la víctima en el contexto de las infracciones privadas al rango de absoluta señora feudal del proceso y con carácter general del sistema de la Administración de Justicia. En su opinión, pugnan con los principios informadores básicos del Derecho Penal y no entiende que el privilegio atribuido a la víctima en materia de indulto y en sede de suspensión de la ejecución de la pena permanezcan anclados en nuestra regulación legal.

El *consentimiento* del titular del bien jurídico, en cuanto aceptación por el sujeto pasivo, en determinadas condiciones, de la realización de una conducta que de otro modo sería delictiva, también ha planteado problemas de delimitación con la figura del perdón. Algunos autores han establecido su cercanía –erróneamente, como se encargará el autor de demostrar en la tercera parte de la obra– sobre la base de un paralelismo entre el fundamento de ambos fenómenos (paralelismo entre bienes jurídicos disponibles y bienes

jurídicos privados). El autor establece las diferencias en la forma (necesariamente expresa en el perdón) y en el momento en que deben ser otorgados para adquirir relevancia (anterior o simultáneamente a la realización del hecho en el consentimiento y siempre con posterioridad en el caso del perdón). Esta última nota temporal, discordante en ambas figuras, reverbera en el campo de los efectos. Mientras el consentimiento enerva el nacimiento de la responsabilidad criminal, al quedar excluida la tipicidad o la antijuridicidad de la conducta, el perdón en nada afecta al origen de la responsabilidad criminal.

Deslindados los diversos significados que se aglutinan bajo el término perdón, puesta de manifiesto la necesidad de operar con un concepto autónomo de aquellos no jurídicos, y demarcados dentro del sistema penal los contornos con otras instituciones, define el perdón como el acto jurídico consistente en una declaración de voluntad, a través de la cual hace uso la víctima del delito o su representante legal de la facultad que le viene conferida por el ordenamiento penal para que, en relación con determinadas infracciones y bajo la observancia de determinados requisitos, pueda poner fin a la intervención punitiva por ella misma excitada

6. APROXIMACIÓN AL FUNDAMENTO DE LAS EXCEPCIONES A LA PERSEGUIBILIDAD DE OFICIO

Como ya hemos adelantado al comienzo de este comentario, la Tercera parte de la obra está destinada a exponer las razones que justifican la concesión de eficacia vinculante a la voluntad de la víctima con respecto a la persecución penal de los delitos. El autor aborda la tarea propuesta analizando el conjunto de supuestos delictivos para los cuales se permite la eficacia de los instrumentos de persecuibilidad privada.

Una vez repasado el catálogo de delitos que constituyen una excepción a la persecución de oficio, el autor destaca cómo en el nuevo Código Penal más de medio centenar de tipos penales ofrecen aquella configuración, a pesar de los múltiples reproches que tradicionalmente viene cosechando la utilización de esta clase de instrumentos en el orden penal. En términos globales, en el vigente Código Penal se produce un incremento de la perseguibilidad privada con respecto a la regulación anterior, por cuanto además de ampliarse con carácter general el número de tipos penales sobre los que aquélla se proyecta, incide también en ámbitos como los de la delincuencia económica o de los delitos contra la intimidad, que hasta la fecha habían estado sometidos a la persecución de oficio.

Advertida la tendencia expansiva en el derecho positivo de las infracciones no perseguibles de oficio, también llama la atención sobre una progresiva «publicación» de los mismos –lo que comporta que las facultades de decisión de la víctima se vean supervisadas–, como se aprecia que, incrementándose el número de delitos precisados de la autorización de la víctima para que se active la persecución penal, carece aquélla, una vez iniciado el

proceso, de cualquier posibilidad de influir sobre el mismo, por lo que la operatividad del perdón no experimenta un impulso paralelo

También llama la atención sobre cómo la utilización de mecanismos de perseguibilidad privada es un instrumento bastante común en lo que se refiere tanto al nacimiento como al ocaso de figuras delictivas. Dicha afirmación cobra sentido si se repara en que es un hecho frecuente que conductas que terminan siendo destipificadas han tenido en su fase previa un régimen de perseguibilidad privada y, asimismo, en sentido inverso, infracciones de nuevo cuño inauguran su vigencia acompañadas de tales instrumentos limitadores de su aplicación.

Respecto al fundamento de estos institutos el autor destaca su carácter heterogéneo. Obviamente, sabemos que en su origen están ligados a una concepción privatista del Derecho Penal, que atribuía una posición preeminente a la víctima, tanto en la persecución de los delitos como en el proceso y en el sistema penal en general. Pero, a medida que va asentándose una concepción moderna del Estado y éste empieza asumir y a monopolizar el *ius puniendi* estatal, los instrumentos de perseguibilidad privada no desaparecen, sino que varía su fundamentación y su subsistencia legal aparece conectada a otro tipo de razones más acordes con la nueva concepción del Derecho Penal. El autor, tras analizar los argumentos fundamentadores, referidos a los mecanismos de perseguibilidad privada en relación con los tipos delictivos concretos (destacan por su novedad las reflexiones que realiza respecto a los delitos contra el mercado y los consumidores) y advertida la gran variedad y disparidad de opiniones que han sido vertidas para explicar la fundamentación de la perseguibilidad privada, reduce todos los criterios justificativos a tres categorías que serán analizadas y criticadas en los siguientes capítulos.

La primera obedece a motivaciones de política criminal y constituye, sin duda, la de superior importancia por el número de tesis que abarca y por la frecuencia con que la mayoría de estas son invocadas. Aquí se engloba la teoría del interés prevalente, la idea de descriminalización –en tanto que reducción de la aplicación del Derecho Penal y descongestión de la Administración de Justicia– y el objetivo de la consecución de la reparación del perjuicio ocasionado a la víctima.

En la segunda categoría sitúa los razonamientos que pueden ser calificados como dogmáticos por discurrir sobre el objeto de protección del delito (su carácter privado, eminentemente personal, disponible y susceptible de valoración subjetiva en cuanto a su lesión por parte de la víctima).

Finalmente, en una tercera clase se agrupan las consideraciones de tipo pragmático, que el autor considera de menor relevancia, y que pretenden asentar el fenómeno de la perseguibilidad privada sobre el acercamiento que a través del mismo se logra entre la regulación legal y la praxis judicial.

En opinión del autor la sincronía más o menos generalizada en la alegación de tales criterios por parte de la doctrina y la jurisprudencia no garantiza la validez de los mismos en orden a justificar la vigencia penal de las limitaciones del ejercicio del *ius puniendi* del Estado. Es por ello que realiza un análisis detenido de cada una de aquellas argumentaciones.

7. LA PROTECCIÓN PREVALENTE DE LOS INTERESES DE LA VÍCTIMA COMO ARGUMENTO FUNDAMENTADOR DE LOS INSTRUMENTOS DE PERSEGUIBILIDAD PRIVADA

Dentro de las tesis político-criminales destaca la *tesis de la protección prevalente de los intereses de la víctima*, como argumento fundamentador de los instrumentos de perseguibilidad privada. Bajo este título consienten ser englobadas todas aquellas posturas que construyen la existencia de dichos institutos sobre la base de la presencia de determinados valores o intereses del ofendido que merecen ser protegidos de forma preeminente frente a los intereses generales derivados de la persecución y castigo de cualquier infracción penal. La actuación de la justicia en estos casos puede incrementar el mal causado al sujeto pasivo del delito y de ahí que se deje en sus manos la decisión sobre el inicio y, en ocasiones, también la extinción de la intervención punitiva.

El uso de las instituciones en examen se extiende originariamente a los delitos sexuales y a las infracciones contra el honor y últimamente a otras especies delictivas, como el abandono de familia, el descubrimiento y revelación de secretos y el delito de reproducción asistida sin consentimiento. Por lo que respecta al primer orden de infracciones, el sometimiento de la persecución penal a la voluntad del ofendido se hallaba dirigido al amparo de la honra de la víctima y la familia. El apartamiento del régimen general de la perseguibilidad privada contribuía a evitar el *strepitus fori* desencadenante de aquellos valores a través de la paralización de la intervención penal y del proceso. Como es sabido, la evolución del objeto de protección de la perseguibilidad privada en la criminalidad sexual vendrá marcada por una visión más moderna e igualitaria de la posición de la mujer en la sociedad y, asimismo, como consecuencia de lo anterior, por la evolución de las concepciones sexuales, lo que repercute en el objeto de protección de los institutos derogatorios de la persecución de oficio, que deja de ser el honor y la reputación sexual del ofendido o de su familia para pasar a cifrarse, básicamente, en la intimidad y en el bienestar psicológico del primero.

De idéntica factura es la fundamentación de los institutos en examen en los delitos contra el honor, pues contribuyen a evitar que el valor tutelado por el delito en cuestión pueda ser nuevamente lesionado a través del proceso. Articulan la justificación de la preterición de los mecanismos de persecución de oficio sobre la base de evitar el doble ataque al bien jurídico, el primero procedente del delito y, el segundo, de la publicidad inherente al proceso.

Últimamente también ha sido apuntado que el recurso a estos mecanismos contribuye a fomentar la reconciliación en el entorno familiar, fundamentalmente cuando se trata de un delito contra la libertad sexual en dicho ámbito. La idea de reconciliación vinculada a un interés personal de la víctima de la reconstrucción de su relación familiar, en cuya esfera, contempladas las cosas desde la perspectiva de dicho interés, la celebración de un proceso penal o la amenaza de ejecución de una pena privativa de libertad representa un elemento gravemente perturbador.

Las reflexiones del autor sobre cada uno de los argumentos expuestos son agudas e incisivas y muestran un enérgico rechazo a colar en el Derecho Penal, por la vía de estos mecanismos, la tutela de valores como el perdón, o de sentimientos benefactores, en general, pertenecientes a la moral, y en el que tampoco pueden tener cabida planteamientos como los señalados en el párrafo anterior que encierran un concepto de familia como coto privado e inaccesible frente a la protección estatal. El reconocimiento de intereses anudados a la reconciliación y la paz familiar sólo guían la decisión del legislador español para excluir la responsabilidad criminal de sujetos que atentan contra la propiedad de sus familiares, a través de la excusa absolutoria de parentesco del artículo 268 del Código Penal y de la previsión de la legislación procesal relativa a la imposibilidad de ejercitar acciones penales entre parientes salvo cuando se trata de delitos o faltas cometidos por los unos contra las personas de los otros (art. 103 LECrim). Pero incluso la expresa previsión de estas disposiciones plantean dudas al autor, habida cuenta su incompatibilidad con la existencia de la circunstancia agravante de responsabilidad criminal relativa al abuso de confianza (art. 22.6 del Código Penal).

Igualmente, Alonso Rimo descarta la idea de buscar el fundamento a la limitación de la perseguibilidad pública en razones de raíz individual basadas en la convicción de que debe evitarse un entrometimiento excesivo por parte del Estado en la esfera personal del individuo porque tales planteamientos conducen a una configuración privada del objeto de protección penal y, por consiguiente, a la privatización del Derecho Penal. Coincide con la mayoría de la doctrina en que en los delitos analizados existe un conflicto de intereses. Pero la confrontación no se da en términos de intereses públicos *versus* intereses privados. Partiendo de la irrefutable premisa de que el Derecho Penal se define esencialmente por la trascendencia social de sus bienes jurídicos y el carácter público de los fines a los que sirve, la referida tensión, entiende el autor, aparece representada por intereses que son, en todo caso, de naturaleza pública: la necesidad de protección de los intereses de la víctima de un lado (intimidación, bienestar psicológico) y la finalidad preventiva del castigo penal, de otro. Cuestión distinta es que sobre la base de la presencia de tal colisión se le dé preeminencia a uno de los extremos en liza frente al otro.

La justificación de la prevalencia del primer término del conflicto sobre el segundo la extrae el autor de la fundamentación del propio Derecho Penal, donde, en su opinión, subyace una problemática similar a la que plantea la perseguibilidad privada y que es reconducible en última instancia a la antinomia individuo-sociedad. Para ello asume un planteamiento sobre la potestad punitiva –y sobre los fines de la pena– que supera la perspectiva unilateral (centrada en el ofensor) que suele dominar de forma absoluta a este respecto, para integrar también la víctima dentro del objeto de protección del Derecho Penal. Esto último constituye una exigencia derivada del marco político que consagra nuestra Norma fundamental (art. 1), en donde debe encontrar acomodo también la figura del sujeto pasivo en cuanto persona o ciudadano cuya dignidad y derechos inviolables –en igual medida

que los del delincuente– constituyen el fundamento del orden político y la paz social. La posición asumida por el autor no entra en contradicción con la naturaleza esencialmente pública del Derecho Penal. Al contrario, se enclava en una concepción garantista del ordenamiento jurídico penal de inspiración liberal a la que resulta esencial la protección de valores individuales (que no privados) entre los que se incluyen también, además de los del reo, los derechos fundamentales de la víctima. De cuanto antecede el autor concluye que la eficacia de los institutos de perseguibilidad privada constituyen una exigencia de la importante base garantista sobre las que se asienta nuestro Derecho Penal, contemplada aquella más concretamente desde el principio de humanidad en cuanto límite al ejercicio del *ius puniendi* desde un punto de vista integrador de la figura de la víctima. La esencia del aludido principio puede concretarse en la dignidad de la persona (también, pues, del ofendido) como valor supremo inviolable que no admite, por consiguiente, ser objeto de compensación, ni siquiera frente a necesidades colectivas y utilitarias (preventivas). Es a este pensamiento y no a otro al que obedece la protección prevalente de los intereses de la víctima por medio de la perseguibilidad privada.

Ahora bien, que la vigencia de estos instrumentos pueda estar justificada penalmente no significa a juicio del autor que constituyan un expediente óptimo, desde una valoración global de *lege ferenda*. Por un lado, los mecanismos de perseguibilidad privada –fundamentalmente en sus versiones más puras como son las infracciones privadas, semiprivadas y semipúblicas– se revelan insatisfactorios desde el punto de vista de los fines de la pena y de otros principios rectores del ordenamiento jurídico penal como los de seguridad jurídica e igualdad. De otro, tales excepciones a la persecución de oficio suelen estar acompañada de determinados factores (riesgos de amenazas, componendas económicas interpartes, etc.), que, en un plano pragmático, permiten cuestionar su plausibilidad para la tutela de los derechos de la víctima. Es, por ello, que el último apartado del Capítulo quinto se dedica a analizar el problema del control del ámbito motivacional del ofendido y a proponer determinadas alternativas a la perseguibilidad privada.

8. ALTERNATIVAS A LA PERSEGUIBILIDAD PRIVADA

Para evitar una parte de los inconvenientes que se predicán de las figuras que analizamos, como primera alternativa, sostiene el autor que de *lege ferenda* sería deseable la extensión de la categoría de los delitos cuasipúblicos a todas las hipótesis que se sustraen a la regla general de persecución de oficio, a fin de reducir el riesgo de desvirtuación de las mismas desde el prisma de su fundamento. Esta categoría de delitos, permitiendo la posible intervención del Fiscal, pueden, además de contribuir a evitar la prevalencia de eventuales voluntades viciadas de las víctimas, paliar en cierta medida la utilización espuria de los referidos mecanismos, bien entendido que en esta clase de delitos la función del Ministerio público se agota en un juicio de

adecuación de los mecanismo de perseguibilidad privada en orden a su fundamento. De no restringirse en los términos antedichos, la virtualidad de la intervención pública y concederle por el contrario un margen más amplio en su actuación, se corre el riesgo de frustrar la función de la perseguibilidad privada y con ello la defraudación de su fundamentación penal.

Para explicar las ventajas de su propuesta toma como referencia la opción seguida por el legislador en la configuración de los atentados contra la libertad sexual (art. 191 del Código Penal) y, asimismo, en los delitos de descubrimiento y revelación de secretos (art. 201.2 del Código Penal), aunque en estos últimos con una fórmula poco afortunada. Concretamente, en las infracciones sexuales afectadas por el artículo 191 del Código Penal, la iniciativa pública debe quedar restringida a los supuestos en que se detecten factores que vicien la voluntad del agraviado – pongamos por caso por la presión ejercida sobre él por parte del agresor o su familia– y a aquellos otros en los que la renuncia a la intervención punitiva de la víctima no obedezca a la tutela de determinados derechos fundamentales de la misma (intimididad o bienestar psicológico) sino a otros motivos (dinerarios principalmente) que se aparten de la repetida finalidad garantista. También está justificada la intervención pública, en los casos en que el ofendido queriendo hacerlo carezca en la práctica, por las razones que sean, de la oportunidad de impulsar la maquinaria judicial penal. Son todas estas hipótesis específicas, a juicio del autor, en las que dejar en las manos del sujeto pasivo del delito la decisión sobre el destino de la intervención punitiva serviría a razones ajenas a la función de garantía que, como queda claramente expuesto en el texto, puede explicar el sacrificio de los fines preventivos del castigo penal. De ahí que la ponderación de los legítimos intereses a los que se refiere el artículo 191 del Código Penal ha de estar referida en última instancia a la valoración que deba hacer el Fiscal sobre si el uso de la perseguibilidad privada responde en el caso concreto a la salvaguarda de los intereses fundamentales del ofendido.

El mismo razonamiento lo extiende a los supuestos que adquieren una morfología cuasipública. Supuestos de víctimas menores, incapaces o desvalidas (en relación estrictamente con el aludido círculo delictivo) y, asimismo, para los delitos de descubrimiento y revelación de secretos. A propósito de estos últimos se mantiene que la intervención del Ministerio Fiscal será factible tanto para iniciar el proceso como para su continuación a pesar de haber sido otorgado el perdón cuando concurren circunstancias similares a las que se han expuesto en referencia a la cláusula del artículo 191 del Código Penal, a las que añade el supuesto que se da cuando la lesión se cometa de tal forma que pase desapercibida para el sujeto pasivo de la infracción.

Pero por las mismas razones esgrimidas con ocasión de los delitos sexuales, tampoco cabe en los ahora comentados que sean razones atinentes a la gravedad del hecho o a las necesidades que éste concita, respecto a los fines de la pena, los parámetros que determinan la habilitación de la actuación de oficio. Alonso Rimo se aparta en este punto de la opinión de la doctrina dominante por cuanto mantiene una noción restrictiva de la facultad de inter-

vención del Ministerio Fiscal y alejada, por consiguiente, de las interpretaciones mayoritarias que atribuyen a la misma un carácter absolutamente discrecional que terminan por equiparar la modalidad de persecución cuasipública con la configuración típicamente pública de los delitos.

En consonancia con lo hasta aquí expuesto, también apunta de *lege ferenda* que será conveniente contemplar la posibilidad de revisión judicial de la resolución del Ministerio Fiscal de promover la intervención punitiva en contra la de la voluntad del ofendido, así como del rechazo jurisdiccional del perdón previsto en el artículo 130.4.2 del Código Penal. Esta solución, cuyo planteamiento ha provocado un encendido debate en la doctrina alemana, dispensaría, en su opinión, una mayor tutela de las garantías de la víctima.

Por último, como otras alternativas a la perseguibilidad privada y fundamentalmente con miras a impedir que el ofendido tenga que recurrir al expediente de renunciar al ejercicio del *ius puniendi*, el autor examina una serie de medidas procesales y asistenciales tendentes a convertir la intervención penal en un fenómeno menos agresivo para la víctima, y a eliminar lo que llama «la victimización formal o secundaria», teniendo presentes los bienes jurídicos que pueden ser comprometidos por la intervención punitiva.

9. LOS NUEVOS ARGUMENTOS FUNDAMENTADORES DE LA QUERRELLA O DENUNCIA PREVIA Y EL PERDÓN

A medida que se van sumando nuevas conductas delictivas al área reservada a la persecución a iniciativa del ofendido, se añaden nuevos argumentos fundamentadores de la querrela o denuncia previa y el perdón. Estos nuevos argumentos son objeto de análisis y crítica en el Capítulo séptimo y último de la obra. Se trata de consideraciones de política-criminal surgidas al hilo de las necesidades que va revelando la evolución del sistema penal (así, la idea de descriminalización o el fenómeno de reparación a la víctima). También entran dentro de este bloque planteamientos de inspiración pragmática que pretenden apoyar su operatividad sobre la asimilación que tales institutos comportan entre la teoría y la práctica jurídica, en referencia concretamente al control fáctico de la víctima sobre la *noticia criminis*, sobre la prueba judicial de ciertos delitos o en fin sobre la persecución punitiva en general cuyo inicio o extinción, en evidente contradicción con el principio de legalidad procesal, se acostumbra a supeditar en la práctica forense a la voluntad del ofendido, sobre todo en ciertas infracciones de carácter patrimonial.

El ensamblaje de la perseguibilidad privada al fenómeno de la descriminalización se realiza fundamentalmente a través de lo que se denominan «técnicas deflacionarias de la hipertrofia penal». Entre tales medidas que afectan frecuentemente a la delincuencia menor se incluyen muy frecuentemente los mecanismos de perseguibilidad privada. Es, asimismo, abundante la doctrina que califica aquellas instituciones como «criterio clave en el proceso despenalizador» o «como reflejo de la aplicación del principio de inter-

vención mínima». Y también en la jurisprudencia se ha dejado sentir este nexo fundamental entre las limitaciones a la perseguibilidad de oficio y el objetivo descriminalizador. Sin embargo, a juicio del autor, no es de recibo la fundamentación de tales institutos como miras descriminalizadoras porque empalman inevitablemente con posiciones (que están analizadas en el texto) que derivan en una subjetivización del Derecho Penal (ya sea en lo que atañe a la configuración del propio delito o bien a la aplicación de sus consecuencias jurídicas) y a partir de ahí a una conceptualización privada del bien jurídico, que remite en términos generales a un modelo de sistema penal de marcado talante privatista.

En este mismo contexto, particular reproche le merece la utilización de delitos privados –y concretamente de las especialidades inherentes al proceso que se siguen de los mismos– como expediente deflacionario. Y es que a los mencionados riesgos de privatización se añade la fundada sospecha de que el citado objetivo descriminalizador se alcanza en estos casos a costa de la víctima. La restricción del Derecho Penal se articula a costa de la obstaculización del acceso a la Justicia del ofendido, sobre el que recae en estos supuestos de forma exclusiva el peso de la acusación e impulso de la causa –con las nocivas consecuencias económicas que ello comporta–, consiguiéndose así una menor incoación por parte de aquél de esta clase de procesos y con ello también una flagrante vulneración del principio de igualdad y del derecho a la tutela judicial efectiva. Lo dicho implica una sangrante instrumentalización de la víctima que la convierte en tales casos en simple medio al servicio de un fin descriminalizador, lo que lleva al autor a postular la desaparición del orden penal del específico régimen procesal que rige en la actualidad en las calumnias e injurias contra particulares, ya que no aporta ninguna ventaja respecto al resto de las categorías de delitos no perseguibles de oficio, por lo que deviene perfectamente prescindible.

En orden al argumento que concibe los institutos en examen en tanto que mecanismos al servicio del objetivo de reparación del daño causado a la víctima, lo admite como argumento válido siempre que su empleo quede contraído a las infracciones de escasa entidad en relación con las cuales resulte apta aquella circunstancia (la compensación al ofendido del mal que se le ha ocasionado) para satisfacer las necesidades preventivas del caso concreto. No es posible aceptar, así, la justificación de la perseguibilidad privada, apoyada en tales extremos en relación con los delitos sexuales o con los delitos de revelación y descubrimiento de secretos. Pero sí tienen plena justificación los requisitos denuncia o querrela y el perdón en los daños imprudentes (art. 267 del Código Penal), o las faltas (arts. 620.1, 621 y 624 del Código Penal). Es más, plantea de *lege ferenda* la extensión de estos mecanismos a diversos tipos delictivos patrimoniales de carácter menor –tal y como sucede en el sistema alemán–, cuando menos en lo que se refiere a las faltas de los artículos 623 (hurto, estafa, apropiación indebida, defraudación de fluido eléctrico, etc.) y 625.1 del Código Penal (daños dolosos), cuyo carácter perseguible de oficio resulta sorprendente si se contrasta con otros delitos de similar naturaleza, pero con penas más graves y cuyo régimen de perseguibi-

lidad escapa a la persecución de oficio precisamente a partir del argumento justificador de la reparación (así sucede con los delitos societarios, con los relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores y con la apropiación indebida de bienes inmuebles comprados a plazos). El autor deja abierto el aspecto atinente al contenido específico, la forma y la articulación que debe adoptar tal instituto a la hora de integrarse en el orden penal y, en todo caso, consciente de los peligros de la desformalización que impregna la práctica reparadora, estima preferible para alcanzar tal finalidad la regulación alternativa de medidas de oportunidad procesal a favor de los órganos jurisdiccionales y del Ministerio Fiscal.

10. CONCLUSIÓN FINAL

Aunque las conclusiones y propuestas a las que ha llegado el autor ya han sido perfiladas a lo largo del texto, es posible resumirlas así: por una parte, que los mecanismos de perseguibilidad privada no pueden concebirse como objetivos en sí mismos, sino como medio para el logro de fines específicos que resulten compatibles con el carácter público del Derecho Penal y que justifiquen de esta forma el importante sacrificio que en los términos que ya conocemos y que son puestos de relieve en el texto encierra la vigencia de tales instrumentos. De otra, que la concesión de facultades de control al ofendido en relación con el *ius puniendi* no puede conducir a una concepción privada del Derecho Penal que se enfrente a la naturaleza pública que define y legitima dicha rama del ordenamiento jurídico. Ahora bien, el mantenimiento de tal posición queda sujeto a lo coherente que se sea con tales presupuestos a la hora de determinar la justificación de la perseguibilidad privada. Ésta, desde la perspectiva indicada, sólo puede cimentarse en un doble criterio fundamentador: *–la protección prevalente de los derechos fundamentales de la víctima y la reparación del daño causado–*, cuyo punto de encuentro puede situarse en la preocupación por los intereses del sujeto pasivo del delito. Serán, pues, ambos criterios los que deba inspirar *de lege data* la interpretación de las figuras estudiadas y los que permitan solventar los distintos problemas exegéticos que su aplicación puede generar.

Son muchas las contribuciones que el libro de Alonso Rimo depara al entendimiento de los mecanismos de perseguibilidad privada, tanto en su vertiente científica, práctica, como de posibles reformas legislativas, por lo que su cabal comprensión sólo puede ser alcanzada mediante una lectura detenida de la obra. En particular quisiera incidir en su elevada utilidad en cuanto instrumento hermenéutico de la resolución de los diversos problemas jurídicos que *de lege data* susciten la aplicación de los institutos de perseguibilidad privada (en este comentario se han señalado especialmente y de una forma muy resumida los parámetros de interpretación del art. 191.2 del Código Penal relativo a los delitos contra la libertad sexual) y sus propuestas *de lege ferenda* de dotar de un mayor protagonismo a la modalidad de persecución cuasipública.

Como conclusión personal de esta «atípica» reseña solamente me queda decir que el libro de Alberto Alonso Rimo representa un inestimable esfuerzo de sistematización y clarificación de una materia tratada de forma deficiente por la doctrina penal y procesal –de ahí su dificultad–, logra reconstruir certeramente los perfiles dogmáticos de estas peculiares técnicas legislativas que como demuestra el autor contribuyen equilibradamente a mantener los principios estructurales del Derecho Penal y a su indispensable dimensión garantista. Rigurosa y exhaustiva, constituye, en mi opinión, una obra de referencia en el panorama del Derecho Penal actual.

INMA VALEIJE ÁLVAREZ

Profesora Titular de Derecho Penal
de la Universidad de Vigo

NOTICIARIO

NUEVOS CATEDRÁTICOS DE DERECHO PENAL

Tras haber superado las pruebas de acceso al Cuerpo de Catedráticos de Universidad, han obtenido la Cátedra de Derecho Penal don Ramón García Albero, en la Universidad de Lleida, y don José Eduardo Sainz-Cantero Caparrós, en la Universidad de Almería.

ÍNDICE

Págs.

NECROLÓGICAS

En la muerte del Profesor Luis Felipe Ruiz Antón, por Manuel Gurdíel Sierra 5

SECCIÓN DOCTRINAL

Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación, por Bernd Schünemann 9

Responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos y teoría general de la aplicación del Derecho, por Pablo Salvador Coderch, José Piñeiro Salguero y Antoni Rubí Puig 39

Necesidad y límites de la responsabilidad penal por el producto, por Lothar Kuhlen 67

Relación de causalidad e imputación objetiva a través del ejemplo de la responsabilidad penal por el producto, por Eric Hilgendorf 91

Disciplina y reclusión en el siglo XIX: Criterios humanizadores y control de la custodia, por Enrique Sanz Delgado 109

Los entes colectivos como sujetos del Derecho Penal. Su tratamiento en el Código Penal, por Fernando de la Fuente Honrubia 203

Omisión de socorro tras accidente fortuito. La imputación de sucesos lesivos a conductas lícitas, por Jacobo Dopico Gómez-Aller 235

¿Es conveniente un endurecimiento del Derecho Penal juvenil? Una toma de posición crítica, por Miguel Ángel Cano Paños 287

CRÓNICAS EXTRANJERAS

El artículo 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos, el Common Law y los disparos del muro, por Kai Ambos 321

SECCIÓN LEGISLATIVA

Disposiciones, por María del Carmen Figueroa Navarro 339

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por Gema Martínez Galindo 385

Jurisprudencia del Tribunal Supremo, por María del Carmen Figueroa Navarro y Abel Téllez Aguilera 503

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO 667

SECCIÓN DE BIBLIOGRAFÍA

Reseña del libro Mujeres gitanas y sistema penal, del Equipo Barañi, por Eva Gimbernat Díaz 699

Reseña del libro Víctima y sistema penal: las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido, de Alberto Alonso Rimo, por Inma Valeije Álvarez 703

NOTICARIO 725

