

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 / 84 / 97

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 LVIII, FASCÍCULO I
Enero-abril 2005

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

Madrid, 2006

Es propiedad. Queda hecho el depósito y la suscripción en el registro que marca la Ley.

Reservados todos los derechos.

NIPO (BOE): 007-06-003-5

NIPO (M. de Justicia): 051-06-004-5

ISSN: 0210-3001

Depósito legal: M-126/1958

IMPRENTA NACIONAL DEL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

Avda. Manoteras, 54. 28050 Madrid.

Acerca de la crítica al «finalismo»

HANS JOACHIM HIRSCH*

Catedrático (emérito) de la Universidad de Colonia

I.

A los organizadores corresponde agradecer efusivamente haber convocado a estas Jornadas con motivo del centenario del nacimiento de Hans Welzel. Me alegra mucho poder participar en ellas. Entre los presentes soy el único que ha conocido hace ya mucho tiempo a Hans Welzel y mantenido con él un contacto muy estrecho. En el semestre de invierno de 1948-1949, mi primer semestre en la Universidad, asistí a sus clases en Göttingen sobre «Derecho Penal-Parte General». Sin embargo, como estudiante principiante no pude llevarme en ese momento una visión clara de sus tesis, y por ello decidí que era mejor seguir la teoría de la acción causal entonces dominante. Mi especial interés por el derecho penal se despertó en un Seminario de Derecho Penal de Karl Engisch, uno de los más decididos enemigos de Welzel, durante dos estancias entre semestres en Heidelberg. De regreso en Göttingen, y cerca de terminar mis estudios, tuve claridad acerca del acierto de la teoría de la acción defendida por Welzel y de sus principios científicos, cuando sostuve en su seminario una ponencia sobre teoría de la participación. Su atractivo científico y su creatividad die-

* Título original: *Zur Kritik am «Finalismus»*. El texto corresponde a la conferencia brindada por el autor en México, en agosto de 2004, en la *II Jornada Internacional de Derecho Penal: Problemas Capitales del Moderno Derecho Penal: «Lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Hans Welzel en la Política Criminal y en la Dogmática Penal del siglo XXI»*. Agradezco muy cordialmente por la traducción al castellano al Prof. Dr. Eduardo Demetrio Crespo (Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo) y al Prof. Dr. Daniel R. Pastor (Universidad de Buenos Aires). Mi agradecimiento se extiende también a la Prof.^a Dr.^a Verónica Román Quiroz (UNAM México) por la ayuda idiomática brindada durante la exposición verbal del texto.

ron ocasión a que inmediatamente me decidiera a escribir mi tesis doctoral bajo su dirección (1). De esa forma fui a Bonn, a cuya Universidad, entre tanto Welzel había sido convocado. Desde 1953, y prescindiendo de una actividad de dos años en la praxis, estuve allí permanentemente en su círculo más estrecho como su colaborador, que primero se doctoró y luego habilitó como profesor con él. Después de mi nombramiento como profesor me mantuve siempre en contacto con él y tuvimos un copioso intercambio de opiniones. Por eso creo que, desde esa cercanía directa, continua y confiable de la evolución científica de Welzel, nadie, entre quienes hoy viven todavía, tuvo mejor ocasión que yo de seguir sus ideas y sus fines en todo el período que va desde el final de la Segunda Guerra Mundial hasta su muerte.

II. LOS FUNDAMENTOS DEL «FINALISMO»

La Orientación designada científicamente como «finalismo» persigue dos objetivos, uno general y otro especial.

1. El objetivo general es *metodológico*. El «finalismo» se dirige tanto contra una forma exclusivamente físico-natural de dogmática jurídico-penal como contra una forma normativista. No se trata de reducir los objetos de la valoración jurídico-penal al mero proceso causal (p. ej.: la acción como causar un resultado o la injuria como originar una onda de sonido) o formarlos de un modo puramente normativo (algo de actualidad hasta hoy), sino de deducirlos de la realidad, para lo cual se debe observar, dentro del sistema teórico-normativo, sus estructuras prejurídicas y la lógica objetiva que se desprende de ellas (2). Si se piensa, por ejemplo, en las normas sobre inducción, se debe observar antes que nada cómo está estructurado prejurídicamente este fenómeno y con ello reconocer, entre otros aspectos, que su propiedad esencial es la producción de una determinación a actuar. Y como conexión lógico-objetiva aparece la relación de accesoriedad entre la inducción y el comportamiento del inducido que ha sido ocasionado por ella.

(1) *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*, aparecida en 1960.

(2) Ver WELZEL, «Vom Bleibenden und vom Vergänglichlichen in der Strafrechtswissenschaft», en *Erinnerungsgabe für Grünhut*, 1965, pp. 173 y ss. (publicado también en WELZEL, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1973, pp. 345 y ss.).

Cuando el «finalismo» apareció en escena por primera vez, en los años 1930-1931 (3), la dogmática jurídico-penal, a la vez que abandonaba el naturalismo, se había volcado a una metodología influida por el positivismo legal y el neokantismo, según la cual la dogmática no se construía a partir de los fenómenos y estructuras de la realidad, sino que los objetos de regulación jurídica eran construidos normativamente. Conceptos como acción, omisión, dolo, inducción, etc., se habían convertido en productos jurídicos artificiales (4).

Welzel, el fundador del «finalismo», tal como ha sido mayoritariamente llamada esta orientación científica con una perspectiva parcial e imprecisa, demostró que un punto de vista puramente naturalista vaciaba de contenido a los fenómenos. Ante todo, sin embargo, reconocía que la metodología normativista hacía que los objetos de regulación jurídica fueran intolerablemente manipulables e impedía una sistemática del derecho penal que respondiera a las exigencias científicas. Teniendo en cuenta que los resultados obtenidos normativamente dependían, en el mejor de los casos, de las reglas de la legislación nacional –esto es algo que también ya lleva décadas– o solamente de la opinión de cada autor, se cerraba así el camino a resultados válidos en general y, en consecuencia, a una ciencia del derecho penal de función internacional trascendente a los límites de los ordenamientos jurídicos nacionales. Por ello, Welzel acentuó posteriormente que el principio metodológico del «finalismo» hace posible la creación, en la dogmática del derecho penal (especialmente para la Parte General), de un ámbito ideológicamente neutral y logra una comprensión que, debido a su *valides general*, puede ser transferida a otros ordenamientos jurídicos (5). Tal concepción significa, con seguridad, una ventaja para el respeto de un derecho penal adecuado al Estado de derecho.

2. El objetivo especial del «finalismo» era la aplicación de este principio metodológico a un concepto central del derecho penal: *el concepto de acción*. Este concepto es central, porque en el caso de los delitos se trata de lesiones contra prohibiciones o mandatos y porque

(3) En los comienzos del «finalismo» están los artículos de WELZEL sobre «Derecho penal y filosofía», en *Kölner Universitätszeitung*, 1930, núm. 9, pp. 5 y ss. [reproducidos en WELZEL (nota 2), *Abhandlungen*, pp. 1 y ss.], «Causalidad y acción», en *ZStW* 51 (1931), pp. 703 y ss., y «Acerca de los valores en el derecho penal», en *Der Gerichtssaal* 103 (1933), pp. 340 y ss.

(4) Ver la definición de MEZGER, «Strafrecht», *Ein Lehrbuch*, 1.ª edición, 1931, pp. 91 y ss., 105 y ss., 109, 130 y ss., 330 y ss., y 414.

(5) WELZEL, «Zur Dogmatik im Strafrecht», en *Festschrift für Maurach*, 1972, pp. 3 y 5.

son acciones los objetos de estas dos formas normativas. La prohibición no permite una acción y el mandato la exige. La transformación del concepto de acción en un producto construido por el derecho penal, a saber, en una causación del resultado (6) originada por un mero impulso de la voluntad, cualquiera que fuera su contenido, dio ocasión a Welzel para desarrollar el llamado «finalismo». Estimulado por el correspondiente significado que regía en la literatura psicológica de entonces, trajo a colación nuevamente que a la acción pertenece la intención, con su subyacente contenido de voluntad, dirigida a la realización objetiva: en una acción de homicidio, por ejemplo, el querer matar. Así había sido entendido el concepto de acción también anteriormente. Welzel advirtió ya de esto en su tesis doctoral al ocuparse de Pufendorf. Y en Aristóteles la acción había sido igualmente acto de voluntad, tal como era el caso también en el siglo XIX para los hegelianos (7).

Que ello haya sido perdido de vista temporalmente por la dogmática está relacionado, en primer lugar, con que en la estructuración del delito en injusto y culpabilidad, vigente a finales del siglo XIX, se tenía la opinión equivocada de que esa diferenciación era idéntica a la que hay entre los elementos objetivos y los subjetivos. Un segundo motivo que enturbió la mirada de la dogmática alemana hacia la comprensión clara del concepto de acción fue el antiguo § 1 del Código Penal alemán, en el cual se hablaba, con referencia al hecho punible, sólo de *acción* amenazada con pena. Normativamente, de ello se deriva que la acción sería el concepto genérico para cada forma del comportamiento punible y que abarca, en consecuencia, no sólo el hacer, sino también la omisión, y también debían tener el mismo contenido los hechos dolosos que los imprudentes. Esta noción la encontramos todavía hoy en el caso de los conceptos de acción mencionados como «social» o «personal» (8). Por el contrario, en el caso de la acción «final», tal como la designó Welzel, no se trata de un mínimo común para todos

(6) Ver, acerca de la opinión entonces dominante: v. LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, t. I, 26.^a edición, 1932, p. 155; Mezger (nota 4), p. 109.

(7) Ver las indicaciones históricas en WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.^a edición, 1969, pp. 38 y s. Sobre Aristóteles, más detalladamente, BENAKIS, «Über den Begriff des Unrecht-tuns bei Aristoteles», en *Festschrift für Welzel*, 1974, pp. 213 y 215 y ss.

(8) Ver, acerca del concepto «social» de acción, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5.^a edición, 1996, pp. 221 y 223, con más información. Un concepto de acción como noción genérica y designado como «personal» es defendido por ROXIN, «Strafrecht», *Allgemeiner Teil*, t. I, 3.^a edición, 1997, § 8, núms. margs. 19 y s., 44 y ss. Críticas más detalladas acerca de ese concepto de acción pueden ser vistas en HIRSCH, «Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre», en *ZStW* 93 (1981), pp. 831, 851 y ss., y, del mismo, «Handlungs-Sachverhalts- und Erfolgswert», en *Gedächtnisschrift für Meurer*, 2002, pp. 3 y 4, con las notas 2 a 4.

los hechos punibles, con exclusión de los actos reflejos, sino de un análisis de la acción de realización subyacente a un hacer, tal como ella, en tanto que objeto de prohibición o mandato, resulta decisivamente relevante en un delito también desde el punto de vista práctico.

Del concepto de acción voluntaria Welzel extrajo la consecuencia de que el dolo del delito cometido pertenezca ya al supuesto de hecho del injusto, porque es idéntico al querer la acción. Y para el caso de los delitos imprudentes, él hizo ver que aquí la acción se agotaba en el actuar voluntariamente que conforma el objeto del juicio de contrariedad al cuidado y que el resultado representaba un efecto de ese comportamiento antinormativo imputable al autor (9).

3. El «finalismo» no se puede clasificar como el producto de una orientación filosófica determinada de la época. El redescubrimiento del actuar con voluntad podría haber surgido ya tres décadas antes o igualmente tres décadas después. También la posición contra un normativismo puro es hoy tan actual como entonces. Que Welzel encontrara un análisis coincidente en la ética del filósofo Nicolai Hartmann no reduce el «finalismo» a fruto de una corriente filosófica de ese tiempo (10).

El «finalismo» tampoco tuvo nada que ver con el derecho penal del nacional-socialismo. Prescindiendo por completo de que *Welzel* ya lo había desarrollado científicamente en 1930 y de que una parte de los resultados extraídos para el derecho penal ya se encontraban a mediados de los años veinte en otros autores –aunque todavía sin fundamentación científica–, el «finalismo» no tuvo importancia alguna en los tiempos de Hitler. Al contrario de lo que sucede con la teoría de la acción «final», el derecho penal nacional-socialista tendía a una dogmática jurídico-penal nacional y popular y al derecho penal de ánimo y de autor. Sólo después de la Segunda Guerra Mundial, cuando se discutió la posición dogmática del error de prohibición, el «finalismo» encontró un campo de actuación más amplio.

(9) WELZEL (nota 7), pp. 129 y ss. (también con referencias a los artículos mencionados precedentemente).

(10) N. HARTMANN, *Ethik*, 2.ª edición, 1935, pp. 79 y ss., y 228 y ss. Welzel tomó de él solamente la designación de «finalismo» para la acción voluntaria [acerca de ello, Welzel (nota 7), p. 34]. Que el «finalismo» no sea derivación de un sistema filosófico determinado no disminuye en absoluto su rango científico. Las orientaciones filosóficas pueden tener relevancia para los principios básicos del derecho penal (las ideas de prevención y retribución, el principio de culpabilidad, el derecho penal de ánimo y similares), para los bienes protegidos de la Parte Especial (honor, medio ambiente, etc.) y para las sanciones penales (pena de muerte, p. ej.). En cambio, la cuestión de los presupuestos dogmáticos estructurales de un hecho de naturaleza especial amenazado con pena debe ser investigada, por ello, por la ciencia *jurídico-penal*.

III. EVOLUCIÓN DE LA DISCUSIÓN ACERCA DEL «FINALISMO»

En las décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial Welzel tuvo mucho éxito con los resultados prácticos obtenidos a partir de los fundamentos de su principio dogmático o los que fueron derivando de él en los años siguientes. En primer lugar hay que mencionar la adopción por parte del Tribunal Supremo Federal de la teoría de la culpabilidad desarrollada por él para el error de prohibición a partir de la separación de dolo y conciencia de la ilicitud –uno como elemento del supuesto de hecho del injusto y la otra como elemento de la culpabilidad–. A continuación se debe mencionar la teoría de la participación, con la cual Welzel pudo enseñar que la introducción de la accesoriedad limitada dejaba en pie la dependencia de un hecho principal doloso, lo cual fue reconocido inmediatamente por la jurisprudencia. Además, encauzó la superación de la teoría subjetiva de la participación, elaborando el punto de vista claro del dominio del hecho («dominio final del hecho»). Gran importancia teórica y práctica tuvo también la clasificación sistemática de la acción objetivamente descuidada ya como elemento correspondiente al injusto del delito imprudente, que es consecuencia del principio dogmático de Welzel.

Estas soluciones no fueron adoptadas únicamente por la jurisprudencia. Ellas, en parte, también fueron incorporadas expresamente en la nueva Parte General del Código Penal alemán de 1975 (11).

Así pues, la superación de la teoría del injusto causal estuvo en Alemania terminada a comienzos de los años setenta. Desde entonces la teoría dominante siguió, en cuanto a la estructura del delito, la versión de los «finalistas», según la cual el dolo típico pertenece ya al supuesto de hecho del injusto del delito doloso y la acción objetivamente descuidada al supuesto de hecho injusto del delito imprudente (12).

No obstante, esto no significó que se hubieran impuesto el concepto «final» de acción y el principio metodológico que está detrás de él. Mucho más se impusieron la mayoría de las *consecuencias* dogmáticas extraídas por Welzel bajo la designación de «teoría del injusto

(11) Ver § 17 (error de prohibición), § 25 (autoría), § 26 (inducción) y § 27 (complicidad) del Código Penal alemán en la versión de 1975.

(12) Ver JESCHECK/WEIGEND (nota 8), pp. 565 y s.; LENCKNER, en «Schönke/Schröder», *Strafgesetzbuch*, 26.^a edición, 2001, previo al § 13, núms. margs. 54 y ss.; SCHROEDER, en *Leipziger Kommentar zum StGB*, 11.^a edición, 1994, § 16, núm. marg. 146.

personal» (13). En cambio, las tendencias normativistas fueron, por cierto, en parte aumentando. Así, en los prólogos de un tratado alemán actual se dice que los conceptos empleados en el derecho penal se originan sólo en relación con las regulaciones legislativas penales (14). También existen teorías de la imputación que, entremezcladas con la teoría del injusto personal, gozan de gran popularidad. Estas teorías desarrollan los requisitos del delito no a partir de la acción contraria a la norma, sino desde el resultado, y están emparentadas con la teoría de la relevancia propia de la anterior teoría del injusto causal (15).

Como desventaja para el «finalismo» se puede mencionar, en mi opinión, la posición subjetivista defendida por Armin Kaufmann y sus discípulos, que se aparta de la posición welzeniana, pero que frecuentemente ha sido identificada con ella por los críticos (16). Según Armin Kaufmann, mi colega y amigo de los tiempos de Göttingen y Bonn, que murió siendo muy joven todavía, lo injusto del hecho doloso debería agotarse ya con el actuar y el resultado intentado sería solamente una suerte de condición objetiva de punibilidad. El injusto debería existir completamente ya con la tentativa acabada y la tentativa debería, por ello, ser determinada también según la teoría subjetiva. Así, al disvalor de acción le es acordado un

(13) Acerca de que hoy todavía la teoría del injusto personal es dominante en Alemania, mientras que, sin embargo, la «teoría de la acción final» es mayormente rechazada, ver, más detalladamente, HIRSCH, «Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel», en *Festschrift 600 Jahre Universität Köln*, 1988, pp. 399 y 403. Bajo la bandera de la teoría del injusto personal ha sido aplicado, ante todo, la mencionada clasificación del dolo típico como elemento del injusto del delito doloso y de la contrariedad al cuidado como elemento del injusto del delito imprudente, como también han sido aceptadas la teorías de la participación y del error de prohibición desarrolladas por el «finalismo».

(14) Ver JAKOBS, «Strafrecht», *Allgemeiner Teil*, 2.^a edición, 1991, p. VII.

(15) Ver ROXIN (nota 8), § 11, núms. margs. 39 y ss.; JESCHECK/WEIGEND (nota 8), pp. 286 y ss.; LENCKNER (nota 12), previo al § 13, núms. margs. 91 y ss.; WESSELS/BEULKE, «Strafrecht», *Allgemeiner Teil*, 33.^a edición, núms. margs. 178 y ss.

(16) Ver, acerca de esa tendencia, ARMIN KAUFMANN, «Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf», en *ZStW* 80 (1968), pp. 34 y 50 y s.; del mismo, «Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht», en *Festschrift für Welzel*, 1974, pp. 393, 403 y 411; ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, 1973, pp. 135 y ss., y 205 y ss.; del mismo, en *Alternativkommentar StGB*, 1990, § 15 y 16, núms. margs. 7 y 107; STRUENSEE, «Versuch und Vorsatz», en *Gedenkschrift für Armin Kaufmann*, 1989, pp. 523 y 534 y ss.; del mismo, «Verursachungsvorsatz und Wahnkausalität», en *ZStW* 102 (1990), pp. 21 y 49; SANCINETTI, *Subjektive Unrechtsbegründung*, 1996. Con ellos ha sido identificada, por ejemplo por MYLONOPOULOS, *Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgswert im Strafrecht*, 1981, pp. 59 y ss., y 129, la «teoría final de la acción».

significado idéntico al del disvalor de intención. Esta orientación ha encontrado sólo unos pocos seguidores debido a su alejamiento de un derecho penal de acto y debido a la consecuencia inevitable de que injusto y culpabilidad existirían en toda su extensión ya con la tentativa acabada según la representación del autor, de modo que, consecuentemente, para la punibilidad completa no sería necesaria más la causación del resultado.

IV. OTRAS INTERPRETACIONES ERRÓNEAS DEL «FINALISMO»

1. La objeción de mayor peso que ha sido dirigida al «finalismo» dice que pretende derivar decisiones jurídicas de la ontología. Se trataría de una suerte de representación iusnaturalista (17).

Correcto es –como ya se mostró al comienzo– que el «finalismo» exige observar las estructuras y el contenido concreto de los objetos a los cuales está vinculado el ordenamiento jurídico en sus regulaciones. Aquí se trata sólo en parte de hallazgos ontológicos (p. ej., en los conceptos de acción y de causalidad). Junto a ello entran en consideración también fenómenos sociales generales (p. ej.: la culpabilidad, el honor, etc.). Por ello, analizado con precisión no se trata de una oposición entre lo óntico y lo social-normativo, sino de la relación entre las estructuras de la materia de regulación y el derecho. El derecho no inventa la realidad que pretende regular –pues sería irrelevante–, sino que regula una realidad que ya le viene dada. Una verdad tan simple y las consecuencias que de ella se derivan metodológicamente no tienen nada que ver con el derecho natural (18). Welzel, a quien corresponde reconocer el mérito mayor en la superación del renacimiento del derecho natural alemán después de 1945, no puede, por ello, ser sospechoso en absoluto de ser un seguidor del derecho

(17) Acerca de la objeción de que la ontología habría sido elevada a fuente del derecho, ver especialmente ROXIN, «Zur Kritik der finalen Handlungslehre», *ZStW* 74 (1962), pp. 515, 518 y s., 522, 527, 547 y s., y 554; el mismo (nota 8), § 8, núm. marg. 25, y JAKOBS (nota 14), p. VII. La objeción iusnaturalista es vinculada al punto de vista de la «naturaleza de las cosas». En esto, para Maihofer y Hassemmer se trataría de «derecho natural concreto»; ver MAIHOFFER, «Die Natur der Sache», en *ARSP* 1958, pp. 145 y 173 y s.; HASSEMER, «Juristische Hermeneutik», en *ARSP* 1986, pp. 195 y 207.

(18) Acerca de las diferencias frente al derecho natural, ver más detalladamente WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 3.^a edición, 1960, p. 198; KÜPPER, *Grenzen der normativerenden Strafrechtsdogmatik*, 1990, pp. 41 y s.

natural. Él, en consecuencia, nunca ha sostenido la fundamentación –usual entre los iusnaturalistas– de que los resultados obtenidos por la metodología exigida por él derogan los preceptos de derecho positivo que se les contrapongan. Sólo se trata de que las elaboraciones científicas, en tanto que soluciones jurídicas correctas, muestren la necesidad eventual de reforma de la legislación. Si del análisis científico-dogmático surge que un precepto legal, debido a la errónea materia de regulación, es objetivamente incorrecto, ello no significa para los «finalistas» que el precepto en cuestión sea inválido, sino que la ciencia reclama su rectificación (19).

Por cierto, es posible que alguno de los representantes del «finalismo» haya utilizado la palabra «ontológico» frecuentemente para fundamentar sus tesis, tal como ello ha sido justificado, y así ocasionar, en el ámbito parcial correspondiente, la impresión de una cierta anemia argumental. Ya se sabe: ninguna teoría es inmune a las exageraciones. Ante todo, sin embargo, el «finalismo» no ha tenido la intención de elevar sus fundamentos al rango de principios positivos (20).

2. El reproche ocasionalmente perceptible de *escolasticismo* es cercano a la objeción frecuentemente formulada de ontologismo. Desde la perspectiva de los críticos, se tendría la impresión de que se trataría, en el caso de los «finalistas», exclusivamente de una cuestión de rúbricas dentro del sistema y de consecuencias formales del concepto de acción subyacente a esa dogmática. Ya en la discusión alemana, algunos opinaban que esto se podría comparar con el mero desplazamiento de los muebles dentro de una vivienda. Frente a ello, no obstante, se debe señalar que no se puede tildar de ser interesante exclusivamente desde el punto de vista escolástico a un «finalismo»

(19) HIRSCH, «Gibt es eine national unabhängige Strafrechtswissenschaft?», en *Festschrift für Spendel*, 1992, pp. 43 y 57.

(20) STRATENWERTH, *Das rechtstheoretische Problem der «Natur der Sache»*, 1957, p. 27. En la discusión es ostensible el argumento expreso de que la apelación a estructuras previamente dadas, que tendría que ser considerada por una legislación adecuada, sólo serviría para volver inatacable la visión de la acción del «finalismo». Sin embargo, por supuesto, el «finalismo» está abierto a significados divergentes de las estructuras de los fenómenos de la realidad. Si alguien pudiera mostrar que el fenómeno conformador del objeto de prohibiciones y mandatos está estructurado de otra manera a cómo se lo entiende hasta ahora por parte del «finalismo», ello daría ocasión para una rectificación del concepto de acción defendido hasta la actualidad por sus seguidores. Los «finalistas» se vuelven exclusivamente contra los productos jurídicos artificiales correspondientes y contra las interpretaciones que, descrito simplícidamente, designan como «acción» al mínimo común de todas las formas del hecho punible, mientras que de lo que se trata, respecto de la cuestión debatida, es en definitiva del objeto de prohibiciones y mandatos, es decir, de la acción.

que entre sus objetivos tiende a la realización de la seguridad jurídica y de la cientificidad. No se trata, si se observa esa tendencia, de una construcción puramente formal. Antes bien, por medio de la revelación de los fenómenos verdaderos y de sus fundamentos se debe posibilitar que las cuestiones a decidir jurídicamente puedan ser claramente apreciadas y resueltas de modo apropiado.

3. Un reparo fundamental contra el «finalismo», sostenido más en el extranjero que hoy en Alemania, es el de *subjetivismo*. Según él, la colocación del dolo del autor en el injusto debe ser rechazada porque contradice las exigencias básicas del Estado de derecho existentes en la objetivización del injusto y deja reconocer una tendencia hacia un derecho penal de ánimo (21).

Tal objeción es correcta por completo si se refiere a la reducción de los aspectos objetivos del hecho llevada a cabo por Armin Kaufmann y sus discípulos. Esa opinión subjetivista minoritaria ya ha sido por mí precedentemente criticada. En forma diferente a esa opinión, Welzel, en sus manifestaciones acerca del *disvalor de acción* y del supuesto de hecho del injusto, ha dejado intacta la parte objetiva del hecho. Por cierto que él, por medio de algunas formulaciones confusas, ha contribuido a la aparición de la orientación subjetivista. Pues también él hablaba de «disvalor de acto». Así se halla en la introducción de su tratado la conocida frase de que en el derecho penal se trata de «la evitación del disvalor objetivo o de resultado por medio de la penalización del disvalor de acto» (22). Sin embargo, como ya fue acentuado, era completamente ajeno a él extraer de ello las consecuencias subjetivistas que ha extraído esa orientación. Pues añadió asimismo la frase según la cual «que el ordenamiento jurídico castigue la negación *realmente cometida* de los valores del comportamiento adecuado a derecho y, con ello, asegure su efectiva vigencia, no significa que el ordenamiento amenace y persiga intenciones malas o peligrosas sin un actuar lesivo o riesgoso... pues únicamente el *acto efectivo* de cada disvalor puede desencadenar la pena... sólo debe rechazarse la interpretación según la cual el derecho únicamente tiene

(21) Esta objeción se refleja especialmente en que otros ordenamientos jurídicos se han mantenido aferrados al sistema objetivo desarrollado por la teoría del injusto causal y han rechazado preponderantemente la *teoría personal del injusto*, hoy dominante –la mayoría de las veces combinada con la teoría de la imputación objetiva– en Alemania (esta teoría asume los resultados de la «teoría final de la acción», en vista de la pertenencia del dolo al injusto típico y de la sistemática de la imprudencia, pero sin aceptar la fundamentación teórica dada por la «teoría final de la acción»).

(22) WELZEL (nota 7), p. 2.

que ver con el comportamiento externo...» (23). A esto corresponde lo que Welzel escribió en vista de la acción de realización *acabada* querida por quien actúa: en los hechos esto surge solamente en último lugar del concepto de acción voluntaria, así que su comprensión correcta está dada fundamentalmente por su compatibilidad con el principio de hecho. Por ello, una reducción del disvalor completo de acción al disvalor de intención no es propia del «finalismo» (24). Esto tiene que ver con uno de los casos de la historia de los dogmas, en el cual una frase mal interpretada y propalada ha influido negativamente en la imagen externa de un concepto científico.

Por cierto, los críticos, especialmente fuera de Alemania, pretenden formular sus objeciones referidas al principio del Estado de derecho no en primer lugar contra la criticable opinión subjetivista minoritaria, sino que se dirigen también contra el hecho de que el contenido de la voluntad del autor deba tener importancia ya en el nivel del injusto, pues de este modo el delito no estaría estructurado de una forma objetivamente firme, sino que dependería de la disposición subjetiva del autor.

Frente a ello es preciso indicar, sin embargo, que el momento del querer en cuestión, esto es, en el caso de los delitos dolosos el dolo típico, es tenido en cuenta, según cada versión dogmática de un derecho penal de culpabilidad, entre los presupuestos del delito, ya sea en la culpabilidad o bien ya en el injusto. Pero tampoco el injusto es reducido, pues si bien la ausencia del dolo típico excluye, con razón, el injusto doloso de que se trate, queda en pie, no obstante, la posibilidad de que exista un injusto imprudente. Si falta también la imprudencia, entonces ya no queda más lugar alguno para un injusto penal. De una visión causal del resultado no surge injusto delictivo alguno.

«Finalismo», entonces, no significa una renuncia al aspecto objetivo del injusto. Él solamente indica que el contenido de voluntad de la acción exige ser considerado desde el punto de vista de la estructura del delito no al llegar al nivel de la culpabilidad, sino ya en el nivel del injusto.

Posiblemente también la designación teórica del injusto «personal» haya dado ocasión al reproche de subjetivismo. En verdad, en Alemania, con independencia de la orientación finalista-subjetivista precedentemente criticada, hay autores que son de la opinión de que injusto «personal» significa que en general la representación subjetiva

(23) WELZEL (nota 7), p. 2.

(24) Más detalladamente al respecto, HIRSCH (nota 8), *Gedächtnisschrift für Meurer*, pp. 10 y ss.

del autor tiene importancia, en vista del delito doloso, para fundamentar el injusto desde el punto de vista de sus elementos objetivos o excluirlo en el caso de los elementos objetivos de las causas de justificación. Así es expuesto frecuentemente en la actualidad el concepto de injusto «personal» para la teoría subjetiva en el supuesto de tentativa inidónea, para la relevancia de la previsibilidad individual en el caso de los delitos imprudentes y para la clasificación del error sobre el tipo de la permisión ya en el injusto (25). Sin embargo, el concepto de injusto personal, en su sentido «finalista», señala únicamente que la *acción querida* (en la omisión: el querer omitir) debe ser tenida en cuenta en la determinación de la acción (u omisión) que conforma el objeto de un injusto dado (incluyendo el conocimiento de especiales elementos de la autoría o de la posición de garante, pues ello hace a la impronta del comportamiento en cuestión). Todo lo demás es subjetivismo sin base científica clara. «Personal» no significa aquí, en modo alguno, la subjetivización del injusto, sino solamente que para la consideración de un comportamiento como adecuado al injusto no basta ya con los elementos objetivos, sino que debe haber, antes bien, una manifestación de voluntad (26).

4. Junto a las objeciones básicas expresadas con anterioridad aparecen en la ciencia penal argumentos dogmáticos, que afectan a aspectos particulares.

a) Ya fue advertido el malentendido según el cual el *concepto de acción* se referiría a un *concepto universal de comportamiento*. Como demuestran las construcciones conceptuales presentadas en esta direc-

(25) Véase, por ejemplo, la posición subjetivista respecto de la tentativa inidónea en HERZBERG, *Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs*, pp. 257 y ss., respecto de la imprudencia en STRATENWERTH, «Strafrecht», *Allgemeiner Teil I*, 4.^a edición, 2000, § 15, núms. margs. 12 y ss., y respecto del error sobre el tipo de la permisión en ROXIN (nota 8), § 14, núm. marg. 71.

(26) Más detalladamente HIRSCH (nota 8), *Gedächtnisschrift für Meurer*, pp. 7 y ss. Referente a la tentativa inidónea esto no significa que baste ya con cualquier actividad directa de resolución a cometer el hecho, sino que es preciso un acto de realización, idóneo desde la perspectiva objetiva *ex ante*, que debe estar abarcado por el dolo y, en consecuencia, debe estar dado también un comienzo objetivo de ejecución; ver al respecto, en particular, HIRSCH, «Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht», en *Festschrift für Roxin*, 2001, pp. 711 y 719 y ss. Y respecto de la imprudencia surge que del «finalismo» subyacente a la teoría personal del injusto sólo se sigue la relevancia del realizar voluntariamente la acción valorada en general como contraria al deber de cuidado, mientras que la previsibilidad individual de la posibilidad del resultado tiene importancia sólo dentro de la cuestión de la culpabilidad; ver, acerca de la imprudencia, los desarrollos siguientes, bajo el punto 4.b), como también, más detalladamente, HIRSCH, «Zum Unrecht des fahrlässigen Delikts», en *Festschrift für Lampe*, 2003, pp. 515 y 524 y ss.

ción, desde el llamado concepto «social» hasta el llamado concepto «personal» de acción, su valor declarativo es mínimo (27). Con él, en la práctica, no se va más allá de afirmar que para un comportamiento jurídico penalmente relevante no bastan los meros reflejos. Pero aun cuando fuera útil configurar un supraconcepto general, que comprendiera los aspectos comunes del actuar y el omitir, del comportamiento doloso y del imprudente, no se conseguiría más que determinar los elementos estructurales comunes del actuar consistente en un hacer, al que se dirigen mandatos y prohibiciones. En la medida en que no se diferencien ambas cuestiones, se está hablando de cosas completamente distintas.

b) También juegan un papel considerable las objeciones que provienen del ámbito de la imprudencia. En el sentido de la idea procedente del concepto causal de acción, según el cual la acción típica en los delitos dolosos e imprudentes coinciden en la causación de un resultado, se aduce que el concepto «final» de acción en el delito imprudente no sirve, ya que en él el resultado no es comprendido por la voluntad (28). Dado que Welzel estableció primero que la parte objetiva del injusto doloso y del injusto imprudente eran idénticas, al principio surgió también para él aquí un problema (29). Esto se resolvió, sin embargo, cuando en los años cincuenta se reconoció, acudiendo a investigaciones anteriores de Engisch, que la acción constitutiva del objeto de la prohibición en el delito imprudente consistía en la acción voluntaria valorable como contraria al cuidado debido (p. ej., en la conducción voluntaria con una velocidad determinada). El resultado no pertenece por ello en absoluto a la acción, sino que, a diferencia del delito doloso, en el que queda comprendido por la voluntad de la acción, en la imprudencia sólo representa una consecuencia de la acción contraria a la norma a determinar de acuerdo a criterios de imputación (30).

(27) Véase acerca de los conceptos de acción *supra* nota 8.

(28) Así JESCHECK/WEIGEND (nota 8), pp. 221 y s.; ROXIN (nota 8), § 8, núm. marg. 21, entre otros.

(29) Véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 1.^a edición, 1947, pp. 22, 82 y ss, quien en un principio buscaba una solución en el tipo subjetivo mediante la asunción de una «finalidad potencial».

(30) Véase la exposición en WELZEL (nota 7), pp. 129 y ss. El contenido de la voluntad no es aquí jurídicamente irrelevante, como opina ROXIN (nota 8), § 8, núm. marg. 21. En la misma medida en que tampoco lo es en los delitos de peligrosidad. Y ello porque se trata del contenido de la voluntad relativo a la contrariedad al cuidado debido, esto es, en referencia al objeto del mandato normativo vulnerado en el delito imprudente, que conforma la acción.

Esta constatación ha impregnado fuertemente la discusión sobre los presupuestos de lo injusto del delito imprudente. Al mismo tiempo ha puesto de relieve que las cuestiones referentes a la justificación se resuelven sólo en el ámbito de la acción antinormativa contraria al cuidado debido, pero no en el del resultado (31).

Justamente en el análisis del delito imprudente se ha mostrado el «finalismo» extraordinariamente fructífero (32).

c) La palabra «final» ha ocasionado críticas al «finalismo» (33). Se objeta que el actuar humano no siempre está guiado finalmente. Esto se confirmaría a través del dolo directo de segundo grado y el dolo eventual. Pero se trata sólo de una cuestión terminológica. Welzel tomó la palabra «final» del ya mencionado filósofo Nicolai Hartmann. Éste la utilizaba abiertamente porque las acciones dirigidas finalmente constituyen la mayor parte y porque «la voluntad» se equipara fácilmente con la voluntad «libre». «Final», por el contrario, deja intacta la cuestión de la libertad. Más exactamente debería hablarse de la acción voluntaria, como Welzel hizo originariamente (34).

d) Una objeción supuestamente central contra el «finalismo» procede del llamado *error de tipo permisivo*, por ejemplo, la legítima defensa putativa. Debido a que Welzel, y este autor, habíamos clasificado a este caso de error como un error de prohibición y no como uno excluyente del dolo, se pondría de relieve que no se puede resolver coherentemente esta cuestión con una dogmática que parta del «finalismo» (35).

(31) Al respecto, HIRSCH, en *Leipziger Kommentar zum StGB*, 11.^a edición, 16.º fasc., 1994, previo al § 32, núms. margs. 49 (general) y 107 (referente al consentimiento).

(32) El tratamiento de la acción *contraria al cuidado debido* como requisito del injusto del delito imprudente ha desatado un intenso debate sobre la dogmática de la imprudencia. En los trabajos realizados por los «finalistas» hasta los años cincuenta no se tuvo en cuenta que ya ENGISCH había puesto de relieve su carácter de injusto (*Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1930, pp. 227 y s.), bien que sin extraer amplias consecuencias sistemáticas. También fuera de Alemania se ha avivado considerablemente la discusión; ver los trabajos sobre «finalismo» de Philippides, Dedes y Benakis en Grecia, Santamaria en Italia, Fukuda en Japón, Moreno Hernández en Méjico, Cerezo Mir en España, entre otros.

(33) HARDWIG, *Die Zurechnung*, 1957, p. 81; JAKOBS (nota 14), 6/12; SCHMIDHÄUSER, «Willkürlichkeit und Finalität als Unrechtsmerkmale im Strafrechtssystem», en *ZStW* 66 (1954), pp. 27, 36 y s.; entre otros.

(34) WELZEL (nota 3), *ZStW* 51 (1931), p. 19. Ver, frente a la crítica a la denominación «final», también WELZEL (nota 7), pp. 37 y 131, quien subrayaba la imprecisión de la palabra.

(35) Así, en especial, ROXIN (nota 17), *ZStW* 74 (1962), pp. 515, 538 y 548 y s.

Pero esta objeción sólo puede ser expresada por parte de quien sostenga una teoría de los elementos negativos del tipo consecuente, en el sentido de que la existencia de una causa de justificación implica que no se da una acción de matar o lesionar y, por tanto, en el error de tipo permisivo se suprimiría el delito doloso ya por defecto de la parte de la voluntad de estas acciones. El «finalismo» orientado a los fenómenos reales no podría de hecho participar en semejante perspectiva, puesto que no se prescinde de la existencia real de una acción de matar o de lesionar. Los partidarios de una teoría del error que ubica el error de tipo permisivo ya en el ámbito del injusto proceden de tal manera que o bien dividen el injusto en dos partes, a saber, «fundamentación del injusto» y falta de «exclusión del injusto» (construcción dualista del delito), o bien sostienen nominalmente una construcción tripartita del delito, pero no confieren relevancia valorativa alguna a la diferencia entre la esfera del tipo «fundamentadora del injusto» y la esfera de la antijuridicidad relativa a la cuestión de la justificación (36). Dado que desde la perspectiva subjetiva debe valer para la «fundamentación del injusto» lo paralelo a las causas de justificación, entonces el error de tipo permisivo debe excluir el injusto del tipo doloso ya por defecto de la parte subjetiva del injusto designada como «dolo», o bien en cualquier caso por faltar el injusto doloso (37). Sin embargo, en la medida en que en esta construcción se contraponen la acción típica «fundamentadora del injusto» y la acción referente a la justificación, se toma como base en su estructura acciones voluntarias, de modo que el concepto de acción permanece intacto. Esto no tiene que ver con problemas de la acción, sino con cuestiones de la lógica normológica, así como de los contenidos de valoración de la esfera del tipo y de la justificación.

La mayoría de los partidarios del «finalismo», si bien no todos, se pronuncian en el sentido de la opinión dominante según la cual el error de tipo permisivo se examina sólo como un problema de la culpabilidad (38). Esto se infiere porque, en otro caso, la justificación

(36) Véase STRATENWERTH (nota 25), § 7, núms. margs. 13 y s., § 9, núm. marg. 158; ROXIN (nota 8), § 10, núms. margs. 23 y s.; LENCKNER (nota 12), previo al § 13, núms. margs. 19 y 60, con ulteriores referencias.

(37) Véase las referencias en nota 36.

(38) Véase WELZEL (nota 7), pp. 168 y ss.; HIRSCH (nota 1); MAURACH/GÖSSEL, «Strafrecht». *Allgemeiner Teil, Band II*, 7.^a edición, 1989, § 42, núm. marg. 36; entre otros que siguen la teoría «estricta de la culpabilidad». Extramuros del «finalismo» se sostiene su ubicación, según la opinión dominante, en sede de culpabilidad, con base mayoritariamente en la «teoría restringida de la culpabilidad» [*BGH NJW*, 1982, pp. 2831, 2832 (al final)], o en la llamada «teoría de la culpabilidad orientada a las consecuencias jurídicas» [*JESCHECK/WEIGEND* (nota 8), pp. 430 y 463 y ss., con amplias referencias].

putativa tendría la misma consecuencia que la justificación. Esto se muestra especialmente en el caso de la inevitabilidad individual del error. La teoría minoritaria que niega ya la existencia del injusto conduce aquí al ilógico resultado de trasladar al lesionado el riesgo del autor de poder equivocarse acerca de la existencia de una facultad de agresión excepcional mediante una acción voluntaria dirigida a vulnerar un bien jurídico. El ofendido sería objeto de una agresión conforme a derecho y tendría por tanto consecuentemente el deber jurídico de soportarla.

La concepción que niega ya el injusto doloso constituye un ejemplo de una incorrecta subjetivización del injusto. En el error de tipo permisivo se trata sólo de la pregunta acerca de cómo actúa esto en el seno de la culpabilidad: si, dado que mayoritariamente es un error que versa sobre hechos, se opone a una culpabilidad dolosa específica, o bien si debe tratarse conforme a los presupuestos generales del error de prohibición. La decisión acerca de esta cuestión valorativa debe tomarse con independencia de la teoría de la acción (39).

e) Como supuesto punto crítico del «finalismo» se menciona también *la posición del resultado* (40). Ya fue mencionada más arriba la orientación seguida dentro del «finalismo» por Armin Kaufmann, que no solamente postula la separación del resultado respecto a la acción contraria a la norma en el delito imprudente, sino que afirma este postulado con carácter general. Según este planteamiento el injusto del delito doloso debe consistir sólo en una actuación, pese a que el resultado aquí, a diferencia del delito imprudente, sí está comprendido por la voluntad. Esto no se corresponde, como ya se subrayó, con el punto de vista de Welzel. Los enemigos del «finalismo» opinan, con todo, que la perspectiva de Kaufmann y sus discípulos es una consecuencia necesaria y, con ello, se demostraría la incorrección del «finalismo».

En esta objeción se pasa por alto, sin embargo, que la acción consumada consiste en la realización de lo planeado. En el supuesto de la acción se trata de una prestación en el sentido de que el ser humano,

(39) Con más detalle sobre ello HIRSCH, «Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre» (Teil II), en *ZStW* 94 (1982), pp. 239 y 262 y ss. El argumento introducido por quienes sostienen que el error de tipo permisivo niega ya el injusto del delito doloso, según el cual de otro modo se pasaría por alto la dimensión social del desvalor de acción, subestima justamente el aspecto social a través de una subjetivización semejante del injusto. Esto queda reflejado en las consecuencias anteriormente mencionadas. Una solución bajo puntos de vista de la culpabilidad ofrece el artículo 29 del Código Penal de Polonia.

(40) Véase especialmente MYLONOPOULOS (nota 16), pp. 67 y ss., y 129 y s.

en la medida en que dirige el acontecimiento causal de acuerdo a su voluntad, realiza lo querido por él. Sin embargo, esta prestación se frustra cuando quien actúa no alcanza el resultado pretendido. El afectado no ha logrado impulsar el acontecimiento causal en la medida suficiente para verificar su voluntad de realización; no ha tenido éxito a la hora de sobredeterminar correspondientemente su voluntad. La acción planeada, por ello, no pasa de ser sólo intentada (41).

f) Por otro lado, se le ha reprochado al «finalismo» que su crítica al antiguo causalismo se queda corta porque dirige su atención *unilateralmente al tipo subjetivo*. Las verdaderas restricciones tendrían que asumirse ya en el tipo objetivo del injusto. A partir de ahí se ha desarrollado la actual teoría de la *imputación objetiva*, que llama la atención acerca de que el tipo objetivo del injusto requiere, junto a la causación del resultado, ulteriores criterios objetivos (42).

De hecho Welzel creyó poder restringir suficientemente la ilimitada extensión del concepto causal de acción al ordenar el dolo típico en el tipo de lo injusto a través de la demostración del carácter de la acción como acción voluntaria. A su vez el concepto de la adecuación social, introducido por él, tendría que servir para llevar a cabo otras correcciones periféricas del tipo que también fueran necesarias (43). Un ejemplo de manual, a la luz del cual se exponen estas cuestiones teóricas, es el del «tío de la herencia», es decir, aquel en el que alguien convence a su tío (del cual espera heredar) para que tome un vuelo corriente, con la esperanza de que se produzca un accidente y fallezca, cosa que casualmente sucede. Solucionar este supuesto simplemente mediante la «adecuación social» borra, sin embargo, el planteamiento

(41) Sobre la acción como prestación, ver WELZEL, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 4.ª edición, 1961, pp. 12 y s.; GALLAS, «Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs», en *Festschrift für Böckelmann*, 1979, pp. 155 y 164; HIRSCH (nota 39), pp. 244 y s.; del mismo (nota 8), *Gedächtnisschrift für Meuer*, p. 13.

(42) Sobre ello, ver, en particular, ROXIN (nota 8), § 11, núms. margs. 39 y ss.

(43) Este concepto acuñado por WELZEL debería dejar fuera del tipo «formas de comportamiento relativas a la libertad de acción socialmente normales» [ver WELZEL (nota 7), pp. 55 y ss.]. La adecuación social constituía para WELZEL un importante punto de vista en sus esfuerzos por dotar de contenido material al concepto del tipo, el cual había sido alejado por el causalismo de cualquier contenido normativo. Sin embargo, no estaba en el centro de su concepción dogmática, como se demuestra en los casos mencionados por él (*loc. cit.*, pp. 55 y ss.). Que inicialmente extendiera el concepto a propósito del sistema de sanciones y de las acciones de guerra (distanciándose posteriormente, *loc. cit.*, p. 57) se explica por el espíritu de aquellos años. Sólo marginalmente se ha puesto de relieve que autores contemporáneos que rechazan una diferencia valorativa entre exclusión del tipo y justificación sostendrían consecuentemente todavía hoy la consideración de acciones de guerra lícitas.

de las cuestiones teóricas (44). De todos modos Welzel acudió en raras ocasiones al concepto, porque no se correspondía con sus esfuerzos por buscar deducciones dogmáticas precisas (45). Además hay casos dogmáticamente paralelos en los cuales acudir al concepto de la conformidad social no sirve en absoluto (con frecuencia se expone el ejemplo sólo teórico de que alguien envía a otro al bosque justo antes de que comience una tormenta con la esperanza de que sea alcanzado por un rayo, cosa que sucede). Aquí Welzel, con la teoría tradicional, negaba en primer lugar el dolo (46). Que éste falte es, con todo, sólo una consecuencia de los déficit que se producen ya en el plano objetivo.

Es un mérito de la teoría de la imputación objetiva (47), fundada por Honig e intensivamente profundizada por Roxin, poner de relieve la existencia de requisitos en el ámbito del tipo objetivo de lo injusto que Welzel no llegó a descubrir. Sin embargo, lo que esta teoría pasa por alto es el hecho de que los casos, en los cuales existen verdaderos déficit en la dogmática desarrollada hasta ahora, no afectan en primer término a requisitos de naturaleza específicamente jurídico-penal. Más bien se pone de relieve que en la problemática abordada se trata de puntos de vista relacionados con la dominabilidad objetiva del curso causal o de la aptitud de realización a contestar desde la perspectiva *ex ante*, que constituyen ya requisitos objetivos prejurídicos de *toda acción* (48).

Por lo que se refiere a los demás casos de aplicación de la teoría de la imputación objetiva, se debe huir de la idea de acollar los diferentes elementos en el tipo objetivo de forma casuística. Que esto es lo que hace la teoría de la imputación objetiva se deduce de su preocupación por establecer una identidad de los elementos del tipo objetivo del injusto del delito doloso e imprudente, como sucedía en la antigua

(44) HIRSCH, «Soziale Adäquanz und Unrechtslehre», en *ZStW* 74 (1962), pp. 78 y 100 y s.; del mismo, «Zur Lehre von der objektiven Zurechnung», en *Festschrift für Lenckner*, 1998, pp. 119, 122 y s., y 126; ROXIN, «Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht», en *Festschrift für Klug*, t. 2, 1983, pp. 303 y 310 y s.

(45) Ver los casos mencionados en WELZEL (nota 7), pp. 55 y ss.

(46) WELZEL (nota 7), p. 66. Acerca de la teoría tradicional, ver FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18.^a edición, 1931, § 59, anot. V.

(47) Ver sobre ello HONIG, «Kausalität und objektive Zurechnung», en *Festgabe für Frank*, t. 1, pp. 174 y ss.; ROXIN, «Gedanken zur Problematik der Zurechnung», en *Festschrift für Honig*, 1970, pp. 132 y ss.; del mismo (nota 8), § 11, núms. margs. 1 y s., pp. 39 y ss. Sobre los numerosos posicionamientos ulteriores de ROXIN, así como de otros partidarios de esta teoría, ver las referencias allí, en §11, previo al núm. marg. 1.

(48) Con más detalle sobre ello HIRSCH (nota 44), *Festschrift für Lenckner*, pp. 133 y ss.

concepción causal del injusto (49). En este sentido, puntos de vista que tienen que ver con la imputación del resultado producido mediante una acción imprudente van a parar a los presupuestos del injusto del delito doloso. Por ello debería realmente aclararse entre tanto que el injusto doloso e imprudente se diferencian entre sí también objetivamente (50).

g) Junto a ello se objeta que el «finalismo» es una doctrina del hecho activo que no comprendería el omitir (51). Es correcto que una acción sólo consiste en un hecho activo. Ya se dijo que el concepto de acción no debe confundirse con un concepto general de comportamiento que conduzca a una fórmula, de por sí improductiva, unificadora del mínimo común a cualquier forma de comportamiento humano.

Los mandatos existentes tras los delitos omisivos tienen por objeto una acción en el sentido elaborado por el «finalismo»: precisamente la acción que debe llevar a cabo el autor, normalmente una acción de salvación. Mientras que en los delitos cometidos por vía activa el hecho consiste en una acción realizada, en los delitos omisivos consiste en su no realización. En esta medida se trata, por tanto, de una diferencia como la que media entre «a» y «no a» (52). Los presupuestos del delito omisivo se determinan por ello de forma autónoma. Se muestra con esto que en ellos el dolo ya pertenece al tipo del injusto, ya que en la pregunta acerca de si se llevó a cabo o no la acción voluntaria, la decisión a favor o en contra de la salvación adquiere ya relevancia en la esfera del injusto.

h) Finalmente se aduce que el «finalismo» conduce a un *vaciamiento del concepto de culpabilidad* (53). En la medida en que se

(49) Véase ROXIN (nota 8), § 11, núm. marg. 44, y § 24, núms. margs. 10 y ss.

(50) Véase *BGHSt.* 42, pp. 235 y 236 y s.; y en particular, HIRSCH (nota 44), *Festschrift für Lenckner*, pp. 139 y s. La diferenciación resulta de que en el delito de resultado imprudente se trata de una acción de riesgo prohibida, que tiene como consecuencia la aparición del resultado como efecto. En el delito doloso de resultado, por el contrario, tiene que ver con el injusto de una concreta acción de realización del resultado.

(51) JESCHECK/WEIGEND (nota 8), p. 223; MAIWALD, «Abschied vom strafrechtlichen handlungsbegriff?», en *ZStW* 86 (1974), pp. 626 y 651 y s.; ROXIN (nota 8), § 8, núm. marg. 19; entre otros.

(52) Así ya RADBRUCH, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1904, pp. 140 y ss.

(53) Véase, por ejemplo, MEZGER, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, 1950, p. 34. *Welzel* rechaza «la queja acerca del vaciamiento del concepto de culpabilidad» con la fundamentación de que ésta desconoce «la relación interior entre la disolución de la errónea y superada pareja conceptual “objetivo-subjetivo”, y su sustitución a través de la subjetivización del injusto por la pareja conceptual “deber-poder” en el desarrollo de la teoría del injusto y la culpabilidad» (ver *supra*, nota 7, p. 141).

ordena el dolo en el injusto, no quedaría un contenido sustancial para la culpabilidad. Prescindiendo de que en la tentativa ya se verifica hasta ese momento el dolo del tipo del injusto (y por ello surge la pregunta de por qué no continúa siendo elemento del injusto ante la aparición del resultado, sino que debe ser sólo elemento de la culpabilidad), aquella objeción resulta de la antigua concepción, según la cual la culpabilidad consiste en dolo e imprudencia. Por el contrario, ya la definición de la imputabilidad justamente como capacidad de reconocer el injusto y motivarse de conformidad a ese conocimiento es posible ver la incorrección de esa objeción. Se puede actuar dolosamente y, sin embargo, ser inimputable. Con el «finalismo» queda claro por vez primera de qué se trata en la culpabilidad: el poder individual de conocer el injusto del hecho doloso o imprudente, y la posibilidad de comportarse de conformidad a ese conocimiento (54). Expresado en elementos especiales esto significa: se trata de imputabilidad, conocimiento de la antijuridicidad, y causas de exculpación (o de disculpa). En particular, hay que observar que la culpabilidad presupone el injusto. No hay culpabilidad sin injusto. En consecuencia la determinación de la culpabilidad, según la cual alguien es culpable de un delito, significa que concurre también el correspondiente injusto. El dolo y la imprudencia confluyen, pues, igualmente como elementos del injusto en el juicio de culpabilidad definitivo (55).

V. RESULTADO GLOBAL

Tras todo lo dicho se puede constatar que los supuestos déficit del «finalismo» en una consideración más exacta no son tales, sino que se trata más bien de representaciones fijas de esta concepción que sólo representan estadios intermedios de su desarrollo. Tras él se hallan

(54) Con más detalle WELZEL (nota 7), pp. 138 y ss.; HIRSCH (nota 31), previo al § 32, núms. margs. 183 y ss., y 187 y ss. Así también expresamente el tenor literal de la regulación alemana de la imputabilidad (§§ 20 y 21 del Código Penal). Tampoco es una contradicción que el «finalismo» conecte el concepto de acción a un diagnóstico psíquico real, pero parta en la culpabilidad de un concepto normativo, porque sólo pueden ser prohibidas acciones reales. En la culpabilidad, por el contrario, se trata de una valoración del hecho cometido, en la que en cualquier caso los diagnósticos psíquicos constituyen un punto de encuentro (justamente los mencionados con anterioridad).

(55) Sobre ello HIRSCH (nota 31), previo al § 32, núm. marg. 184; del mismo (nota 38), pp. 244 y s.

comprensiones tales como la necesidad de observar las estructuras de los objetos previas a la regulación jurídica, y el ejercicio de una dogmática penal científica que deriva de principios jurídico-penales fundamentales, como un derecho penal de hecho, el delito como violación de la norma, el principio de culpabilidad, la diferencia entre injusto y culpabilidad, etc., de modo que se buscan las soluciones dogmáticas correctas con independencia de las legislaciones nacionales (56).

De ello deriva una ganancia no sólo científica, sino también para el Estado de derecho, que, por si fuera poco, se corresponde con la actual tendencia general a la globalización que exige una internacionalización de la ciencia penal. El fuerte incremento de la discusión internacional de las cuestiones dogmáticas confirma un aspecto ya mencionado de la finalidad metodológica del «finalismo»: especialmente con relación a las teorías generales, alcanzar conocimientos que puedan reivindicar validez científica más allá de las fronteras nacionales (57). El «finalismo» constituye por consiguiente un importante estadio de desarrollo de la dogmática penal. Por el contrario, aquellas nuevas concepciones dogmáticas que sostienen un normativismo orientado a un «derecho penal en una sociedad de configuración preexistente» representan una vuelta al positivismo legal nacional con una nueva vestidura (58). No se trata, pues, de un concepto orientado al futuro, sino al pasado; justo lo contrario de lo sostenido por Welzel.

Como se ha mostrado con anterioridad los conocimientos producidos tras Welzel, por ejemplo, en la teoría de la imputación objetiva de Roxin, pueden ubicarse sin dificultad en el sistema dogmático del «finalismo» y ser dotados aquí de la ineludible explica-

(56) Véase, con más detalles acerca del significado e importancia de un entendimiento propio de la ciencia de este tipo, HIRSCH (nota 19), pp. 43 y ss. Asombra que muchos teóricos del derecho penal se pronuncien en contra de la emancipación de la ciencia penal y opinen que su misión es limitarse a la interpretación de las estipulaciones legales.

(57) Véase también ya WELZEL (nota 5), p. 5. Acerca de la delimitación de los ámbitos relativos a los conocimientos válidos con carácter general y las diferentes consideraciones valorativas nacionales que permanecen intactas (sobre todo en la Parte Especial y en las consecuencias jurídicas del delito), ver, con más detalles, HIRSCH (nota 19), pp. 54 y ss.

(58) Así, según JAKOBS (nota 14), p. VII: «Son válidas las pretensiones del derecho penal en una sociedad de configuración preexistente... El fin es la óptima... sistematización del derecho vigente». Frente a esto pone de relieve MORENO HERNÁNDEZ que en tales concepciones, sobre todo en su versión extrema, «la vuelta subyacente al normativismo en cierta medida no significa otra cosa que una vuelta al positivismo jurídico» («Über die Verknüpfungen von Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik», en *Festschrift für Roxin*, 2001, pp. 69 y 90).

ción dogmática. Se puede, por ejemplo, poner de relieve que conclusiones obtenidas sólo casuísticamente pueden explicarse por lo demás como cuestiones generales de la estructura de las acciones humanas (59).

A diferencia de algunas nuevas corrientes, como, por ejemplo, la de Jakobs que es en México especialmente tenida en cuenta, el «finalismo» se caracteriza por conferir a la dogmática la función de posibilitar una aplicación segura y calculable por medio de conceptos precisos. Por el contrario, en la medida en que algunos actualmente discuten conceptos dogmáticos acudiendo para ello directamente a nociones totalmente indeterminadas, como, por ejemplo, estabilización de la norma, impresión de conmoción jurídica, prevención general positiva, competencia organizativa, competencia institucional, interacción y otras parecidas, se pone en cuestión la utilidad de la dogmática (60). Las amplias fórmulas y las con frecuencia tan sólo prolijas explicaciones ofrecidas no permiten saber si tales opiniones doctrinales están en posición de desarrollar un sistema propio. Da la impresión de que los resultados proceden en su mayoría de la dogmática tradicional, inclusive de la doctrina personal del injusto (61). Debido al impreciso y diferente arsenal conceptual y al relativismo de las afirmaciones –que ha llevado a la caracterización de la culpabilidad como un concepto que «proporciona una prestación regulativa... para una sociedad de constitución determinada» (62)–, semejantes conceptos traen consigo una ruptura con la evolución dogmática llevada a cabo hasta el momento, mientras que el llamado «finalismo» sólo implica un avance en dicha evolución. Se trata de un progreso que también contribuye a la humanización de la perspectiva jurídico-penal, ya que el «finalismo» elabora los elementos del delito no a partir del resultado, sino de la acción contraria a la norma, y comprende la acción humana no como mero proceso causal, sino como acción voluntaria.

El «finalismo» se ha convertido, a través de la larga discusión concentrada en torno al mismo en las primeras décadas posteriores a

(59) Ver *supra* en nota 48.

(60) Ver la utilización de tales conceptos vagos en la argumentación dogmática especialmente, en JAKOBS (nota 14), *passim*, algunos también en ROXIN (nota 8), *passim*. Frente a esto exigía v. LISZT ya hace más de un siglo «conceptos claramente aprehensibles y un sistema cerrado» (*Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1.ª edición, 1881, prólogo).

(61) Ver, por ejemplo, JAKOBS (nota 14), pp. XI y ss.; y ROXIN (nota 8), § 7, núms. margs. 51 y ss.

(62) Así, JAKOBS (nota 14), 17/22.

la guerra, en algo así como un «tema atractivo». Máxime cuando en cada debate tiene lugar una fijación unilateral en la dogmática penal, lo que trae consigo un abandono de otros ámbitos de las ciencias penales como la política criminal. En último término esto sólo es expresivo de los intereses científicos de los penalistas que entonces marcaban tendencias (63), pero no acerca del valor práctico y los fines del llamado «finalismo». El «finalismo» es un concepto tocante a los elementos estructurales generales del delito. Se ocupa, por tanto, de la parte fáctica de un derecho penal de hecho. Por el contrario, es independiente de las teorías de la pena y de la política criminal (64). Sin embargo, adquiere relevancia para estas últimas en la medida en que determina con precisión los requisitos generales del delito (p. ej., acción, dolo, imprudencia, culpabilidad, etc.) resultantes de los principios fundamentales que rigen para el mismo (derecho penal del hecho, principio de culpabilidad, etc.), y con ello marca límites frente a la expansión y la arbitrariedad de la legislación y la jurisprudencia. Entremezclar dogmática penal y política criminal, como puede apreciarse modernamente bajo signos normativistas, pasa por alto esta función, que justamente tiene como presupuesto la distinción de estos dos ámbitos. El provecho que ha conllevado el «finalismo» para la dogmática, que sigue siendo la parte más importante de la ciencia penal, encuentra una muy imprecisa y fuertemente reducida expresión con el término «finalismo». Por otra parte, no puede acotarse el estudio científico a los trabajos de Welzel. Estos estaban en parte inconclusos, o bien fueron «fletados» a través de residuos de las fases iniciales que invitaban a confusiones. Los presupuestos y consecuencias del «finalismo» han sido desarrollados y profundizados desde entonces. Hoy se trata de un

(63) Se atribuye la concentración en la dogmática a que en Alemania durante los años veinte, con el comienzo de la toma del poder por los nacionalsocialistas, se interrumpió el por entonces importante cultivo científico de la política criminal, mientras que en el período de Hitler la dogmática de la Parte General ofreció un ámbito en el que se podía trabajar científicamente sin tener que quedar expuesto de modo necesario en lo ideológico. Esta restricción tuvo repercusión en el período de posguerra y la política criminal, a través, ante todo, de la aparición de un círculo alternativo, en el que en los años sesenta se habían reunido los representantes de la siguiente generación, fue fuertemente cultivada como ciencia de nuevo en Alemania.

(64) Ver también WELZEL *supra* nota 5. El hecho de que él sostuviera la teoría de la retribución (ver *supra* nota 7, p. 238) no afecta al «finalismo» en absoluto. El concepto de la acción es también independiente de las teorías de la pena porque para él es decisiva qué estructura tiene el fenómeno conformador del objeto de prohibiciones y mandatos.

estado de cosas de la concepción fundada por Welzel que debe ser valorado científicamente a partir del *estadio actual*. Para un enjuiciamiento de este tipo no es suficiente con retroceder a los estudios publicados en la mitad del siglo pasado. Entre tanto numerosos fines generales o especiales del «finalismo» han sido abordados en el modo de trabajar de muchos penalistas, en todo o en parte, sin que por ello se perciban a sí mismos como «finalistas» (65).

(65) Así, escribe JESCHECK que «hay que contar con que los pensamientos sistemáticos que subyacen al concepto de delito del finalismo se irán imponiendo todavía más porque éstos son convincentes incluso con independencia de la doctrina final de la acción. En esta dirección apuntan (en Alemania) casi todos los manuales y comentarios» [JESCHECK/WEIGEND (nota 8), p. 214].

Interpretación penal en una dogmática abierta

JOSÉ MIGUEL SÁNCHEZ TOMÁS

Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Murcia (s. e.)
Letrado del Tribunal Constitucional (a. t.)

I. INTRODUCCIÓN

La construcción de la dogmática penal tiene una fundamental importancia para, a través de un método pretendidamente científico (1), hacer posible la delimitación de la intervención penal, definir sus conceptos y hacer predecible la reacción punitiva; reduciendo de esa forma la arbitrariedad (2). La dogmática penal cumple, de esa manera, una función primordial de garantía para el ciudadano en sus relaciones con el Estado, como titular del *Ius puniendi*, al evitar la imprevisibilidad en la respuesta sancionadora del Derecho penal a través de la aplicación del Derecho por parte de los órganos judiciales.

Esta función tradicional de la dogmática se ha visto superada en la actualidad con las modernas propuestas de elaboración de modelos dogmáticos permeables a la realidad social (3), en que su objetivo trasciende al mero análisis de la norma jurídica, como entidad abstracta y aislada, y la hace entrar en diálogo con la realidad social que

(1) Sobre los problemas de la científicidad de la dogmática jurídica, en general, y de la jurídico-penal, en particular, sigue discutiéndose y no puede considerarse una cuestión cerrada. Al respecto, véase, CUERDA RIEZU, *El legislador...*, pp. 101-16; NEUMANN, *El pensamiento...*, pp. 352 y ss., o SILVA, *Aproximación...*, pp. 149-79.

(2) Destaca este aspecto GIMBERNAT, *EDP*, p. 158.

(3) Como arquetipo véase la propuesta programática de ROXIN, *Política criminal...*, Sobre este fenómeno, por todos, MIR, *Introducción...*, pp. 281-99.

regula y las necesidades sociales que está llamada a satisfacer. La dogmática, en este nuevo contexto, ya no cumpliría sólo una función de garantía orientada al proceso aplicativo del Derecho, sino también de adaptación del sistema jurídico a la realidad social, incidiendo tanto en nuevas posibilidades de comprensión e interpretación de la norma jurídica en el momento aplicativo desde una perspectiva social como en el proceso mismo de elaboración normativa, analizando de qué forma se satisfacen más adecuadamente las eventuales necesidades sociales en la respuesta punitiva frente a determinadas conductas. Todo ello, en última instancia, posibilita que la dogmática, además de su función garantista, proyecte una labor crítica y creadora del sistema de Derecho penal (4).

Ambos aspectos, garantistas y crítico-creadores, resultan irrenunciables en la labor de la actual dogmática penal. Sin embargo, incluso para el cumplimiento de la función crítico-creadora sigue resultando presupuesto necesario el conocimiento del Derecho positivo, por lo que la misión principal de la dogmática penal continúa siendo, antes de nada, la de posibilitar dicho conocimiento (5). Esta posibilidad se hace efectiva a través de la interpretación normativa, convirtiéndose en un *prius* que no debe ser desatendido, ya que cualquier construcción de una teoría jurídica del delito y de sus consecuencias jurídicas que pretenda tanto esclarecer y fundamentar los presupuestos para la imposición de una pena, como establecer el referente sobre el que proyectar una crítica y propuestas alternativas, ha de emanar del propio Derecho positivo (6). La interpretación penal debe ser, por tanto, una reflexión fundamental en el marco de una dogmática penal abierta para comprender de qué forma se puede acceder a la construcción de una teoría del delito controlable para que asegure la función de garantía y, a su vez, abierta para que posibilite su permeabilidad social.

(4) Al respecto véase LAMARCA, *CPCr*; 1987, p. 450, con ulteriores referencias bibliográficas.

(5) En ese sentido señala GIMBERNAT que «el objeto de la metodología es, sobre todo, el de determinar el contenido de la proposición jurídica para ver qué casos concretos de la vida son subsumibles en ella», *Concepto y método...*, p. 44.

(6) En ese sentido afirma MIR que «la teoría del delito es obra de la doctrina jurídico-penal y constituye la manifestación más característica y elaborada de la dogmática del Derecho penal. Ésta tiene como objeto teórico más elevado la búsqueda de los principios básicos del Derecho penal positivo y su articulación en un sistema unitario. La teoría del delito constituye un intento de ofrecer un sistema de estas características. No es, pues, fundamentalmente una propuesta incondicionada sobre lo que el delito debería ser –no es una construcción iusnaturalista–, sino una elaboración sistemática de las características generales que el Derecho positivo permite atribuir al delito, a la vista de la regulación que aquél efectúa de éste», *DPPG*, p. 108, NM 2.

La interpretación, en principio, es una labor que se podría pretender considerar como un espacio de neutralidad valorativa. Pero no es así, la interpretación no se agota en la proyección sobre la proposición jurídica de unos supuestos racionales y neutrales criterios interpretativos consensuados como válidos (7). Toda labor interpretativa implica decisiones valorativas y, por tanto, a través de ella se cumple una función creadora del Derecho. Con el fin de dar una cierta controlabilidad (8) a ese carácter intrínsecamente creativo que tiene la interpretación y que asegure, en última instancia, la función garantista y de seguridad jurídica de la dogmática, resulta necesario exponer los apriorismos de los que se parte en la labor de interpretación (9). Sólo de esa forma se cumplen los dos objetivos de la dogmática, por una parte, permitir la racionalización de esa labor y, en esa misma medida, posibilitar una discusión crítica sobre la misma. Pero además, si ha de superarse la falsa neutralidad valorativa, también habrá que comprobar de qué forma encajan en ese sistema controlable de interpretación los valores. A ese fin, los aspectos a analizar en este trabajo serán, en primer lugar, los condicionantes metodológicos de la labor interpretativa (II) para, a partir de ellos, explicitar un modelo controlable de interpretación (III) (10), en que pueda verificarse de qué forma se da entrada a los criterios valorativos político-criminales para la construcción de una dogmática abierta (IV).

II. LOS CONDICIONANTES METODOLÓGICOS DE LA INTERPRETACIÓN PENAL

El estudio de la interpretación se ha desarrollado como objeto dogmático de la mano de las corrientes analíticas de la filosofía y se le

(7) Sólo como ejemplo véanse los problemas y polémicas sobre los criterios interpretativos en la dogmática jurídica en LARENZ, *Metodología...*, pp. 308-58, y, en especial en la dogmática jurídico-penal, GIMBERNAT, *Concepto y método...*, pp. 44-107.

(8) Sobre el espejismo de la neutralidad valorativa y la necesidad de sentar bases de controlabilidad, véase SILVA, *Aproximación...*, pp. 140-1.

(9) CID/MORESO señalan la honestidad de presentar con claridad los fines que guían las propuestas dogmáticas, entendiendo que en la actividad del dogmático penal se deben «presentar las doctrinas o modelos de justificación y, si así se quiere, su propio modelo de justificación, a cuya satisfacción vayan dirigidas las propuestas», *ADPCP*, 1991, pp. 153-4.

(10) En ambos apartados hago una reiteración, con ciertas modificaciones de los presupuestos metodológicos interpretativos que ya puse de manifiesto tanto en la introducción a SÁNCHEZ TOMÁS, *La violencia...*, pp. 34 y ss., como en la introducción a SÁNCHEZ TOMÁS, *Comisión por omisión...*, pp. 15 y ss., enmarcándolos, sin embargo, en este trabajo dentro de las consideraciones y exigencias de una dogmática abierta.

ha prestado un interés creciente por parte de los cultivadores de la Filosofía del Derecho (11), para elaborar de forma consistente (12) un sistema interpretativo. Punto de partida axiomático para esta labor interpretativa ha sido asumir, en primer lugar, que el objetivo del Derecho es prescriptivo, esto es, regulador de conductas, lo que implica que se configure como un proceso comunicativo (13), en que cada norma penal sintetiza a través de un código comunicativo el universo de fenómenos desvalorados para que sean conocidos por el receptor, quien sólo puede acceder a dicho conocimiento tras un proceso de interpretación de dicho código; y, en segundo lugar, que el código comunicativo de la norma penal es el lenguaje, con todos los condicionamientos que ello supone.

En efecto, la norma penal, como trasmisora de la carga comunicativa del Derecho penal, se conforma como el resultado de una abstracción, acumulando toda una serie de elementos lingüísticos cuyo significado no son sino la esencia de las conductas o fenómenos que se pretende desvalorar penalmente (14). La norma penal sería la concreción lingüística del máximo común denominador de todos aquellos eventos desvalorados. Si la decisión es que el evento de *la muerte de un ser humano causada por otro*, con independencia de cómo se produzca –ahogar, envenenar, apuñalar o disparar...–, debe ser desvalorada penalmente, así se comunica incorporando toda una serie de signos lingüísticos en una norma penal con el fin de describir un supuesto de hecho que incluya todos aquellos elementos que les sean comunes. De ese modo si el artículo 138 CP desvalora la conducta de *el que matare a otro*, las expresiones *el que, matare, otro* y las relaciones sintácticas que median entre ellas se convierten en términos y relaciones normativas.

A partir de esta abstracción podría parecer que la labor del intérprete resultaría automática: allí donde quede acreditado, a través de un

(11) Sobre tal recepción, véase HAFT, *El pensamiento...*, pp. 226-31.

(12) Utilizo la idea de consistencia como fundamentabilidad o racionabilidad, basadas en la validez de los enunciados jurídicos. Así, HABERMAS afirma que «el principio de seguridad jurídica exige decisiones que resulten *consistentes* en el marco del orden jurídico vigente» (cursiva mía), *Facticidad...*, p. 267.

(13) En ese sentido, ROBLES afirma que «el Derecho no es una “cosa”, sino un medio de comunicación social. Es el subsistema social cuya función consiste en la organización total del sistema social por medio de la verbalización de las instituciones, por medio de la expresión lingüística de los contenidos normativos», *El Derecho...*, p. 125. En realidad éste es el origen para toda concepción de lo normativo como fenómeno lingüístico. Así, MENDONCA, *Exploraciones...*, pp. 20-5, o *Interpretación...*, p. 17.

(14) CEREZO, *CDPEPG II*, p. 105.

proceso de subsunción, que un determinado sujeto protagoniza el acontecer de la muerte de otro se considerará cumplido el tipo penal (15). Sin embargo, el proceso de subsunción no es tan automático y, desde luego, requiere una labor previa: la interpretación de la norma penal. Cualquier fenómeno antes de su tipificación sólo es descriptible –comunicable– mediante el lenguaje común. Esa descripción se encripta o codifica a través de su incorporación a la norma y sus elementos quedan normativizados constituyendo conceptos jurídicos. Para constatar posteriormente si cualquier evento queda incluido en estos elementos se necesita previamente decodificarlos a través de la interpretación –desnormativizarlos– devolviéndolos al mundo del lenguaje común (16), ya que ese cualquier evento nuevamente sólo es descriptible y comunicable en el lenguaje común. Simplificándolo mucho este proceso de desnormativización podría compararse con un proceso de rehidratación de un producto concentrado.

Sin embargo, esta comparación entre desnormativización y rehidratación no deja de ser un reduccionismo. La realidad del proceso de desnormativización de un concepto jurídico –y, mucho más, de una norma penal completa– es bastante más complejo que la rehidratación. Con el proceso de concentración a un producto lo único que se le hace es quitarle el agua. Al añadirsele –por supuesto, en la misma cantidad y calidad– el producto vuelve a su antiguo ser. Por así decirlo, la mecánica de los procesos físicos del producto concentrado al contacto con el agua permiten su reconstrucción. Son las leyes de la física las que regirán el proceso y no permitirán que un concentrado de naranja acabe convirtiéndose, por ejemplo, en un zumo de manzana. Digamos que es un proceso reversible determinista. El proceso de normativización/desnormativización, por el contrario, no está regido por reglas mecánicas, sino que, al ser una labor semántica de dotar de significante a un significado –normativización– y de significado a un significante –desnormativización–, sus reglas no son deterministas, sino que están condicionadas por el carácter convencional del lenguaje, por lo que nunca puede llegarse a un resultado reversible (17). Máxime porque, además,

(15) Con esta simplificación y secuenciación de la labor de subsunción no quiero significar que la labor interpretativa siga una estructura lógica silogística en vez de dialéctica. Al respecto, sobre la interacción entre la interpretación de la norma y la construcción del hecho a través de las pruebas, véase TARUFFO, *Cinco lecciones...*, pp. 3 y ss.

(16) Para una caracterización de la labor de desnormativización como traducción al lenguaje común, véase SCHÜNEMANN, *PJ*, 1998, p. 204.

(17) Sobre los problemas de interpretación jurídica, en términos de teoría del lenguaje, véase HERNÁNDEZ MARÍN, *Interpretación...*, pp. 29-119.

ambos procesos tienen a protagonistas diferentes. La normativización, como abstracción, es una labor que realiza el legislador; la desnormativización, como dotación de significado, es una labor que en el momento aplicativo realiza el juzgador. Los conceptos jurídicos son un vehículo que se autonomiza de su origen y que se proyecta como realidades distintas a las imaginadas por sus creadores hacia un futuro en que otros operadores jurídicos desarrollarán el potencial de su contenido semántico. De ese modo, el resultado de la desnormativización nunca está garantizado que sea el de aquella primigenia descripción genérica en el lenguaje común de la suma de fenómenos que se intentaban sancionar.

Esa falta de identidad no implica, en todo caso, que el resultado de la desnormativización sea aleatorio (18), ya que la norma jurídica, al seleccionarse como código comunicativo al lenguaje, transportará, a través de la elección de las palabras y la configuración sintáctica de la concreta proposición jurídica, la esencia del conjunto de fenómenos que la Ley pretendió abstraer. Por así decirlo, un programa genético con potencialidad propia, condicionada, aunque independiente de su origen.

El hecho de la elección del lenguaje como código comunicativo de la norma penal para abstraer el universo de fenómenos desvalorados penalmente introduce de lleno la labor interpretativa en una serie de condicionantes lingüísticos que son difíciles de obviar (A) (19) y que delimitan el modelo de interpretación a seleccionar (B).

A) La constatación de que la norma penal sólo es comunicable a partir de su adscripción a un código comunicativo implica que el significado a aportar a una norma sea convencional (20) y no pueda ser autorreferente semánticamente (21). La imposibilidad de la autorre-

(18) Sobre los límites a la interpretación jurídica, véase, por todos, IGLESIAS VILA, *El problema de la discreción judicial...*

(19) Así, la STC 137/1997, de 21 de julio, destaca esa dimensión al afirmar que «en efecto, el derecho a la legalidad sancionadora debe partir del respeto judicial [...] al significado literal o textual del enunciado que transmite la proposición normativa, pues el legislador expresa el mensaje normativo con palabras y con palabras es conocida por sus destinatarios» (FJ 7); lo que es reiterado posteriormente en la STC 236/1997, de 22 de diciembre, FJ 3.

(20) Su carácter convencional implica que como tal código representa un conjunto de signos a los que se asigna un sentido/significado de forma arbitraria que dependerá de la convención de los que compartan el proceso de comunicación a través de ese código. Así, en relación a las palabras como signos del código lingüístico, SAUSSURE, *Curso...*, pp. 104-7.

(21) La insuficiencia de su autorreferencia semántica implica que el descubrimiento de la atribución convencional de un sentido/significado a sus signos no se pueden extraer a partir del propio contenido de sentido/significado que pretende asig-

rencia semántica de los códigos comunicativos se resuelve en el plano del código lingüístico, como modelo más formalizado de comunicación, al diferenciarse entre dos niveles de lenguaje: el lenguaje objeto y el metalenguaje (22). Este último sería el lenguaje cuyas proposiciones se refieren al lenguaje objeto. Por tanto, si la interpretación tiene como función comprobar el significado asignado a un significante, podrá afirmarse que es una actividad metalingüística (23). Sin embargo, las normas jurídicas se expresan en un lenguaje especializado del lenguaje común, el lenguaje jurídico (24). De aquél tomarán un presupuesto común –reglas sintácticas (25)–, pero también se especializará en cuanto al significado de sus signos –características semánticas (26)–, condicionadas por su propio contexto jurídico, pero tomando como referente el significado común (27). Esto es, en el len-

narse a cada uno de sus signos. Para ello es necesario tener como referencia un segundo código. Así, por ejemplo, la atribución de sentido a una señal de tráfico no puede venir dada por otra señal. El sentido que tenga una circunferencia de bordes rojos y fondo blanco sobre el que se destaquen en negro las grafías 5 y 0 no puede ser comprensible desde el mismo código de referencia. En este caso el código lingüístico actuará como un metacódigo explicitando que tal ha de interpretarse como la prohibición de circular a una velocidad superior a 50 kilómetros por hora. Sobre ello, ITURRALDE, *Lenguaje...*, pp. 29-30.

(22) Ampliamente, sobre las posibilidades de esta diferenciación, SCHAFF, *Introducción...*, pp. 33-85.

(23) El cambio de paradigma que ha provocado que el lenguaje deje de ser medio de investigación a objeto de investigación ha invadido la actividad investigadora en todos los campos. Al respecto, véase HAFT, *El pensamiento...*, p. 229.

(24) Así se puede definir norma jurídica como «proposición lingüística, perteneciente a un sistema proposicional expresivo de un ordenamiento jurídico, dirigida (por su sentido) directa o indirectamente a orientar la acción humana», ROBLES, *El Derecho...*, p. 29.

(25) A la sintaxis le es absolutamente indiferente el contenido significativo de los signos del código, se limita a establecer sus relaciones formales. Al respecto ITURRALDE, *Lenguaje...*, p. 69, nota 12.

(26) WRÓBLEWSKI afirma que, «según opiniones ampliamente compartidas, el lenguaje legal no tiene peculiaridades sintácticas, pero sí algunos caracteres semánticos debidos a la influencia del legislador al formar los significados de alguno de los términos que utiliza». *Constitución...*, p. 41. También HAFT al señalar que «El lenguaje del Derecho no puede apartarse de la complejidad del mundo real. Queda irremisiblemente atrapado en el lenguaje ordinario», *El pensamiento...*, p. 229.

(27) El artículo 3.1 del Código Civil, al afirmar que «las normas se interpretarán según el sentido propio de las palabras [...]», con lo que siguiendo a LARENZ se puede afirmar que «el sentido literal constituye el punto de partida y, al mismo tiempo, determina el límite de interpretación, pues aquello que está más allá del posible sentido literal ya no es compatible con él, aun en la “más amplia” de las interpretaciones» (entrecomillado del autor, cursiva mía), *Metodología...*, p. 341. En Derecho Penal véase RODRÍGUEZ MOURULLO, *Aplicación judicial...*, pp. 64-9.

guaje general y en el lenguaje jurídico no tiene por qué haber identidad de significados para significantes iguales. A su vez, el lenguaje jurídico-penal es una subespecie del lenguaje jurídico y su especialidad radicará también en el nivel semántico. Este nivel semántico, además, se ve seriamente condicionado por su contexto (28), que restringe las posibilidades de atribución de sentido/significado por la estricta vinculación al principio de legalidad, entendido como taxatividad (29). Con estas reflexiones se pone de manifiesto que la interpretación en Derecho penal es un proceso de metalenguaje sobre las normas penales, que con estricta sujeción a las relaciones sintácticas del lenguaje común se especializa relativamente en la semántica de sus signos en un contexto de estricta sujeción a la taxatividad.

Sin embargo, la interpretación penal no puede tomar en cuenta las proposiciones jurídicas si no es a través de las unidades que le dotan de sentido, esto es, las palabras. La interpretación penal es penal en tanto que tiene por objeto palabras incluidas en proposiciones normativas penales (contexto diferencial), y para el análisis de ese contexto se tienen técnicas y procedimientos puramente normativos. Pero, para lo que es labor interpretativa, las técnicas y procedimientos no pueden apartarse de las aportadas por la semiótica y la semántica. Por ello, también son un condicionante metodológico las propiedades de las palabras en cuanto unidades lingüísticas dotadas de sentido.

El significado, que es lo que interesa como carga comunicativa, cuenta con una intensión, que sería el conjunto de características que forman el significado, y una extensión, que serían todos y cada una de las realidades que, cumpliendo las características de la intensión, se afirman que quedan abarcadas por el significado (30). Evidentemente la extensión está determinada por la intensión (31). Nunca podrá afirmarse que una realidad pertenece a un ámbito significativo si previamente no se han podido detallar las características de este significado.

(28) Sobre las características emanadas de la propia semántica del lenguaje jurídico-penal, FERRAJOLI, *Derecho...*, p. 121.

(29) El art. 4.1 del CP de 1995 afirma que las «Leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas». Esta especificidad del lenguaje jurídico-penal, frente al lenguaje jurídico común, se reconoce, sobre todo, en relación a la prohibición de la analogía, al respecto, MIR, *Introducción...*, pp. 316-24, y OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto...*, pp. 321-4, que la limitan a la utilización de la analogía *in malam partem*. Parece ampliarla a la *in bonam partem*, CARBONELL, *Derecho Penal...*, pp. 127-33. Sobre la analogía en general en el Derecho, véase ATIENZA, *Sobre la analogía...*

(30) Para la utilidad de esta distinción en la interpretación jurídica, véase SCHROTH, *El pensamiento...*, p. 303.

(31) *Idem*.

El problema es que a las palabras les es inherente la vaguedad (32), entendida como la falta de seguridad para la consideración o tratamiento de algo conforme a un referente. La vaguedad puede afectar tanto a la intensión como a la extensión. Puede que lo que no esté determinado sean las propiedades del significado –vaguedad intensional–, o que afecte a la subsunción de un determinado supuesto en esas características o propiedades –vaguedad extensional.

Lo vago es diferente a lo concreto, pero también a lo arbitrario. Todas las palabras tienen un ámbito posible de significado atribuido convencionalmente y aprehensible en su uso común –precomprensión–; por tanto, la vaguedad no aparece referida a la imputación irracional de cualquier significado a esa palabra, sino a las dudas sobre si un contenido queda abarcado por dicha palabra en el contexto en que está siendo utilizada. Por ello ha de afirmarse que la vaguedad siempre es relativa, tanto en la referencia a la precomprensión de la palabra como al contexto de su uso (33). Así, una palabra mantiene un núcleo de comprensión mínimo de acuerdo con el carácter convencional del lenguaje –precomprensión–. Esta precomprensión es el conjunto de propiedades o de supuestos que mayoritariamente se reconocen o consensuan que pertenecen a esa palabra. Igualmente, mantiene un núcleo de negación –precomprensión de otras palabras– (34), es decir, el conjunto de propiedades o de supuestos que mayoritariamente se reconocen o consensuan que no pertenecen a la palabra. Hay propiedades o supuestos con certeza positiva sobre su inclusión y otros con la misma certeza sobre su exclusión. Entre ambos se sitúan las llamadas zonas de penumbra en que no se sabe si serían o no una propiedad del significado –zona de penumbra intensional– o si serían o no supuestos subsumibles en las propiedades de éste –zona de penumbra extensional–. La vaguedad es el enemigo a vencer por el intérprete y especialmente por el intérprete penal, por la vinculación a la taxatividad de los

(32) Para un análisis expositivo de la misma, véase ITURRALDE, *Lenguaje...*, pp. 32-4; MENDONÇA, *Interpretación...*, p. 21, o NINO, *Introducción...*, pp. 264-9.

(33) Esta vaguedad, incluso la contextual, puede a su vez ser potenciada en la proposición jurídica para evitar su petrificación o, al menos, para posibilitar su adaptabilidad a la realidad social. Así, la STC 137/1997, de 21 de julio, destaca que «el lenguaje es relativamente vago y versátil, las normas son necesariamente abstractas y se remiten implícitamente a una realidad normativa subyacente, y dentro de ciertos límites, el propio legislador puede potenciar esa labilidad para facilitar la adaptación de la norma a la realidad» (FJ 7). Se reitera esa idea en la STC 88/2003, de 19 de mayo, FJ 13.

(34) QUINTANA ha destacado el problema de la precomprensión y su importancia en los planteamientos de la filosofía hermenéutica más moderna, *Interpretación...*, pp. 50-65.

tipos. El campo de batalla serán las zonas de penumbra. La decisión dogmática tiene que procurar el paso de la luz a la sombra sin zonas intermedias. Un estado ideal de certeza intensional y extensional.

Para el proceso de consecución de la certeza intensional también será necesario atender a una segunda propiedad de las palabras: la ambigüedad. La ambigüedad implica que a un mismo significante o concepto se puede asociar más de un significado. Ésta puede proceder de dos fuentes: la sintáctica y la semántica. La ambigüedad semántica viene provocada por la atribución de significados diversos a un mismo significante –polisemia u homonimia–, si bien, sólo será relevante (35) cuando del contexto no pueda asignársele uno de los significados posibles; la ambigüedad sintáctica, por la construcción gramatical de las proposiciones.

Con todos estos condicionantes emanados de la consideración comunicativa del Derecho y, por tanto, del carácter lingüístico de las proposiciones jurídicas, hay que afrontar lo que en concreto es la labor de interpretación, ya que, hasta ahora, no se ha expuesto cómo se realiza una labor de interpretación sino con qué problemas puede encontrarse el intérprete en su labor. Así, todavía es necesario contar con un modelo interpretativo que se ajuste a estos condicionantes. Como el problema planteado sería, principalmente, el referido a las dudas sobre las reglas de interpretación a aplicar para la toma de una decisión en la asignación de significado a las proposiciones jurídicas, parece que el modelo de interpretación adecuado será el de la interpretación operativa (36).

B) La interpretación operativa, aunque su nombre procede de Ferrajoli (37), ha sido desarrollada de la mano del filósofo del derecho polaco Jerzy Wróblewski (38). El marco de desarrollo del modelo se ha producido en la resolución de las dudas referidas al significado de las reglas relevantes para tomar una decisión en la aplicación del Derecho. Por tanto, su finalidad no es la de afirmar cuáles son los criterios materiales de interpretación, sino la de indicar cómo se han de resolver los eventuales conflictos entre esos criterios interpretativos que implican una valoración y cuándo una decisión a ese respecto puede considerarse justificada, esto es, si para interpretar una proposición jurídica uno de los criterios sugiere una propiedad que es negada por otro criterio, saber cuál de ellos debe prevalecer sobre otro. Esta

(35) Así, MENDONCA, *Interpretación...*, p. 20, o NINO, *Introducción...*, pp. 260-4.

(36) Por supuesto existen otros modelos, sobre los mismos y destacando sus deficiencias véase CALVO GONZÁLEZ, *Comunidad jurídica...*

(37) Así lo reconoce WRÓBLEWSKI, al afirmar que el término «interpretación operativa» había sido introducido por FERRAJOLI, *Constitución...*, p. 28, nota 6.

(38) WRÓBLEWSKI, *Constitución...*, pp. 35-56.

labor se realiza sirviéndose de lo que se denominan directivas de interpretación. Sin embargo, este modelo se puede aplicar análogamente no ya a la resolución de conflictos entre criterios interpretativos, sino a situaciones de interpretación en sentido estricto, como manera de eliminar las dudas sobre cuáles deben ser los criterios interpretativos y su valoración (39).

Al existir decisiones interpretativas diversas, el modelo operativo se ha de servir de directivas de primer nivel que indiquen de qué modo se debe atribuir significado a una palabra, de acuerdo con el contexto que para la misma sea relevante. En este caso ser un lenguaje (contexto lingüístico) inserto en un ordenamiento (contexto lingüístico jurídico) penal (contexto lingüístico jurídico-penal). Ahora bien, además, han de añadirse como elemento contextual relevante para la interpretación de una palabra las proposiciones en que se integra (contexto proposicional concreto) (40). Las directivas de segundo orden serán de procedimiento, al indicar cómo deben utilizarse las de primer orden, o de preferencia, aportando información sobre la forma de seleccionar las posibles contradicciones en la aplicación de las de primer orden (41).

En cuanto a las directivas de primer orden vinculadas al plano del código lingüístico común, se tendrían las siguientes:

1.^a No se debe atribuir un significado a un concepto jurídico-penal diferente al del lenguaje común, sin estar justificado (relativa especificidad semántica al lenguaje común).

2.^a No se deben atribuir significados diferentes a conceptos jurídico-penales idénticos, sin estar justificado (eliminación de la distorsión de polisemia no fundamentada).

3.^a No se deben atribuir significados iguales a conceptos jurídico-penales diferentes, sin estar justificado (eliminación de la sinonimia no fundamentada) (42).

(39) Utilidad que es destacada por el propio WRÓBLEWSKI, *Constitución...*, p. 37.

(40) La interpretación de un signo en el marco de su código o de una palabra en el marco de su lenguaje no es posible sin tener como marco de referencia la oración o proposición en que se integra. Ello ha llevado en la lingüística moderna a defender que es la oración y no la palabra la unidad mínima de significado –principio de contextualidad–. Al respecto, véase GARCÍA SUÁREZ, *Modos...*, pp. 425-30.

(41) La exposición de estas directivas las he extraído directamente de WRÓBLEWSKI, *Constitución...*, pp. 47-54, si bien sólo menciono en el texto las relevantes a los efectos de este estudio y en una formulación adaptada al mismo. En nota a pie de página incluiré el resto de directivas.

(42) Se incluyen además una 4.^a y 5.^a directivas para evitar redundancias y garantizar la relevancia de cada concepto y para la utilización de las mismas reglas sintácticas que en el lenguaje común.

Las directivas de primer orden vinculadas al plano del código lingüístico jurídico(-penal) serían:

6.^a No se debe atribuir un significado a un concepto jurídico-penal que sea contradictorio con el de otro (eliminación de contradicciones conforme al principio de consistencia del código lingüístico jurídico-penal).

7.^a No se debe atribuir un significado a un concepto jurídico-penal que sea incoherente con otro.

8.^a Se debe atribuir un significado a un concepto jurídico-penal que lo haga lo más coherente posible con otros conceptos jurídico-penales (43) (esta regla y la anterior suponen respectivamente la eliminación y búsqueda de coherencia conforme al principio de coherencia del código lingüístico-penal).

Entre las directivas de primer orden vinculadas al plano de la concreta proposición jurídico-penal se debe destacar sólo la siguiente:

11.^a Se debe atribuir un significado a un concepto jurídico-penal de acuerdo con la finalidad perseguida (vinculación del significado al contexto proposicional) (44).

Sobre las directivas de segundo orden de preferencia, se tendrían:

16.^a Cuando la atribución de sentido resulta diferente de la aplicación de las directivas de primer orden, serán preferidas las vinculadas al plano lingüístico general.

17.^a Cuando la atribución de sentido resulta diferente de la aplicación de las directivas de primer orden en un mismo plano, serán preferidas por su ordinal.

Todas estas reglas, emanadas de los condicionantes lingüísticos de las proposiciones jurídicas, emanan de las relaciones lógicas dentro de

(43) Se incluyen además una 9.^a y 10.^a regla de evitación de inconsistencia y búsqueda de máxima consistencia respecto a un principio válido del derecho. Aclaro que tal principio válido del derecho se refiere a principio general del derecho *positivizado*. El propio WRÓBLEWSKI es muy escéptico con la pertenencia al sistema jurídico de los principios generales no positivizados. *Constitución...*, p. 50.

(44) Incluye también en este plano funcional directivas que reconoce son reglas normativas de interpretación que se vincularían a decisiones ideológicas, como son significado de acuerdo con interpretación histórica (12.^a), perseguida por el legislador contemporáneo (13.^a) y con los objetivos que intente perseguir el intérprete (14.^a). WRÓBLEWSKI, *Constitución...*, p. 51. En ese sentido, pertenecerían no al ámbito comunicativo del código, sino al ámbito de los actuantes en el código. Las dos primeras al del emisor y la tercera a la del receptor. Ello supondría además la adopción de criterios materiales subjetivos de interpretación, lo que resulta especialmente poco apropiado desde el ordenamiento penal, como desarrollaré posteriormente en el texto.

un código lingüístico. Por ello, tendrían el carácter de conectores lógicos dentro del sistema interpretativo y, en ese sentido, también serían condicionantes lingüísticos de la interpretación jurídica.

Aunque sea de forma breve no quiero dejar de destacar una reflexión sobre la directiva 11.^a, conforme a la cual se debe atribuir un significado a un concepto jurídico penal de acuerdo con la finalidad perseguida. Respecto de ella podrían existir problemas en cuanto a su vinculación al contexto proposicional, ya que en el Derecho penal parecería existir cierta unanimidad doctrinal en que la interpretación teleológica se vincula al bien jurídico y, por tanto, a que la finalidad reside en la propia norma y no en el legislador. Sin embargo, es posible que hubiera que replantearse en la dogmática penal la posibilidad de las llamadas interpretaciones teleológico-objetivas. Al menos, porque resulta una pretensión circular el intentar extraer criterios interpretativos para unos conceptos, según el bien jurídico delimitado por esos mismos conceptos, cuando precisamente tal delimitación dependerá del significado que se le haya dado a estos conceptos. Con ello toda la construcción se convierte en una petición de principio o bien sobre cuál es el bien jurídico protegido, o bien sobre cuál es el significado de las palabras. En el fondo se reconduce esa pretendida interpretación teleológico-objetiva en teleológico-subjetiva, ya que la finalidad volvería a residenciarse en un concepto prejurídico de bien jurídico, instalado en la *mens legislatoris*. Esto, a su vez, provoca que se atienda a una remisión a la intención del legislador, buscándose la asignación de sentido en un elemento distorsionador de la certeza de la Ley y del carácter convencional (pactado) de la asignación de significado. Una interpretación teleológico-objetiva, que debe asumir o su circularidad o su asunción de un criterio subjetivo, margina a los ciudadanos, como receptores de las normas, del proceso comunicativo, reconvirtiéndolos en súbditos, ignorando la inexistencia empírica del sujeto emisor en los procesos normativos, y provocando que la imposible determinación de cuál es la voluntad del legislador se acabe dejando en manos del intérprete decisionista —el juez—, que no sería sino, como máximo, un receptor más en el proceso comunicativo (45). Por ello, prefiero referirme a finalidad de la Ley en cuanto encaje semántico del concepto en la proposición normativa, sin posibles referentes extralingüísticos.

(45) Puede comprobarse este perverso efecto de desplazamiento de la *mens legislatoris* a la mente del intérprete en ALEXY, *Teoría...*, p. 232. Igualmente que esto propicie el retorno al Derecho penal de interpretaciones subjetivas se puede comprobar en la propuesta de CUERDA RIEZU, a través de la recepción de las teorías de Bydliński, *El legislador...*, pp. 86-97.

Señalado esto, ha llegado el momento de pasar a analizar cómo es posible con estos condicionantes diseñar un modelo controlable de interpretación normativa.

III. HACIA UN MODELO CONTROLABLE DE INTERPRETACIÓN PENAL

La interpretación normativa, como ya se ha señalado con anterioridad, cuenta con unos condicionantes lingüísticos que provocan que no pueda afirmarse que sea una labor automática y autoevidente. Ante una norma no se puede afirmar: «éste en concreto es su ámbito de significado y aplicación». La interpretación es un proceso semejante al de subsunción normativa y comparte con él todos los problemas de relatividad. Si para la subsunción normativa es preciso, primero, comprobar cuál es el ámbito de significado de la proposición jurídica, la interpretación, a su vez, también es un peculiar proceso de subsunción en que previamente es necesario descubrir la adscripción de unas propiedades de significado a un significante.

Este carácter especulativo de la interpretación no deriva, como podría parecer en un principio, de que los elementos que compongan la proposición jurídica fueran descriptivos o normativos (46). Hasta los conceptos descriptivos más tradicionales y utilizados en su sentido del lenguaje común dejan siempre una duda en el intérprete ante situaciones conflictivas o límites. La diferencia entre los conceptos descriptivos y normativos, y dentro de éstos entre los que remiten a otras normas o a la valoración social, no está en consideraciones cualitativas –el proceso interpretativo no es diferente–, sino cuantitativas –resulta más complejo en los normativos de valoración social, que en los descriptivos en su uso del lenguaje común, ya que en éstos, por ejemplo, se podría prescindir del contexto normativo–.

En ese sentido, se puede afirmar con Aarnio que la interpretación es «siempre una *decisión que implica una elección*. Es una cuestión de elección entre dos o más alternativas semántica y jurídicamente posibles. Con respecto a la ideología jurídica aceptada, el problema es la justificación de la elección hecha (...). Así, la teoría de la interpretación en la dogmática jurídica es, parcialmente, la teoría de la justificación de una interpretación alternativa» (47). El resultado de la

(46) En general, sobre la diferencia entre elementos descriptivos y normativos véase, por todos, MIR PUIG, *DPPG*, pp. 210-11.

(47) AARNIO, *Lo racional...*, p. 92.

interpretación, por tanto, siempre estará necesitado de una justificación. El problema previo, entonces, es el de encontrar las bases de justificación de la interpretación. Como se ha visto, ésta no puede tener su fundamento en el descubrimiento del significado intrínseco a una palabra o una proposición jurídica. Los significantes no son realidades ontológicas o naturales. A un significante no le corresponde necesariamente un significado en términos de comprobación empírica, ya que los significados no son en sí, sino atribuidos convencionalmente por la comunidad social que los incorpora a su código lingüístico. Este carácter convencional del significado y la ausencia de autorreferencia semántica sólo posibilitan el establecer como punto de partida «la idea de que la justificación jurídica es un proceso discursivo que sigue los principios del discurso racional» (48). En el diálogo, entonces, parece que estaría la clave de la justificación.

El punto de partida del diálogo es un *desacuerdo* que se materializa cuando las personas usan la misma expresión lingüística para referirse a cuestiones diferentes o cuando usan diferentes expresiones para referirse al mismo asunto (49) y a partir de ello el procedimiento discursivo implica la proyección de argumentos en favor (proargumentos) y en contra (contraargumentos) de cada una de las alternativas defendidas en el diálogo. La cadena de pro y contraargumentos para justificar una interpretación no tiene un límite exacto de interrupción, sino que éste está fijado por el receptor de la interpretación. Sólo en el momento en que se crean las condiciones para lograr la aceptabilidad de un enunciado por parte del receptor se podrá afirmar que la interpretación está justificada y, en ese sentido, es razonable (50).

La corrección de la interpretación, por tanto, no reside en un ontologismo o naturalismo, en que pueda decirse que se ha descubierto el significado encriptado en una norma jurídica, sino que es procedimental. Una interpretación queda justificada cuando el método para llegar a un resultado ha respetado sus bases de corrección procedimental. El problema entonces nuevamente hay que buscarlo en las bases de la aceptabilidad de ese procedimiento. Para ello parece interesante que se recurra a la distinción entre justificación interna y externa. La primera significa la derivación de las premisas de un argumento de acuerdo con reglas de inferencia aceptadas por los interlocutores, es lo que podríamos denominar la lógica interna del razonamiento. La segunda –justificación externa– se produce cuando

(48) *Ibidem*, p. 155.

(49) *Idem*.

(50) *Ibidem*, p. 166.

las premisas del argumento son tenidas como buenas por el sujeto que las utiliza (51).

Pues bien, los problemas de justificación de la interpretación jurídica está vinculada a la justificación externa, en tanto que será la validez de las premisas, y no la forma de derivar a partir de ellas una conclusión, lo que dividirá a los intérpretes (52). Así, por ejemplo, en el famoso silogismo: Todos los griegos son unos necios; X es un griego; por tanto, X es un necio. La justificación interna de este argumento deductivo vendría dada por el *modus ponens* de este razonamiento para derivar la conclusión de las premisas, y en ello, se estará de acuerdo en aceptar la lógica de la conclusión a partir de esas premisas, ya que no hay ningún salto lógico en el razonamiento. Sin embargo, si los problemas se derivan a la validez de las propias premisas es cuando se establecerá la disputa a resolver por el diálogo. Si se sigue con el ejemplo, e imaginando que uno de los interlocutores conoce bien a los griegos y no valora su carácter como necio, o bien conoce a X y le consta que no es griego sino que nació al otro lado del Mediterráneo, el problema de la justificación externa de ese razonamiento radicará en que no se estará de acuerdo en que los griegos son necios o en que X es griego y será ahí donde se establezca un desacuerdo en que se base un posterior proceso discursivo hasta que se considere la aceptabilidad de la fundamentación del otro.

Si se es receptivo a esa diferencia entre justificación interna y externa y se asume que principalmente la justificación externa es la que predomina en la interpretación jurídica, también habrá que reconocer que la estructura de la justificación externa no es silogística, esto es, que se crea o no que todos los griegos son necios no se puede derivar de reglas de inferencias que sean compartidas sino del convencimiento o la creencia sobre ello, y, por tanto, «no hay criterios exactos sobre la base de los cuales se pueda decir que justamente este argumento (silogismo) es el adecuado. El intérprete tendrá éxito si la totalidad del argumento (la cadena de silogismos) es lo suficientemente convincente para la otra parte» (53).

En resumen, una interpretación es racional cuando es razonable y es razonable cuando está justificada y está justificada cuando ha llegado a un nivel de aceptabilidad para el interlocutor con el que se mantiene la discusión sobre diferentes alternativas a través de pro y

(51) Sobre la justificación externa e interna, véase WRÓBLEWSKI, *Constitución...*, pp. 57 y ss.

(52) AARNIO, *Lo racional...*, pp. 168-9.

(53) AARNIO, *Lo racional...*, p. 170.

contraargumentos. Sin embargo, si eso es así, cabe preguntarse si no se está renunciando, entonces, a una única interpretación correcta; si no habrá, entonces, tantas interpretaciones como situaciones de aceptabilidad; o si no se vuelve con ello, en suma, a la arbitrariedad que era de lo que trataba preservar la dogmática.

Ciertamente parece que en el desarrollo teórico expuesto se está «bordeando la idea de que la justificación da lugar a la arbitrariedad» y que «no existe una base racional para la justificación de un punto de vista interpretativo en la dogmática jurídica» (54). De hecho se ha criticado que «si fuera posible indicar dos o más decisiones “igualmente correctas” para el mismo caso, la práctica jurídica quedaría impregnada de vaguedad y arbitrariedad. La igualdad de los ciudadanos correría peligro y no sería posible anticipar una actividad futura con suficiente precisión» (55).

El problema de si existe una única interpretación correcta o, incluso, si existiendo puede ser constatada, se emparenta con las teorías de la verdad (56). Si el procedimiento de justificación es esencialmente un diálogo y el intérprete encuentra una combinación de proargumentos necesarios para la justificación y el destinatario puede aceptar racionalmente esa interpretación en base a un haz coherente de enunciados es porque el destinatario se adhiere al sistema de razones del intérprete –justificación externa– y, «en ese sentido, el punto decisivo por lo que respecta a la interpretación “mejor justificada” es, sin duda, la diferencia en los juicios de valor». Así, «se podría decir que este rasgo vuelve plausible hablar de más de una respuesta correcta en el razonamiento jurídico» (57). Esto es, si la justificación externa hace también justificable una determinada interpretación y esta justificación externa depende de un consenso sobre un sistema de valores; ese relativismo axiológico, siempre que cuente con un procedimiento de justificación interna, nos precipita hacia la asunción de más de una respuesta aceptable (58). Al menos una por cada sistema

(54) *Ibidem*, p. 209.

(55) *Ibidem*, p. 210.

(56) *Ibidem*, p. 212. Sobre las teorías de la verdad véase la recopilación de artículos NICOLÁS/FRÁPOLLI, *Teorías...*, y sobre las teorías intersubjetivas de la verdad a las que se adhiere Aarnio, los artículos recogidos en esa recopilación de LORENZ, «El concepto dialógico de verdad», pp. 529-42; HABERMAS, «Teorías de la verdad», pp. 543-95, y APEL, «¿Husserl, Tarski o Pierce? por una teoría semiótico-transcendental de la verdad como consenso», pp. 597-618. Para su proyección sobre la semántica véase GARCÍA SUÁREZ, *Modos...*, pp. 423-544.

(57) AARNIO, *Lo racional...*, p. 239.

(58) Así, también WRÓBLEWSKI, *Constitución...*, pp. 88-9.

de valores. Que sea la mejor justificada dependerá nuevamente de que se alcance un consenso sobre qué sistema de valores asumir.

El problema de la justificación y la razonabilidad de la interpretación, por tanto, está condicionado por el relativismo axiológico y será el convencimiento sobre el sistema de valores en el que enmarcar el proceso de inferencias lo que hará mejor justificada una solución sobre otra, en tanto que tenga aceptabilidad racional. Pero ¿cómo será posible convencer a un interlocutor sobre la asunción de un sistema de valores y no otro?, o lo que es lo mismo ¿en qué términos es posible hablar de aceptabilidad racional en el marco del relativismo axiológico?

La aceptabilidad racional de la interpretación al ser un diálogo, una comunicación humana, es en realidad una racionalidad comunicativa (59), por lo que precisamente la asunción de un sistema de valores por un interlocutor sería el objeto de discusión en el acto de comunicación. Así, las condiciones de la comunicación pasan al primer plano de la discusión sobre la aceptabilidad de las premisas. Lo importante no es la corrección del sistema de valores, sino las condiciones que tendrían que darse para que la discusión sobre el sistema de valores a asumir permitiera un diálogo libre de compulsión, una especie de *situación ideal de comunicación* (60). A partir de la misma es cuando podría afirmarse que «el concepto de aceptabilidad está conectado con la conclusión, es decir, con el contenido material de la interpretación y no con la forma del razonamiento o las propiedades del procedimiento justificatorio mismo. No decimos que el proceso de razonamiento es razonable sino que hablamos del resultado razonable de la interpretación. Para ser aceptable, el resultado tiene que responder al conocimiento y al sistema de valores de la comunidad jurídica» (61).

En resumen, el resultado de una interpretación jurídica ni es verdadero ni falso, no existe una única solución correcta en los procesos interpretativos. Puede haber más de una posición normativa «verdadera» en la sociedad, según el punto de partida que se adopte (62). La cuestión está en conseguir un consenso representativo en la sociedad sobre un sistema de valores, lo que supone el punto de partida –justi-

(59) AARNIO, *Lo racional...*, p. 241. Una lectura de la interpretación y aplicación del derecho en términos de teoría del discurso la ha realizado HABERMAS, *Facticidad...*, pp. 297-309, quien además ha sido el principal impulsor de las teorías dialógicas.

(60) Más ampliamente, sobre las condiciones para la situación ideal de comunicación, véase HABERMAS, *Teoría... II y Conciencia moral...*

(61) AARNIO, *Lo racional...*, pp. 247-8.

(62) *Ibidem*, p. 286.

ficación externa—. A partir del mismo, la lógica interna del razonamiento, en un universo de personas racionales, supondrá que se considere aceptable el resultado por reglas de inferencia. Volviendo al ejemplo anterior sobre la necedad de los griegos y tomando a tres personas A, B y C, racionales, que pertenecen a una misma comunidad D. La persona A parte de un punto de vista de que todos y sólo los griegos son necios y que X es griego, lo que coincide con un sistema de valores V1. La persona B parte de un punto de vista en que ningún griego es necio y que X es griego, lo que coincide con un sistema de valores V2. La persona C parte de un punto de vista en que todos los griegos son necios, aunque puede haber no griegos que también lo sean, y que X es no es griego, lo que coincide con un sistema de valores V3. Todos ellos, como seres racionales, admiten la argumentación silogística del *modus ponens*. De ese modo en el sistema de valores V1, X sería un necio; en el sistema de valores V2, X no sería un necio y en el sistema de valores V3, X no es un necio por ser griego, pero tampoco podría asegurarse que no fuera un necio a pesar de no ser griego. Pues bien, los ciudadanos de la comunidad D serán quienes decidan cuál de las conclusiones es la aceptable racionalmente. Para ello habrá que comprobar cuál de los sistemas de valores V1, V2 o V3 es el que goza de mayor consenso, en el sentido de ser la más relevante socialmente. Entonces, contando que también son seres racionales receptivos al modo silogístico del *modus ponens*, si el sistema de valores mayoritario es V1, esa mayoría de ciudadanos llegaría a la misma conclusión que la persona A y, en ese sentido, es la mejor interpretación posible; pero, insisto, no porque las conclusiones de la persona B y C no sean verdaderas o racionales e incluso aceptables y razonables dentro de su propio sistema de valores, sino porque no son aceptables y razonables dentro del sistema de valores imperante en la comunidad D. La minoría que en la comunidad D sostenga el sistema de valores V2 y V3 tendrán que resignarse a sostener su conclusión no aceptable ni razonable mayoritariamente y esperar a que por la fuerza racional de la justificación sus sistemas de valores pasen a tener la relevancia social mayoritaria.

Con esta diferencia entre una justificación interpretativa interna, controlable por definición al responder a criterios de lógica, y una justificación externa, incontrolable por definición al responder a criterios de preferencia axiológica, se destacan las dos funciones fundamentales de la actual dogmática penal: su carácter reductor de la inseguridad jurídica y su carácter de permeabilidad a la realidad social. Ahora bien, ¿es posible reconciliar lo controlable de la justificación interna de la interpretación con la apertura axiológica de la

justificación externa? ¿Realmente se puede considerar controlable un sistema que da entrada, por la puerta de la justificación externa, al relativismo axiológico? En principio, parece difícil, pero no debe descartarse. La respuesta es enmarcar esos criterios de preferencia axiológica al máximo, reduciendo también su arbitrariedad y su carácter aleatorio. El cómo hacerlo es el objeto del siguiente epígrafe.

IV. EL SISTEMA DE VALORES EN LA INTERPRETACIÓN PENAL

El objetivo de este trabajo era intentar conciliar las dos funciones de la dogmática penal –la garantista y la crítico-creativa– dentro de su prioritaria labor de interpretar el ámbito de significado de las normas penales. Como se ha argumentado, la labor de interpretación penal cuenta con unos condicionantes lingüísticos de los que no puede sustraerse. Esos condicionantes lingüísticos precipitan al intérprete a una labor de metalingüística en que lo controlable a través de la lógica es la derivación de proargumentos desde un sistema de valores dado hasta la conclusión de un ámbito de significado. Sin embargo, la discusión sobre el punto de partida del sistema de valores quedaba remitida a una cadena de pro y contraargumentos no regidos por la lógica sino por la búsqueda de un consenso intersubjetivo. Este carácter dialógico de la construcción del sistema de valores supone un punto de inflexión en la controlabilidad de la interpretación que exigiría una dogmática garantista. Pero no hay que olvidar que también la dogmática actual exigía, en el mismo plano que la función de garantía, el carácter abierto y permeable del sistema penal que posibilitara su crítica y su potencialidad creadora. Esta función crítico-creativa va a poder proyectarse en la labor dogmática de interpretación de las proposiciones jurídico-penales precisamente a través de la selección del sistema de valores de partida. Por tanto, un último objetivo es cómo lograr tomar una decisión sobre el sistema de valores de partida que resulte consensuado intersubjetivamente y que goce de un cierto nivel de controlabilidad.

La controlabilidad, si en la justificación interna de interpretación radicaba en la lógica y, por tanto, era óptima desde el punto de vista objetiva, no puede decirse lo mismo respecto de la externa. Aquí la lógica no juega ningún papel, sólo la discusión sobre valores. Sin embargo, la discusión sobre los valores no surge *ex novo*. El Derecho penal no está aislado ni del resto del Ordenamiento Jurídico ni de la sociedad. Por tanto, el sistema de valores no sólo podrá, sino que

deberá, por exigencias normativas, quedar enmarcado y limitado por la Constitución (63). El propio sistema de fuentes diseñado por la Constitución que da cobertura de legitimación formal a la normativa penal, será el que condicione también materialmente el sistema de valores de partida. La Constitución será, por tanto, la fuente axiológica de la interpretación jurídico-penal, como deberá de serlo de la jurídico-civil, mercantil, administrativa, laboral... o, en fin, de cualquier rama del Ordenamiento Jurídico.

En ese sentido es de destacar la posición del Tribunal Constitucional a este respecto, en la que señala que «desde el punto de vista del enjuiciamiento constitucional cabe hablar de aplicación analógica o extensiva *in malam partem*, vulneradora del principio de legalidad penal, cuando dicha aplicación carezca de tal modo de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de las pautas interpretativas y valorativas extravagantes en relación al orden constitucional vigente» (64). En este párrafo el TC atiende tanto a la perspectiva de justificación interna cuando habla de apartamiento del tenor literal del precepto, como de la justificación externa, cuando se refiere a la utilización de pautas valorativas. Pero lo que me interesa señalar es que entiende que las pautas valorativas de referencia para la interpretación jurídico-penal sean las constitucionales.

Sin embargo, el tomar la Constitución como fuente del sistema de valores no es la panacea, al menos, por dos consideraciones: la primera, porque, a su vez, la propia Constitución es una norma jurídica y, por tanto, compuesta de proposiciones jurídicas que deben ser interpretadas. La segunda, porque la Constitución no establece un programa de máximos, sino de mínimos, con lo que quedará una cierta «holgura» axiológica. Aunque la primera consideración puede resultar problemática para fijar el programa o contenido axiológico de partida, junto con la holgura axiológica será la que posibilite definitivamente una construcción político-criminal plurívoca o alternativa razonablemente controlable.

El tomar como referencia axiológica de la justificación externa de interpretación de las normas penales a la Constitución, implica que se

(63) Sobre el carácter normativo de la Constitución y lo que ello implica desde la perspectiva interpretativa véase GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución...*, pp. 39-105. Más desde un análisis iusfilosófico PERALTA, *La interpretación...*, pp. 31 y ss.

(64) STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7. En el mismo sentido, entre las últimas, SSTC 111/2004, de 12 de julio, FJ 3; 138/2004, de 13 de septiembre, FJ 3; o 163/2004, de 4 de octubre, FJ 7.

deriva el descubrimiento de esos valores en algo que, a su vez, cuenta con los mismos condicionantes lingüísticos que las proposiciones jurídico-penales, ya que la Constitución está formada por proposiciones jurídico-constitucionales (65). En el fondo, esta remisión reinicia todo el problema de justificación interna y justificación externa. Siempre será posible un control de la lógica de la justificación interna de la interpretación de la Constitución, pero siempre habrá que recurrir, para la justificación externa del sistema de valores de partida a otra instancia (66). En este caso las instancias normativas están agotadas. Lo normativo se acaba en la Constitución. Fuera de ella –o antes de ella– ya sólo queda la sociedad. Por ello, serían las reflexiones sobre la Teoría Política de las que habría que derivar el sistema axiológico. Y, si para ésta sigue siendo válido lo intersubjetivo, también será el procedimentalismo de donde deban derivarse los principios valorativos (67). Lo cual también se reproduce en la Teoría Ética si se prefiere retornar sobre ella desde la Teoría Política como fuente axiológica de la misma (68). Finalmente lo valorativo se agota en lo procedimental. Lo axiológico no existe como materialidad sino como dialógica.

Estas reflexiones, por tanto, no despejan el problema del relativismo axiológico inherente a las teorías procedimentales que ha de asumirse sin trascendencia y con la única remisión a las condiciones ideales de comunicación. Sin embargo, ese relativismo axiológico no es peyorativo, sino que permite dos elementos fundamentales en un sistema dogmático abierto: por un lado, solventa el inmovilismo de las corrientes iusnaturalistas –incluidas las racionalistas– y, por otro, y en relación directa con lo anterior, posibilita una permanente adaptación del sistema, a través también de la interpretación y no sólo de la modificación legislativa, a la realidad social.

De ese modo, la interpretación jurídica no se agota únicamente en las propuestas de *lege ferenda* –perspectiva crítica–, sino también en las de *lege lata* –perspectiva creadora–. Siempre que se respeten las normas de la lógica inherentes a los condicionamientos lingüísticos de la interpretación, si el sistema de valores en el que se ha de desarrollar

(65) Así hay que destacar que la obra de WRÓBLEWSKI, *Constitución...* y la de otros destacados metodólogos de la interpretación tengan su origen en los problemas de interpretación de la propia Constitución.

(66) Para la polémica sobre esta cuestión en el constitucionalismo estadounidense véase BELTRÁN, *Originalismo e interpretación...*

(67) Sobre la construcción dialógica en la Teoría Política y su proyección sobre la construcción del Estado constitucional véase, por ejemplo, HABERMAS, *Facticidad...*

(68) Así, por ejemplo, véase CORTINA, *Ética aplicada...*, pp. 89-154.

es uno de los posibles en el marco axiológico de la Constitución, el resultado de la interpretación podrá ser uno de los correctos desde la perspectiva de *lege lata* y, por tanto, no deberá quedar relegado a una simple aspiración de *lege ferenda*, sino que se podrá crear interpretativamente un ámbito de significado normativamente correcto.

Si el sistema de valores corresponde a la idealidad o a una proyección diferente de la que ha quedado normativizada, entonces surge únicamente la perspectiva crítica *–lege ferenda–* sin que sea posible asumirla como una solución normativamente correcta (69) *–lege lata–*. Así lo destaca el TC cuando afirma que «La seguridad jurídica (...) sitúa la validez constitucional de la aplicación de las normas sancionadoras desde el prisma del principio de legalidad tanto en su respeto al tenor literal del enunciado normativo, que marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos, como su razonabilidad. Dicha razonabilidad habrá de ser analizada desde las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional y desde modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica (...). Dicho de otro modo (...) son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico *–una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante–* (...) conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios» (70).

En conclusión, remitir la justificación externa de la interpretación jurídico-penal al marco axiológico de la Constitución no garantiza la total controlabilidad de la misma y deja siempre abierto un elemento de inseguridad jurídica sobre la solución de una única interpretación correcta. Sin embargo, esa inseguridad jurídica queda también relativizada por la vinculación negativa del sistema de valores de partida para la interpretación a la Constitución. Habrá un abanico de interpretaciones justificadas externamente, pero sólo las que queden enmarcadas, a su vez, en una interpretación constitucional justificada interna y externamente podrán contar con una corrección interpretativa positivizada. En toda esta construcción interpretativa del Derecho Penal, como ocurre con toda interpretación normativa, se ha podido compro-

(69) Ese límite a la interpretación de *lege lata* es destacado en Derecho penal como un más allá del consenso intersubjetivo. Así, CUERDA RIEZU, *El legislador...*, pp. 102 y ss.; pero que en términos normativos habría que entenderlo positivizado, en última instancia, en la Constitución.

(70) STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7. En el mismo sentido, entre las últimas, SSTC 88/2003, de 19 de mayo, FJ 13; 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 16; o 163/2004, de 4 de octubre, FJ 7.

bar, además, que la creación de una dogmática abierta a valores debe estar acompañada de una apertura también a las reflexiones de otras ramas del conocimiento. Así la dogmática ni puede extraer valores desde su interioridad, ni puede prescindir de otros conocimientos para su construcción como saber crítico y como saber creativo.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, A., *Lo racional como razonable* (trad. Garzón Valdés, E.), ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991 (cit. AARNIO, *Lo racional...*).
- ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica* (trad. Atienza, M. y Espejo, I.), ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989 (cit. ALEXY, *Teoría...*).
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M., *Sobre la analogía en el Derecho (ensayo de análisis de un razonamiento jurídico)*, ed. Civitas, Madrid, 1986 (cit. ATIENZA, *Sobre la analogía...*).
- BELTRÁN, M., *Originalismo e interpretación (Dworking vs Bork: una polémica constitucional)*, ed. Civitas, Madrid, 1989 (cit. BELTRÁN, *Originalismo e interpretación...*).
- CALVO GONZÁLEZ, J., *Comunidad jurídica y experiencia interpretativa*, ed. Ariel, Barcelona, 1992 (cit. CALVO GONZÁLEZ, *Comunidad jurídica...*).
- CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995 (cit. CARBONELL, *Derecho Penal...*).
- CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. Parte General. II. Teoría jurídica del delito/I*, 5.ª edición, ed. Tecnos, Madrid, 1996 (cit. CEREZO, *CDPEPG II*).
- CID MOLINÉ, J., y MORESO MATEOS, J. J., «Derecho Penal y filosofía analítica (A propósito de *Diritto e ragione* de L. Ferrajoli)», en *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1991, fasc. I, pp. 143-78 (cit. CID/MORESO, *ADPCP*, 1991).
- CORTINA, A., *Ética aplicada y democracia radical*, ed. Tecnos, Madrid, 1993 (cit. CORTINA, *Ética aplicada...*).
- CUERDA RIEZU, A., *El legislador y el Derecho penal*, ed. Ceura, Madrid, 1991 (cit. CUERDA RIEZU, *El legislador...*).
- FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón* (trad. Andrés Ibáñez, P. y otros), ed. Trotta, Madrid, 1995 (cit. FERRAJOLI, *Derecho...*).
- GIMBERNAT ORDEIG, E., «¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?», en *Estudios de Derecho Penal*, ed. Tecnos, 3.ª ed., Madrid, 1990, pp. 140-161 (cit. GIMBERNAT, *EDP*).
- *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, ed. Tecnos, Madrid, 1999 (cit. GIMBERNAT, *Concepto y método...*).

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, ed. Civitas, 3.^a ed., Madrid, 1985 (cit. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución...*).
- GARCÍA SUÁREZ, A., *Modos de significar (una introducción temática a la filosofía del lenguaje)*, ed. Tecnos, Madrid, 1997 (cit. GARCÍA SUÁREZ, *Modos...*).
- HABERMAS, J., *Conciencia moral y acción comunicativa* (trad. García Cotarelo, R.), ed. Península, Barcelona, 1985 (cit. HABERMAS, *Conciencia...*).
- *Teoría de la acción comunicativa II (Crítica de la razón fundamentalista)* (trad. JIMÉNEZ REDONDO, M.), ed. Taurus, Madrid, 1987 (cit. HABERMAS, *Teoría...II*).
- «Teorías de la verdad» (trad. Jiménez Redondo, M.), en NICOLÁS, J. A., y FRÁPOLLI, M.^a J. (editores), *Teorías de la verdad en el siglo XX*, ed. Tecnos, Madrid, 1997, pp. 543-95 (cit. HABERMAS, *Teorías...*).
- *Facticidad y validez (Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso)* (trad. JIMÉNEZ REDONDO, M.), ed. Trotta, Madrid, 1998 (cit. HABERMAS, *Facticidad...*).
- HAFT, F., «Derecho y lenguaje» (trad. García Amado), en VV.AA. (edición a cargo de Kaufmann, Arth., y Hassemer, W.): *El pensamiento jurídico contemporáneo*, ed. Debate, Madrid, 1992, pp. 221-38 (cit. HAFT, *El pensamiento...*).
- HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho*, ed. Marcial Pons, Madrid, 1999 (cit. HERNÁNDEZ MARÍN, *Interpretación...*).
- IGLESIAS VILA, M., *El problema de la discreción judicial (Una aproximación al conocimiento jurídico)*, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999 (cit. IGLESIAS VILA, *El problema de la discreción judicial...*).
- ITURRALDE SESMA, V., *Lenguaje legal y sistema jurídico*, ed. Tecnos, Madrid, 1989 (cit. ITURRALDE, *Lenguaje...*).
- LAMARCA PÉREZ, M. C., «Posibilidades y límites de la Dogmática penal», en *Cuadernos de Política Criminal*, 1987, pp. 527 y ss. (cit. LAMARCA, *CPCr*, 1987).
- LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho* (trad. y revisión Rodríguez Molinero, M.), ed. Ariel, Barcelona, 1994 (cit. LARENZ, *Metodología...*).
- MENDONCA, D., *Exploraciones normativas*, ed. Fontamara, México, 1995 (cit. MENDONCA, *Exploraciones...*).
- *Interpretación y aplicación del derecho*, ed. Universidad de Almería, Almería, 1997 (cit. MENDONCA, *Interpretación...*).
- MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal*, ed. Bosch, Barcelona, 1976 (cit. MIR, *Introducción...*).
- *Derecho Penal. Parte General*, ed. PPU, 5.^a ed., Barcelona, 1998 (cit. MIR, *DPPG*).

- NEUMANN, U., «La teoría de la ciencia jurídica» (trad. Fariñas Dulce, M. J.), en VV.AA. (edición a cargo de Kaufmann, Arth. y Hassemer, W.): *El pensamiento jurídico contemporáneo*, ed. Debate, Madrid, 1992, pp. 351-90 (cit. NEUMANN, *El pensamiento...*).
- NICOLÁS, J. A., y FRÁPOLLI, M. J. (editores), *Teorías de la verdad en el siglo XX*, ed. Tecnos, Madrid, 1997 (cit. NICOLÁS/FRÁPOLLI, *Teorías...*).
- NINO, C. S., *Introducción al análisis del Derecho*, ed. Ariel, 3.^a ed., Barcelona, 1983 (cit. NINO, *Introducción...*).
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Sobre el concepto del Derecho Penal*, ed. Facultad de Derecho UCM, Madrid, 1984 (cit. OCTAVIO DE TOLEDO, *Sobre el concepto...*).
- PERALTA, R., *La interpretación del Ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*, ed. Facultad de Derecho UCM, Madrid, 1994 (cit. PERALTA, *La interpretación...*).
- QUINTANA BRAVO, F., *Interpretación, Ratio Iuris y objetividad*, ed. Edeval, Valparaíso (Chile), 1994 (cit. QUINTANA, *Interpretación...*).
- ROBLES, G., *El Derecho como texto (Cuatro estudios de Teoría comunicacional del Derecho)*, ed. Civitas, Madrid, 1998 (cit. ROBLES, *El Derecho...*).
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Aplicación judicial del Derecho y lógica de la argumentación jurídica*, ed. Civitas, Madrid, 1988 (cit. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Aplicación judicial...*).
- ROXIN, C., *Política criminal y sistema de Derecho Penal* (trad. Muñoz Conde, F.), Barcelona, 1972 (cit. ROXIN, *Política criminal...*).
- SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., *La violencia en el Derecho Penal (Su análisis jurisprudencial y doctrinal en el CP de 1995)*, ed. Bosch, Barcelona, 1999 (cit. SÁNCHEZ TOMÁS, *La violencia...*).
- *Comisión por omisión y omisión de socorro agravada*, ed. Bosch, Barcelona, 2005 (cit. SÁNCHEZ TOMÁS, *Comisión por omisión...*).
- SAUSSURE, F. DE, *Curso de lingüística general*, ed. Akal, Madrid, 1995 (cit. SAUSSURE, *Curso...*).
- SCHAFF, A., *Introducción a la semántica*, ed. Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1973 (cit. SCHAFF, *Introducción...*).
- SCHROTH, U., «Hermenéutica filosófica y jurídica» (trad. García Amado), en VV.AA. (edición a cargo de Kaufmann, Arth., y Hassemer, W.): *El pensamiento jurídico contemporáneo*, ed. Debate, Madrid, 1992, pp. 289-309 (cit. SCHROTH, *El pensamiento...*).
- SCHÜNEMANN, B., «Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania» (trad. Bacigalupo, S.), en *Poder Judicial*, 1998, vol. III, núm. 51, pp. 201-222; tb. en VV.AA. (ed. GIMBERNAT, E.; SCHÜNEMANN, B., y WOLTER, J.), *Omisión e imputación objetiva en Derecho Penal (Jornadas Hispano-Alemanas de Derecho Penal en homenaje al Profesor Claus Roxin con motivo de su investidura como Doctor «Honoris Causa» por la Universidad Complutense de Madrid)*, ed. Facultad de Derecho UCM-Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994. pp. 11-24 (cit. SCHÜNEMANN, *PJ* 1998).

- SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1992 (cit. SILVA, *Aproximación...*).
- TARUFFO, M., *Cinco lecciones mexicanas (Memorias del taller de Derecho Procesal)*, ed. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México D.F., 2002 (cit. TARUFFO, *Cinco lecciones...*).
- WRÓBLEWSKI, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, ed. Civitas, Madrid, 1988 (cit. WRÓBLEWSKI, *Constitución...*).

Consecuencias jurídicas en el ámbito de la responsabilidad penal por el producto, en especial en los delitos de fraude alimentario*

SARA AGUADO LÓPEZ

Prof. Asociada de Derecho Penal de la Universitat de València

I. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad penal por el producto y, en especial, los delitos de fraude alimentario, son un claro exponente del nuevo derecho penal de la llamada «sociedad de riesgo», pues también en este ámbito se cuestiona la idoneidad de los instrumentos tradicionales del derecho penal clásico (principios penales y procesales, categorías dogmáticas como las penas o consecuencias jurídicas, etc.), para hacer frente a los nuevos riesgos que genera la sociedad para la salud pública o a las nuevas formas de atacar ese bien jurídico. En la responsabilidad penal por productos defectuosos, y en los delitos de fraude alimentario, aparecen prácticamente casi todas las características más relevantes de esta nueva forma de delincuencia.

Desde un punto de vista criminológico, son delitos que podrían encuadrarse dentro de la criminalidad de empresa o criminalidad económica, porque la gran mayoría de las veces se realizan en el seno de

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto I+D titulado «Responsabilidad penal por la comercialización y consumo de productos defectuosos. Especial referencia a los delitos contra la salud pública: fraudes alimentarios nocivos», financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología. Ref. BJU 2001-2873 y cofinanciado con fondos FEDER.

una empresa, pues éstas intervienen de forma decisiva en la elaboración, transformación, distribución o venta de alimentos. Aunque estas empresas pueden ser de distinto nivel, cada vez con más frecuencia intervienen en el mercado organizaciones complejas (multinacionales), basadas en la división del trabajo y en la participación de un número elevado de personas. Estas empresas suelen gozar de personalidad jurídica distinta de los sujetos que las forman, cosa que puede provocar problemas para determinar la responsabilidad penal porque la propia organización compleja de la sociedad puede dificultar e incluso impedir la identificación del sujeto responsable, o bien porque para eludir responsabilidades se utilizan «hombres paja» fácilmente sustituibles por otros.

Siguiendo con el enfoque criminológico, los delitos de fraude alimentario son normalmente delitos de «cuello blanco» (1), pues los responsables de los mismos son empresarios que desarrollan su actividad con el fin de obtener una ganancia (ánimo de lucro), gozan de una buena posición económica y de una buena consideración social, ya que realizan actividades autorizadas (como la producción de alimentos).

Por otra parte, el derecho penal responde frente a esos riesgos con delitos de peligro, muchas veces de peligro abstracto, para proteger la salud pública (bien jurídico de carácter colectivo y difuso, ya que los fraudes alimentarios suelen afectar a un número indeterminado de personas). En relación con las consecuencias jurídicas, el derecho penal trata de combatir y prevenir los fraudes alimentarios con consecuencias eficaces, aunque, a veces, lo haga a costa de sacrificar principios penales. En este sentido, como estos delitos suelen cometerse a través de personas jurídicas, destaca la tendencia progresiva en los ordenamientos jurídicos europeos a favor de exigir, junto con la responsabilidad de la persona física, la responsabilidad de la propia empresa o persona jurídica, aplicándole verdaderas penas, o, como sucede en nuestro Código Penal (CP), «consecuencias accesorias», cuya naturaleza jurídica es muy controvertida.

De todos estos problemas, en este trabajo sólo me voy a centrar en el análisis de las consecuencias jurídico-penales aplicables a los delitos de fraude alimentario (2). Para ello, habrá que ver con qué tipo de

(1) Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Problemas actuales de la criminología*, Madrid, 1984, p. 181.

(2) Además de las consecuencias jurídico-penales, la responsabilidad por el producto, y en especial los fraudes alimentarios, cuenta con una respuesta en el ámbito civil (Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos), y con una respuesta administrativa de ámbito estatal

consecuencias responde nuestro ordenamiento jurídico. En el Código Penal vigente, las consecuencias jurídicas previstas para los delitos de fraude alimentario se pueden agrupar de la siguiente manera:

1) Penas principales: pena de prisión de uno a cuatro años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por tiempo de tres a seis años para las conductas de ofrecer en el mercado, alterar con aditivos, administrar a animales sustancias no permitidas, despachar etc. (arts. 363 y 364). En el artículo 364 se agrava la pena de inhabilitación especial, de seis a diez años, si el reo es propietario o responsable de la producción de una fábrica de productos alimenticios. En el artículo 365 se castiga únicamente con una pena de prisión más elevada, de dos a seis años, la conducta de envenenar o adulterar aguas potables o sustancias alimenticias. En el artículo 367 se castiga la imprudencia en relación con los artículos anteriores con las penas inferiores en grado.

2) Penas accesorias: de acuerdo con el artículo 56 CP, la pena de prisión de hasta diez años lleva como accesoria la inhabilitación especial o suspensión durante el tiempo de la condena.

3) Consecuencias accesorias: el artículo 127 prevé con carácter general para todos los delitos dolosos el comiso de los instrumentos, efectos y ganancias del delito. Y el artículo 366 prevé la aplicación potestativa de una consecuencia accesoria del artículo 129: la clausura temporal hasta cinco años como máximo del establecimiento, fábrica, laboratorio o local, y en los supuestos de extrema gravedad, el cierre definitivo.

4) Responsabilidad civil derivada del delito: para las personas físicas responsables del delito el artículo 116 prevé una responsabilidad civil directa, y para las personas jurídicas el artículo 120.3 y 4 establece una responsabilidad subsidiaria.

En este trabajo me voy a ocupar del análisis de todas estas consecuencias jurídicas que derivan de la comisión de delitos de fraude alimentario, destacando especialmente, siempre que sea posible, su aplicación práctica por los tribunales españoles. El objetivo es averi-

(Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios; Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, por el que se regulan las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor), y de ámbito autonómico (en nuestro caso, la Ley de la Generalitat Valenciana 2/1987, de 9 de abril, del estatuto de consumidores y usuarios de la Comunidad Valenciana, y el Decreto 132/1989, de 16 de agosto, del Consell de la Generalitat Valenciana, por el que se regulan las infracciones, procedimiento y sanciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios).

guar si estas consecuencias jurídicas son idóneas para satisfacer las necesidades político-criminales y dogmáticas que plantean estos delitos, o si existen otras consecuencias jurídicas más idóneas que no se recogen en el CP español, y que podrían proponerse *de lege ferenda*.

Frente a este tipo de delincuencia, el derecho penal debe combatir y prevenir los fraudes alimentarios con consecuencias jurídicas adecuadas y eficaces. La elección de las consecuencias jurídicas más idóneas vendrá condicionada por las peculiaridades que presentan los delitos de fraude alimentario, a las que he aludido anteriormente. Estas peculiaridades nos pueden obligar a buscar nuevas consecuencias jurídicas para poder castigar y prevenir de forma eficaz este tipo de delincuencia. Sin embargo, esto no puede cuestionar la aplicación de los principios generales del derecho penal válidos para el resto de delincuencia tradicional, ni justifica un régimen punitivo distinto que sea discriminatorio. Por lo tanto, la consecuencia jurídica ha de ser adecuada a la infracción; en este caso, a las características de los delitos de fraude alimentario. Y, por eso, puedo adelantar que descartaré sanciones que sean muy eficaces para combatir los fraudes alimentarios, pero que vulneren principios penales como el de proporcionalidad, subsidiariedad, o los principios de culpabilidad y personalidad de las sanciones.

Bajo estas premisas voy a pasar a analizar las consecuencias jurídicas aplicables a las personas físicas y a las empresas, con o sin personalidad jurídica.

II. CONSECUENCIAS JURÍDICAS APLICABLES A LA PERSONA FÍSICA

En nuestro CP se recogen una serie de consecuencias jurídicas para las personas físicas responsables de un delito de fraude alimentario, ya actúen a través de una persona jurídica, o no, porque, como veremos más adelante, en nuestro ordenamiento jurídico no se reconoce, al menos de momento, la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Las consecuencias jurídicas previstas en el CP son: la prisión, la multa, la inhabilitación profesional, el comiso y la responsabilidad civil. Junto con éstas, analizaremos otras que no están previstas para estos delitos, como la publicación de la sentencia, la pérdida de subvenciones, la prohibición de contratar con la Administración, los trabajos en beneficio de la comunidad y el arresto de fin de semana. Aunque a estas dos últimas se puede llegar si se dan los presupuestos para aplicar la sustitución de la pena privativa de libertad del artículo 88 CP.

1. Penas privativas de libertad

1.1 PENA DE PRISIÓN

Como hemos visto, la pena de prisión aparece como pena principal, normalmente junto con la de multa e inhabilitación especial, en todos los delitos de fraude alimentario tipificados en el CP, tanto en su versión dolosa como imprudente.

Las características criminológicas que presentan estos delitos de fraude alimentario (delincuencia económica y de cuello blanco), aconsejan la utilización de la pena de prisión, pues en la mayoría de los casos el sujeto activo de estos delitos será empresario, fabricante, comerciante, ya que son las personas que normalmente participan en el mercado, aunque no todos los delitos de fraude alimentario se configuren como delitos especiales (3). La pena de prisión, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, es la pena más adecuada para la delincuencia económica en general y, en concreto, para la responsabilidad por el producto y los fraudes alimentarios desde el punto de vista de la prevención general, especial y el principio de proporcionalidad.

La pena de prisión es la que mejor cumple con la necesidad de prevención general porque es la que más intimida a los ciudadanos, más aún si éstos ocupan una buena posición social y económica. La amenaza de una pena de prisión es muy eficaz para luchar contra este tipo de delincuencia por el especial temor al desprestigio social que implica el ingreso en prisión, con la consiguiente pérdida de confianza del mercado (4).

La pena de prisión, aunque presenta inconvenientes, de sobra conocidos, para cumplir una de las finalidades de la prevención especial, es decir, la reinserción social prevista en el artículo 25.2 CE, se considera adecuada para los delitos de cuello blanco, como los fraudes alimentarios, porque el tipo de delincuente que comete estos delitos no necesita resocializarse por la posición que ocupa en la sociedad (5).

Sin embargo, creo que este último razonamiento debe matizarse, pues no es del todo correcto. Pienso, de acuerdo con García Pablos, que no pueden confundirse algunas de las características que presentan los

(3) Vid. BOIX REIG, J., *Derecho penal. Parte especial* (junto con VIVES ANTÓN, T. S. y otros), Valencia, 1999, pp. 676, 677 y 680.

(4) Vid. TIEDEMANN, K., *Poder económico y delito*, Barcelona, 1985, p. 162. BUENO ARÚS, F., «Las sanciones penales en los delitos contra los consumidores», en *Actualidad Penal*, núm. 6, 1989, p. 272. TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal de la empresa*, Madrid, 1995, p. 59.

(5) Vid. TIEDEMANN, ob. cit., p. 163.

delincuentes de «cuello blanco» (inteligencia, cultura, buenos modales, buena posición social) con socialización (6). La resocialización a la que se refiere el artículo 25.2 CE significa que se respetan los valores constitucionales, cosa que no se hace cuando se ataca a la salud pública, bien jurídico de reconocimiento constitucional en el artículo 43. Por lo tanto, si bien no nos encontramos ante un delincuente marginal al que le falta por completo la socialización, pues mantiene vínculos con la sociedad (familiar, laboral, relaciones de amistad), sí que necesita una cierta resocialización en aquellos valores de nuestro ordenamiento jurídico que no ha respetado al cometer el delito. Otra cosa es que la idea de resocialización esté en crisis y que en la práctica la prisión desocializa. Pero no hay que olvidar que la resocialización no es el único fin constitucional de la prevención especial, pues con ella también se persigue la intimidación y la inoportunización del delincuente.

La pena de prisión es de las más adecuadas para cumplir con el principio de proporcionalidad de las penas (que es una exigencia constitucional de un Estado democrático y de derecho), pues su duración temporal permite ajustarse a la gravedad del delito y a la culpabilidad del autor. Pero eso no quiere decir que el legislador siempre se ajuste a las exigencias de este principio. Así, ya se ha denunciado que las penas de los delitos de fraude alimentario tipificados en el CP, que se castigan con penas graves (art. 33 CP), no son muy respetuosas con el principio de proporcionalidad. Por ejemplo, se castiga con la misma pena de prisión, de uno a cuatro años, conductas que representan distinta gravedad para el bien jurídico salud pública: se castiga con la misma pena la conducta del artículo 363, que es de peligro concreto, que la conducta del artículo 364.4, que es de peligro abstracto («despachar al consumo público carnes o productos animales de abasto sin respetar los períodos de espera en su caso reglamentariamente previstos») (7).

Dentro de la pena de prisión, la mayoría de la doctrina ha venido aceptando incluso la pena corta de prisión (de seis meses) (8), como

(6) Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Problemas actuales de la...*, cit., p. 201.

(7) Vid. DOVAL PAIS, A., «La regulación de los delitos de fraude alimentario nocivo en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1992», en *PJ*, núm. 28, 1992, p. 169. En contra de la mayor gravedad de la pena del artículo 365, vid. PÉREZ ÁLVAREZ, F., «La regulación del delito alimentario nocivo en el proyecto de Código Penal de 1992», en *ADPCP*, 1993, p. 1089. Aunque estos autores se refieren al PCP del 92, las penas y las conductas se corresponderían con los artículos citados del CP del 95.

(8) En la doctrina se suele considerar que la pena de prisión es corta si es de seis meses. Por debajo de seis meses se cubre con otras penas (arresto fin de semana, multa). Este criterio lo recoge el CP del 95. Pero la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que tiene prevista su entrada en vigor en octubre de 2004, reduce la pena de prisión a tres meses.

pena idónea para la lucha contra la delincuencia económica porque intimida más que otras penas (multa o inhabilitación) y porque este tipo de delincuente no necesita resocialización, o no necesita tanta resocialización como el resto de delincuentes. Como es sabido, la pena corta de prisión se rechaza en general, excepto para la delincuencia económica (9), porque se considera que es imposible resocializarse en un período de tiempo tan corto, y porque desocializa, ya que para su cumplimiento obliga a romper con los vínculos sociales. Además, de acuerdo con Mir Puig, puede resultar demasiado gravosa en proporción a la escasa gravedad de las infracciones penales para las que se prevén (10).

En mi opinión, la pena corta de prisión puede servir para luchar contra este tipo de delincuencia por razones de prevención general y especial. Desde el punto de vista de la prevención general, está claro que intimida más que el resto de penas; y desde el punto de vista de la prevención especial, el riesgo de desocialización en estos casos no es tan alto como se le achaca, pues el delincuente cuenta con más posibilidades de reinserción social que otro tipo de delincuentes marginados (11). Pero, la cosa no está tan clara en relación con el principio de proporcionalidad. Como toda pena ha de respetar el principio de proporcionalidad, y es precisamente en este punto donde la pena corta de prisión suscita más problemas, ya que una pena de prisión, aunque sea de corta duración, puede resultar demasiado gravosa para castigar infracciones penales no demasiado graves. Por lo tanto, debido a este inconveniente su utilización deberá restringirse a los casos absolutamente necesarios.

Por si no fuera poco con esto, algunos de los partidarios de la pena corta de prisión aún van más allá, proponiendo que dicha pena

(9) A favor de la pena corta de prisión, *vid.*, entre otros, TIEDEMANN, *Poder económico y delito*, cit., p. 163. TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal de la...*, cit., p. 59, etc. Pero también hay algunos autores que no son partidarios de las penas cortas de prisión para la delincuencia económica, como Paredes Castañón que las rechaza para la responsabilidad penal por el producto, o que, como Lascuráin Sánchez, es partidario de restringir las penas cortas de prisión al máximo en los delitos contra la seguridad en el trabajo porque pueden desocializar, *vid.* PAREDES CASTAÑÓN, J. M., *Derecho penal de la empresa* (dirigido por Corcoy Bidasolo, M.), Pamplona, 2002, p. 430. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid, 1994, pp. 425 y 426.

(10) *Vid.* MIR PUIG, S., «Alternativas a la prisión en el nuevo Código Penal», en *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995*, Universidad del País Vasco, 1996, p. 58.

(11) *Vid.* DE VICENTE MARTÍNEZ, R. de, «Las consecuencias jurídicas en el ámbito de la delincuencia económica», en *Actualidad Penal*, núm. 6, 1997, p. 116.

se cumpla sin posibilidad de aplicar la suspensión de la pena ni demás beneficios penitenciarios (12). Como ya decía González Rus «en los delincuentes económicos concurren casi siempre los requisitos que precisa la estimación de los beneficios legales sustitutivos de las mismas» (13), porque normalmente estos delincuentes no suelen ser reincidentes sino que, por el contrario, delinquen por primera vez y porque las penas de prisión previstas en el CP no suelen ser muy altas.

Sin embargo, esta excepción que se propone para la delincuencia económica me parece criticable. Como he dicho anteriormente, para este tipo de delincuencia se deben aplicar las reglas generales del derecho penal, y sólo se pueden hacer excepciones si están justificadas y no vulneran principios penales. La prohibición de suspender la pena para estos casos sería, en mi opinión, discriminatoria (14), contraria al principio de igualdad (art. 14 CE) y al derecho a la reinserción social (art. 25.2 CE), pues la finalidad de esta institución, es decir, de la suspensión de la pena, es favorecer la resocialización y evitar la desocialización que puede producir una pena corta de prisión.

Ahora bien, esto no quiere decir que se aplique automáticamente la suspensión de la pena en todos los casos en los que se cumplen los requisitos formales previstos en el artículo 81 CP [haber delinquirado por primera vez, que la pena impuesta no sea superior a dos años (15) y que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles (16)] como han venido haciendo nuestros tribunales, cosa que ha contribuido al desprestigio de esta medida. Por el contrario, la suspensión de la pena no debe hacerse automáticamente, sino que debe ser una decisión moti-

(12) Tiedemann recuerda que en EE.UU. se recomienda la pena de prisión breve sin posibilidad de suspenderla condicionalmente como método del *short-sharp-shock* (electroshock), en *Poder económico y delito*, cit., p. 158. También, BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978, p. 84. DE VICENTE MARTINEZ, «Las consecuencias jurídicas en...», cit., p. 109.

(13) Vid. GONZÁLEZ RUS, J. M., *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, Madrid, 1986, p. 152.

(14) BUENO ARÚS, «Las sanciones penales en...», cit., pp. 272 y 273.

(15) Se critica que el límite para conceder la suspensión de la pena se haya elevado de uno a dos años, porque se hace prevalecer la prevención especial en detrimento de la prevención general, vid. CEREZO MIR, J., *Curso de derecho penal español* (I), Madrid, 2004, p. 37.

(16) Aunque el requisito de la responsabilidad civil no es un elemento esencial de la reinserción, es un indicio más que ayuda a valorar el grado de reinserción del condenado y, además, es adecuado para la delincuencia económica en la que se actúa con ánimo de lucro.

vada por el juez, atendiendo fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto como exige el artículo 80 CP. Por lo tanto, aunque se cumplan los requisitos del artículo 81, el juez puede denegar la suspensión de la pena si cree fundadamente que el condenado puede volver a delinquir, pues en este caso será necesaria la pena de prisión. Y la debe conceder si no existen razones fundadas para creer que el delincuente puede volver a delinquir, pues de lo contrario se vulneraría el derecho a la igualdad y a la reinserción social.

Lo mismo podemos decir en relación con la sustitución de la pena y con los beneficios penitenciarios (tercer grado y libertad condicional). Tampoco su aplicación debe negarse radicalmente, sino que simplemente debe supeditarse al cumplimiento de los requisitos generales que exige el CP en el artículo 88 (sustitución de la pena), y en el artículo 90 (libertad condicional) o el artículo 72 LOGP (tercer grado). El artículo 90 y el artículo 72 LOGP han sido modificados por la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, que añade el requisito de que se haya satisfecho la responsabilidad civil en los casos artículo 72.5 y 6 de la Ley Orgánica 1/1979, General Penitenciaria (delitos contra el patrimonio y orden socioeconómico, delitos contra los derechos de los trabajadores, etc.), pero no se contemplan los delitos de fraude alimentario. Por lo tanto, el requisito de la responsabilidad civil no podrá exigirse para los fraudes alimentarios, a no ser que vayan acompañados de un delito de estafa, cosa que no será infrecuente en la práctica.

En relación con la aplicación práctica de esta pena, si observamos las SSTs y de AP sobre delitos de fraude alimentario, se puede ver como nuestros tribunales tratan de respetar el principio de proporcionalidad a la hora de individualizar la pena.

La SAP de Cuenca de 20 de enero de 2001 condena al gerente y administrador de una empresa que se dedicaba a la fabricación y comercialización de piensos compuestos para conejos, por el artículo 364.2.1 CP, porque utiliza para elaborarlos una sustancia no autorizada («Olaquinox»). Se aprecia, además, la agravante prevista en el artículo 364.1: «ser propietario o responsable de producción de una fábrica de productos alimenticios», que sólo incrementa la pena de inhabilitación. En este supuesto, la AP aplica las penas en grado mínimo: un año de prisión, seis meses de multa, con una cuota diaria de 2.000 pesetas, e inhabilitación especial por seis años, a pesar de que el Fiscal pide una pena de dos años de prisión, diez meses de multa, con una cuota diaria de 3.000 pesetas, e inhabilitación especial durante siete años. La AP apoya su decisión de aplicar penas en grado mínimo en la ausencia de circunstancias modificativas de la responsa-

bilidad penal, en la falta de antecedentes penales y en la ausencia de peligro grave:

«Sobre este particular hay que hacer constar que los referidos preceptos establecen la imposición de una pena conjunta de uno a cuatro años de prisión, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial... de seis a diez años, por lo que en ausencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y en aplicación de las prevenciones contenidas en el artículo 66.1 del Código Penal, esta Sala entiende prudencial imponer las referidas penas en sus límites mínimos, en atención a la ausencia de antecedentes penales en el acusado, al hecho de que el mismo viniera dedicándose desde hacía tiempo a la fabricación de piensos sin que con anterioridad hubiera sido objeto de alguna clase de sanción, así como la circunstancia de que la concentración de Olaquinox hallada en los piensos para conejos, con ser importante, no parece que fuera por sí misma suficiente para poner en peligro cierto la vida de los consumidores de las carnes de dicho animal o provocarles lesiones irreversibles» (F.J. 4.º).

En el mismo sentido, STS de 14 de septiembre de 2002, que confirma la anterior SAP de Cuenca, SAP de Cuenca de 8 de octubre de 1998; SSAP de La Rioja de 10 de octubre de 2001, de 19 de diciembre de 2001, y de 10 de enero de 2002; SAP de Murcia de 12 de septiembre de 2001; SAP de Madrid de 26 de diciembre de 2001; SAP de Toledo de 3 de septiembre de 2001, etc.

En la SAP de Toledo de 3 de enero de 2002, en la que se condena por el artículo 364.2.1: «administrar a los animales sustancias no autorizadas» (acetato de trembolona y estradiol), se rebaja la pena de prisión de tres a dos años porque el Tribunal considera que la pena está desproporcionada en relación con la gravedad de los hechos y circunstancias del autor:

«la individualización de la pena al caso concreto permite, al no concurrir circunstancias agravantes ni atenuantes, recorrer en toda su extensión la pena, habiendo optado el juez *a quo* por aplicar el grado máximo de la misma, pero sin que haya sido debidamente motivado en los razonamientos jurídicos... y esta falta de motivación, unido a la carencia de circunstancias especiales a tener en cuenta, por el contrario consta en la causa que análisis posteriores dieron resultados negativos, conduce a la Sala a estimar proporcional a la gravedad del hecho y las circunstancias de los autores la pena en su grado mínimo, concretamente una duración de dos años» (F.J. 2.º).

Sin embargo, en un caso parecido a los anteriores, de similar gravedad, se aplica una pena más grave (prisión de tres años, multa de diez meses, e inhabilitación especial por cinco años), sin que el Tribunal justifique la diferencia de criterio. Me refiero a la SAP de Cantabria de 22 de abril de 2002, en la que se condena al administrador de una explotación ganadera por la conducta del artículo 364.2.1, es decir, por administrar a los animales clenbuterol.

Muy benevolente me parece la SAP de Tarragona de 7 de enero de 2000, que rebaja la pena en base a una serie de argumentos discutibles: el transcurso del tiempo y la no obstrucción a la justicia, a pesar de que el propio Tribunal considera que los acusados merecen un reproche penal superior, pues con su conducta de fabricar, distribuir, mezclar y comercializar clembuterol sin autorización para el engorde del ganado han generado un peligro incontrolado:

«Así pues, si bien es cierto que debe tenerse en cuenta que la actividad de los acusados generó un riesgo para la salud pública totalmente incontrolado en base a un simple y reprochable ánimo de lucro, y que el señor C. es merecedor de un reproche penal superior al haber tenido una participación relativa a la organización, control y distribución del producto nocivo, debe tenerse en cuenta que los acusados no han tenido una actitud de obstrucción a la justicia o pasividad resistente, así como también debe tenerse en cuenta a nivel de individualización de la pena que nos hallamos frente a hechos acaecidos a finales de 1991 y 1992, en virtud de lo cual la Sala estima prudente una atemperación o matización de las penas impuestas» (F.J. 7.º).

En alguna sentencia en la que se aplica el delito de peligro concreto del artículo 363.1 CP, como, por ejemplo, la SAP de Cáceres de 22 de marzo de 2001, la pena de prisión se eleva a tres años por la venta de productos alimenticios caducados que provoca un peligro concreto para la salud de los consumidores. Y también en alguna otra sentencia, en la que, además del peligro, se produce un daño efectivo para la salud de los consumidores, el Tribunal aprecia una pena más grave, cosa que llama la atención porque los delitos de fraude alimentario son delitos de peligro y no exigen la causación de un daño (17). En este sentido, se puede ver la STS de 20 de enero de 2001, en la que, en aplicación del artículo 346 de CP del 73, la pena es de prisión de tres años y multa de 2.000.000 de pesetas para el administrador y gerente de una explotación ganadera por administrar clembuterol:

«La determinación de la extensión de la pena privativa de libertad a imponer a los autores del delito apreciado, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 61.7 del Código Penal de 1973, vigente al ocurrir los hechos, y la gravedad notable del mal producido por el delito causando un grave riesgo a la salud pública, exige que la pena de privación de libertad se extienda a tres años de prisión menor y a 2.000.000 de pesetas la pena de multa» (F.J. 4.º).

En resumen, del análisis de estas Sentencias se puede decir que nuestros Tribunales, como regla general, actúan con bastante benevo-

(17) En una sentencia más antigua, AP de Madrid de 8 de junio de 1979, se pide incluso un indulto parcial (reducción de la pena de cuatro a dos años de prisión por el delito de peligro contra la salud pública del art. 346 del anterior CP), entre otras cosas porque no se produce ningún resultado dañoso para las personas.

lencia al aplicar estos delitos porque, como hemos visto, prácticamente nunca aprecian el límite máximo de la pena de prisión (cuatro años), sino que, por el contrario, acuden normalmente al límite mínimo de un año. Esta benevolencia de los Tribunales se puede extender también a la pena de multa e inhabilitación especial, pues forman parte de la pena conjunta o compuesta del delito de fraude alimentario más aplicado en estas sentencias, me refiero al artículo 364.2.1 CP. El argumento que utilizan con frecuencia para justificar la aplicación de una pena mínima: «que no existe un peligro cierto para la vida de los consumidores», no encaja bien con la defensa reiterada que los Tribunales hacen del delito del artículo 364.2.1 CP como un delito de peligro abstracto, o incluso hipotético o presunto, pues esta clase de peligro precisamente se caracteriza por no exigir un peligro cierto, real o concreto. Por otra parte, tampoco me parece correcto que se aplique una pena más elevada en los casos en los que, además del peligro, se produce un resultado de daño efectivo para la salud, pues la solución sería aplicar, según el caso, un concurso de normas o de delitos, ya que los delitos de fraude alimentario son de peligro, no de lesión.

1.2 OTRAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

Nuestro CP no ha previsto para estos delitos ninguna otra clase de pena privativa de libertad, aparte de la prisión, como pena principal, ya que se tipifican como delitos graves. Otras penas privativas de libertad, como el arresto fin de semana, sólo se pueden aplicar en este caso como pena sustitutiva de la prisión cuando la condena no sea superior a 1 año y concurren las demás circunstancias del artículo 88 CP (18). El arresto de fin de semana se ha venido considerando como una pena idónea, para las infracciones menos graves en materia económica, desde el punto de vista de la prevención general, pues intimida más que la multa, y desde la prevención especial, porque evita la desocialización del delincuente (19).

De acuerdo con el artículo 88, el juez puede decidirse por la pena de prisión de un año o por la sustitución, pues la sustitución es potes-

(18) En la Ley Orgánica 15/2003, que entrará en vigor el 1 de octubre de 2004, el arresto de fin de semana desaparece como pena principal y como pena sustitutiva por problemas de aplicación práctica. La nueva redacción del artículo 88 prevé como penas sustitutivas de la prisión la multa y los trabajos en beneficio de la comunidad.

(19) GONZÁLEZ RUS, *Los intereses económicos de...*, cit., p. 373. DE VICENTE MARTÍNEZ, «Las consecuencias jurídicas en...», cit., pp. 123 y 124. PAREDES CASTAÑÓN, *Derecho penal de la...*, cit., pp. 430 y 431.

tativa. A su vez, si se inclina por la sustitución de la pena, el artículo 88 le permite optar por la pena de arresto de fin de semana o multa. Está claro que en los delitos de fraude alimentario debe inclinarse por el arresto de fin de semana porque intimida más que la pena de multa y evita que la pena se contabilice como gasto de la empresa o que se repercuta sobre terceros inocentes.

2. Penas pecuniarias o patrimoniales: la multa

La pena de multa aparece también como pena principal en los delitos de fraude alimentario, excepto en el artículo 365 que, como hemos visto antes, sólo se conmina con una pena de prisión de dos a seis años. La pena de multa prevista para estos delitos es de seis a doce meses (pena menos grave según el art. 33 CP), y se rige por el sistema días-multa, que es el que acoge mayoritariamente el CP del 95.

A pesar de que la pena de multa se utiliza cada vez más en el CP para sustituir la pena de prisión en los casos de criminalidad menos grave, no es una pena recomendada para la delincuencia económica y de cuello blanco cuando el empresario es una persona física (20) porque, desde el punto de vista de la prevención general, no intimida, ya que los empresarios, movidos por el ánimo de lucro, la pueden contabilizar como gasto. Incluso les puede salir más rentable infringir la norma y pagar la multa en relación con los beneficios que ello les puede reportar (cálculo costes-beneficios), y también pueden repercutir la multa sobre el precio final del producto a los consumidores (21).

La multa, en cambio, sí que es una sanción muy utilizada como sanción administrativa en los fraudes alimentarios. Así, la Ley 26/1984 en su artículo 36, la Ley 14/1986 en su artículo 35, el Real Decreto 1945/1983 en su artículo 10, etc. (22), establecen como sanción principal multas que pueden alcanzar una cuantía mayor que la prevista en el CP para los delitos de fraude alimentario. La sanción de multa se gradúa en función de la gravedad de la infracción (leve,

(20) En cambio, sí que se defiende la pena de multa como sanción dirigida a la empresa persona jurídica, *vid.* TIEDEMANN, *Poder económico y delito*, cit., pp. 168 a 170.

(21) *Vid.* BUENO ARÚS, «Las sanciones penales en...», cit., pp. 274 y 275. GONZÁLEZ RUS, *Los intereses económicos de...*, cit., pp. 372 y 373. PAREDES CASTAÑÓN, *Derecho penal de la...*, cit., p. 430.

(22) Sobre esta normativa, *vid.* nota pie de página núm. 1.

grave o muy grave), y en este último caso la cuantía máxima puede ser de 100 millones de pesetas, o incluso más, porque se puede elevar hasta el décuplo del valor de los productos o servicios objeto de la infracción. Multas que, como se puede ver, sancionan especialmente el lucro o enriquecimiento que se persigue con los fraudes alimentarios. En este ámbito, al igual que sucede en otros en los que existe una regulación administrativa previa al CP (por ejemplo en la seguridad en el trabajo), se advierte una descoordinación entre el legislador penal y el administrativo, porque las multas administrativas son más graves que las penas, cosa que choca con el principio de proporcionalidad.

Otro inconveniente que presenta la pena de multa es que no es demasiado respetuosa con el principio de personalidad de las penas porque, al ser una pena pecuniaria, puede afectar a terceras personas inocentes. Así, como consecuencia de la imposición de la pena de multa, puede disminuir el patrimonio familiar del empresario individual o puede repercutirse sobre terceros (consumidores).

La pena de multa se rechaza en la delincuencia económica si sustituye a la pena de prisión o se configura como pena alternativa a la misma. No, en cambio, si aparece como pena cumulativa a la pena de prisión como ocurre en los delitos de fraude alimentario. Siempre que, además, como añade Terradillos Basoco (23), no se trate de una multa irrisoria, para que no sea fácilmente eludible, y mantenga una proporción con el delito y con la capacidad económica del delincuente.

El sistema de determinación de la pena de multa que mejor permite cumplir con estos últimos objetivos es el que utiliza con carácter general el CP del 95, es decir, el de días-multa (arts. 50 y ss.) Este sistema parece adecuado también para los delitos de fraude alimentario porque permite tener en cuenta la gravedad del delito a la hora de establecer su extensión (art. 50.3), y la capacidad económica del reo para fijar la cuantía de la cuota diaria (art. 50.4 y 5). Pero, quizá sí que se podría objetar, como ha hecho Mir Puig, que la cuantía que resulta de la aplicación de este sistema puede resultar insignificante cuando se trate de delincuentes con una muy elevada capacidad económica (24). Para estos casos, me parece acertada su propuesta de elevar, no el límite mínimo, sino el límite máximo de las cuotas.

Otro sistema que conserva el CP para determinar esta pena es el de la multa proporcional regulado en su artículo 52, aunque este sistema se utiliza en los delitos de la parte especial del CP con carácter muy excepcional (arts. 301, 305, 368). Con ella se persigue castigar espe-

(23) Vid. TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la...*, cit., p. 61.

(24) MIR PUIG, «Alternativas a la prisión...», p. 60.

cialmente el beneficio obtenido en estos delitos como el de tráfico de drogas donde las ganancias pueden ser extraordinarias, por eso el artículo 368 establece una multa «del tanto al triple del valor de la droga». Sin embargo, la multa proporcional no aparece en los delitos de fraude alimentario, ¿debería extenderse a ellos?

Pienso que no es necesario ni conveniente. En primer lugar, porque la multa proporcional se ha restringido sólo a las actividades delictivas de especial trascendencia económica, a las que no pueden equipararse los fraudes alimentarios, aunque también en ellos esté presente el móvil económico. En segundo lugar, porque su extensión a estos delitos podría vulnerar el principio de proporcionalidad y conducirnos en la práctica a una confiscación patrimonial, porque los delitos de fraude alimentario se castigan en el CP, además, con la pena de inhabilitación especial, y ésta por sí sola ya puede provocar un grave quebranto económico al producirse el cese en la actividad. No hay que olvidar que, por si fuera poco, el CP en el artículo 127 cuenta con el comiso de las ganancias. Y en último lugar, como es de sobra conocido, el sistema de días-multa permite adaptarse mejor a la capacidad económica del reo y, por lo tanto, al principio de igualdad, que la multa proporcional.

Por lo que se refiere a la aplicación práctica por nuestros Tribunales de la pena de multa, he de reiterar lo dicho al examinar la pena de prisión, pues la pena de multa también se aplica como norma general en su límite mínimo. Cosa que me parece muy criticable, porque al ser fácilmente eludible no se podrán satisfacer las necesidades de prevención general.

Ahora bien, dicho esto hay que reconocer que nuestros Tribunales se esfuerzan para adaptarse a la capacidad económica del reo. En este sentido, se puede ver: la SAP de Sevilla de 4 de julio de 2001, en la que se fija una cuota diaria de 50.000 pesetas, que es la cantidad máxima fijada por día en el artículo 50.4 CP, durante siete meses, porque la capacidad económica del condenado ha quedado demostrada: es titular de una explotación ganadera con alrededor de 2.700 cabezas de ganado, 24 naves, etc.

También la STS de 15 de octubre de 2001, en la que la multa impuesta a un ganadero, cuota de 3.000 pesetas durante siete meses, se considera proporcionada a la gravedad del hecho (porque al administrar clenbuterol a su ganado pone en peligro la salud de los consumidores), y a la capacidad económica del condenado. Por lo que se refiere a la capacidad económica, el TS dice que: «el condenado es de profesión ganadero y su situación económica es relevante, pues es el dueño de su propia explotación ganadera de ganado bovino, y ésta tiene

una cierta importancia alcanzando las cuatrocientas vacas». El TS considera que una cifra menor no sería suficiente, desde el punto de vista de la prevención general, para tutelar la salud de los consumidores. Y que la cuota diaria de 3.000 pesetas durante siete meses no es desproporcionada, más aún si se compara con las fuertes multas que se pueden imponer en vía administrativa, que como mínimo alcanzan los 2.000.000 de pesetas para este caso concreto. Por último, en cuanto a la motivación, el TS estima que es suficiente porque en la sentencia constan los datos esenciales que permiten efectuar una razonable ponderación de la cuantía de la multa y reconoce que es imposible realizar una inquisición exhaustiva de todos los factores que puedan afectar a las disponibilidades económicas del procesado.

La STS de 12 de enero de 2004, casa y anula la SAP porque no se motiva, como exige el artículo 50.5 CP, la cuantía de la pena de multa de acuerdo con la capacidad económica de los acusados.

3. Penas privativas o restrictivas de derechos

3.1 LA INHABILITACIÓN ESPECIAL PARA PROFESIÓN U OFICIO

Junto con las penas de prisión y multa, en los fraudes alimentarios (arts. 363 y 364), se prevé la imposición como pena principal la inhabilitación especial para «profesión, oficio, industria o comercio» por un período de tres a seis años (pena grave de acuerdo con el art. 33 CP). En el artículo 364.1 se agrava de seis a diez años, si el reo es propietario o responsable de producción de una fábrica de productos alimenticios.

Esta pena, a diferencia de la multa, no suscita tantos problemas y se considera especialmente apta para la delincuencia que se comete en el ejercicio de una profesión u oficio o en el desarrollo de alguna actividad (industria o comercio), sea el delito especial como el artículo 363 CP («productores, distribuidores, comerciantes...»), o no, como el artículo 364. Desde el punto de vista de la prevención general, intimida más que la multa porque supone la pérdida de la profesión durante un tiempo, aunque menos que la pena de prisión. Pero, destaca sobre todo en relación con la prevención especial, porque sirve para inocular al delincuente y, por lo tanto, para evitar la repetición o la continuidad en la actividad delictiva al producirse la separación de la profesión o actividad (25).

(25) Vid. TIEDEMANN, *Poder económico y delito*, cit., pp. 163 y 164. TERRADILLOS BASOCO, *Derecho penal de la...*, cit., p. 60. PAREDES CASTAÑÓN, *Derecho penal de la...*, cit., p. 430.

Pero no todo son ventajas, también se han señalado inconvenientes. Así, el profesor Tiedemann advierte las graves consecuencias que esta pena puede producir sobre el individuo equiparables al «cierre de empresa» para la persona jurídica. Por eso, propone que se reserve como medida extrema, sólo para los casos de reincidencia múltiple (26). Para salvar este inconveniente, pienso que su aplicación se debe restringir de dos maneras:

En primer lugar, de acuerdo con el artículo 45 CP, su aplicación debe regirse por el principio de especialidad, es decir, sólo debe afectar a aquellos derechos que directamente se hayan utilizado para cometer el delito. En este sentido, nuestros Tribunales limitan su aplicación a lo estrictamente necesario, como sucede, por ejemplo, en la SAP de La Rioja de 10 de octubre de 2001, donde la inhabilitación especial se limita al ejercicio de la profesión que ha venido desempeñando y que tenía relación con el delito (ganadero), y en otras muchas como las SSAP de Cuenca de 8 de enero de 1998 y de 20 de enero de 2001; las SSTs de 11 de junio de 2001, de 20 de enero de 2001, etc. E incluso, como ya comenté al analizar la pena de prisión, nuestros Tribunales en las sentencias allí estudiadas actúan con demasiada benevolencia también al aplicar la pena de inhabilitación especial, pues en la mayoría de los casos se aprecia en su límite mínimo.

En segundo lugar, quizá sería conveniente proponer *de lege ferenda*, como ya hizo Manzanares Samaniego (27), que la naturaleza jurídica de la inhabilitación especial se aproxime a las medidas de seguridad. En el CP vigente la inhabilitación especial es una pena, lo que implica su imposición automática. En cambio, si fuera una medida de seguridad podría tenerse en consideración la «peligrosidad criminal» del sujeto, es decir, su posible reincidencia, cosa que evitaría su aplicación automática.

Por otra parte, la pena de inhabilitación especial en los delitos de fraude alimentario es una pena principal, aunque de no estar prevista como pena principal podría aplicarse como pena accesoria en virtud del artículo 56 CP. Sin embargo, no es indiferente que se configure como principal o accesoria, sino que las consecuencias son distintas. En los casos en los que se proceda a la suspensión de la pena de prisión en virtud del artículo 81 CP no se suspenderá la pena de inhabilitación si es una pena principal, cosa que sí sucederá de ser una pena

(26) Vid. TIEDEMANN, *Poder económico y delito*, cit., p. 165.

(27) Vid. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «Las inhabilitaciones y suspensiones en el proyecto de Código Penal», en *ADPCP*, 1981, pp. 42 a 46.

accesoria (28). Y en cuanto a su duración, si es una pena accesoria, su duración está limitada al tiempo de la condena principal (art. 56), mientras que si la pena es principal, su duración puede ser mayor que la pena de prisión.

Además, al ser una pena principal, será incompatible con la pena accesoria de inhabilitación especial, pues, de lo contrario, se vulneraría el principio *non bis in idem*, aunque no será incompatible con las demás penas accesorias del artículo 56: inhabilitación especial para el derecho de sufragio, suspensión de empleo o cargo público, etc. En este sentido, la SAP de Cuenca de 8 de octubre de 1998 dice que no aplica la pena accesoria de inhabilitación especial para profesión u oficio porque la aplica como principal.

Por último, en cuanto al supuesto de inhabilitación más grave previsto en el artículo 364.1 («ser propietario o responsable de producción de una fábrica de productos alimenticios») se interpreta de forma restrictiva por nuestros Tribunales, por ejemplo, la SAP de Toledo de 3 de enero de 2002 no aplica la agravación porque el acusado no es propietario de la fábrica, sino de una explotación ganadera que, según el Tribunal, es «un concepto distinto de fábrica de productos alimenticios», como exige el artículo 364.1 CP (29).

3.2 TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

Es una pena, que se recoge con carácter general en el artículo 49 de nuestro CP, y que también se recomienda para luchar contra la delincuencia económica, porque permite cumplir mejor con el fin de prevención especial, ya que favorece la resocialización del delincuente. Esto es así porque la delincuencia económica suele atacar a bienes colectivos o supraindividuales, como la salud pública, y estos trabajos o servicios, que se hacen en beneficio de la comunidad, tratan de restablecer la lesión de esos bienes colectivos.

Esta pena se potencia en la Ley Orgánica 15/2003 porque elimina los efectos negativos de la multa: posibles desigualdades económicas y repercusión sobre terceros. Pero el trabajo en beneficio de la comu-

(28) SILVA SÁNCHEZ, J. M., «La suspensión condicional de la ejecución de la pena principal privativa de libertad y la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión u oficio», en *Actualidad Penal*, núm. 39, 1999, pp. 751 a 759.

(29) En cambio, se ha cuestionado por algún autor, como Pérez Alvarez, que esa causa de agravación se limite sólo a los casos de adulteración con aditivos o agentes no autorizados y no se extienda a los demás supuestos de fraude alimentario nocivo (distribución, envasado, etc.), pues entiende que la razón de la agravación sería la misma, en «La regulación del delito...», cit., pp. 1082 y 1091 y 1092.

nidad, de acuerdo con el artículo 49, ha de ser voluntario y sólo esa colaboración voluntaria producirá los efectos beneficiosos que acabo de señalar. Cosa que no será fácil que ocurra en la delincuencia económica, pues normalmente, como señala el profesor Tiedemann, el delincuente no aceptará su condena (30).

De todas formas, esta pena no puede proponerse como pena principal en los delitos de fraude alimentario, pues no es una pena grave. En nuestro CP opera, sobre todo, en las faltas. Para los delitos de fraude alimentario sólo se puede apreciar como pena sustitutiva del artículo 88 CP, y como pena sustitutiva hay que decir que es más adecuada que la pena de multa.

3.3 PENAS COMPLEMENTARIAS

Como penas complementarias de las penas principales analizadas se citan como idóneas para la delincuencia económica, por un lado, una especie de variaciones sobre la pena de inhabilitación especial (la pérdida de subvenciones, la inhabilitación para contratar con la Administración, la revocación de la autorización o licencia para el ejercicio de la actividad, etc.) y, por otro, la publicación de la sentencia.

Ninguna de ellas aparece como pena complementaria de los delitos de fraude alimentario, pero sí podemos encontrar algunas de ellas como sanciones administrativas: en el Real Decreto 1945/1983 (caducidad de la autorización administrativa o cancelación de la inscripción registral, publicación de sanciones, suspensión de ayudas oficiales, e inhabilitación para contratar con la Administración), o en el Decreto 132/1989. Y también aparecen en el CP como penas complementarias de otros delitos como, por ejemplo, la pérdida de subvenciones, del derecho al disfrute de beneficios o incentivos fiscales, en el delito fiscal (art. 305), o la publicación de la sentencia en los delitos contra el honor (art. 216) y contra la propiedad industrial (art. 288). Pues bien, ¿sería conveniente que estas penas complementarias se extiendan a los delitos de fraude alimentario?

En relación con las que he calificado como variantes de la pena de inhabilitación especial, pienso que, en principio, no todas harían falta en los fraudes alimentarios porque ya está prevista como pena principal la inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio. Y esta inhabilitación comprendería algunas de estas penas privativas de derechos, por ejemplo, la inhabilitación para contratar con la Administración en relación con la actividad para la que ha sido

(30) Vid. TIEDEMANN, *Poder económico y delito*, cit., p. 166.

inhabilitado, la revocación de la licencia o autorización para el ejercicio de la actividad; de lo contrario se vulneraría el principio *non bis in idem*. Únicamente podría echarse en falta la pérdida de subvenciones públicas que se hayan recibido para el ejercicio de la actividad. Pero, ésta debería aplicarse de forma restrictiva, es decir, sólo en los casos que sea necesario porque el delito se ha cometido en el ejercicio de una actividad subvencionada. En todo caso, pienso que a la hora de proponer este tipo de penas se debe ir con mucha cautela, pues existe el peligro que por exceso se impida el ejercicio de derechos constitucionales como la libertad de empresa (art. 38 CE).

En relación con la publicación de la sentencia, aparece, como hemos visto, como sanción administrativa, pero no en los delitos de fraude alimentario. Sin embargo, esta pena complementaria se ha propuesto como idónea para la delincuencia económica en general, y también para los delitos de fraude alimentario (31). Se considera que es idónea por razones de prevención general, porque intimida mucho, ya que la publicación de la sentencia condenatoria en periódicos oficiales, sobre todo en los del lugar donde se ha cometido el delito, puede producir un daño irreparable que determine la salida del mercado del empresario, al producirse la pérdida de confianza por los consumidores.

Esta medida también es adecuada en delitos con bienes jurídicos supraindividuales, como la salud pública, y con sujetos pasivos indeterminados, porque en éstos existe la necesidad de que los consumidores sepan de antemano con qué sujetos van a tratar, o de quién van a adquirir productos, dado que no existe entre el empresario, comerciante, etc., y el consumidor una relación personal (32). Como el sujeto pasivo es indeterminado y algunos de estos delitos son, o se interpretan, como delitos de peligro abstracto, es conveniente que la publicación de la sentencia no se supedite a la instancia o solicitud del interesado, sino que debe hacerse por el juez y a costa del condenado, como en el artículo 288 CP.

Pero, debido a las graves repercusiones de carácter económico de esta medida, y también de carácter personal, al afectar al derecho a la intimidad y al derecho a la resocialización del condenado, su uso debería restringirse a los casos absolutamente necesarios, es decir, cuando la publicación de la sentencia sea la única forma para los consumidores e inversores de conocer la comisión de delitos de fraude

(31) DOVAL PAIS, «La regulación de los...», cit., p. 168.

(32) RUIZ RODRÍGUEZ, L., *Protección penal del mercado de valores*, Valencia, 1997, p. 369.

alimentario (33). Por eso, la publicación debería hacerse preferentemente en el lugar donde se ejerce la actividad o se distribuyen productos y debería limitarse, si es posible, a publicar sólo el nombre comercial, el rótulo del establecimiento o marca.

4. Consecuencias accesorias: el comiso

El comiso aparece en la parte general del CP del 95, en el artículo 127, dentro de las «consecuencias accesorias» y es aplicable a cualquier delito o falta dolosos, entre ellos también a los delitos de fraude alimentario. Su nueva ubicación, fuera del catálogo de las penas, es más adecuada de acuerdo con su naturaleza jurídica, pues la doctrina mayoritaria ha venido rechazando la naturaleza de pena del comiso (34).

El comiso puede recaer, según el artículo 127, sobre los instrumentos o efectos del delito y sobre las ganancias provenientes del delito «cualesquiera que sean las transformaciones que hubiere podido experimentar». La ampliación del comiso a las ganancias es de trascendental importancia para la delincuencia económica, pues de esta forma se evita el enriquecimiento injusto que se puede producir como consecuencia del delito (35).

Con el comiso se pueden confiscar, además de las ganancias, los instrumentos o efectos del delito, ya pertenezcan a los responsables del delito (autor o partícipe), o a terceros siempre que no sean de buena fe, porque dichos instrumentos o efectos son objetivamente peligrosos, por ejemplo, las sustancias prohibidas (clembuterol) o la mercancía adulterada en los delitos de fraude alimentario.

El comiso, además de ser una consecuencia accesoria de la pena en el CP, también es una sanción administrativa accesoria prevista en

(33) Si como sanción administrativa el Real Decreto 1945/1983 limita su uso, con mayor motivo debe limitarse como sanción penal. Así, el artículo 11 de dicho Real Decreto establece que se podrá publicar la sentencia por razones de ejemplaridad o por circunstancias de riesgo para la salud o seguridad de los consumidores, por reincidencia, acreditada intencionalidad de la infracción, etc.

(34) *Vid.* OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., «El comiso», en diario *La Ley*, núm. 5495, de 5 de marzo de 2002, pp. 1 a 4.

(35) La extensión del comiso a las ganancias había sido solicitada reiteradamente por la doctrina, pues con anterioridad al CP del 95 sólo se podía privar de las ganancias a través de las multas proporcionales o a través de la responsabilidad civil, *vid.* MUÑOZ CONDE, «Adiciones de derecho español al & 76», en *Tratado de derecho penal*, de JESCHECK, H. H., traducido por Muñoz Conde y Mir Puig, Barcelona, 1981, pp. 1110 y 1111.

el artículo 38 de la Ley 26/1984, en el artículo 10.3 del Real Decreto 1945/1983, en el artículo 35 de la Ley 2/1987 y en el artículo 6 del Decreto 132/1989. Como sanción administrativa el comiso se limita a la mercancía adulterada o deteriorada, no se habla del comiso de las ganancias. Sin embargo, el comiso de las ganancias no es tan necesario como en el derecho penal porque en el ámbito administrativo la cuantía de las multas se puede rebasar atendiendo al valor de los productos o servicios objeto de la infracción.

En las STS y de SAP se hace referencia, en ocasiones, al decomiso de la mercancía (STS de 14 de septiembre de 2002, SAP de Cuenca de 20 de enero de 2001, SAP de Toledo de 3 de enero de 2002, etc.) Pero, en otras muchas no se hace referencia al comiso de los instrumentos o efectos o de las ganancias. Quizá no se aprecia por respeto al principio acusatorio y de congruencia, pues sólo se puede decretar si la parte acusadora o el Fiscal lo solicitan expresamente y se somete a debate en juicio (36).

Como el comiso, de acuerdo con el tenor literal del artículo 127, es una consecuencia accesoria de la pena, y no del delito, sólo se podrá imponer si hay una sentencia condenatoria por delito o falta dolosos. Por eso, como explica la STS de 29 de julio de 2002 («Caso Banesto»), en los casos de inexistencia de pena, por ejemplo, por prescripción de la misma, es imposible el comiso. Mientras que en los casos en los que existe formalmente la pena, pero no se puede ejecutar por imposibilidad sobrevenida (por ausencia o muerte), sí que se puede decretar el comiso.

5. Responsabilidad civil derivada del delito

En los delitos de fraude alimentario podrá exigirse responsabilidad civil, derivada de estos delitos, cuando se ocasionen daños. Pero, como son delitos de peligro, sólo procederá la responsabilidad civil por daños de carácter económico. En principio, no se podrá exigir responsabilidad civil por daños para la salud de las personas a no ser que se produzcan resultados de muerte o lesiones.

Sobre este punto, dentro de los delitos contra la salud pública, la STS de 16 de octubre de 1992 explica que siempre que se produce un daño y exista una relación de causalidad entre la acción delictiva y el daño procederá la responsabilidad civil derivada del delito, ya sea un

(36) GUINARTE CABADA, G., «De las consecuencias accesorias», en *Comentarios al Código Penal de 1995* (dirigidos por Vives Antón), Valencia, 1996, p. 658.

delito de lesión o de peligro. En ese caso, el TS considera que procede responsabilidad civil porque se producen unos daños de carácter económico: los acusados venden un producto, tóxico para la salud, a un industrial jamonero para evitar que los jamones fueran atacados por los ácaros. La Administración decomisa los jamones tratados con dicho producto y esto le produce unas pérdidas económicas, a las que hay que sumar las que se producen como consecuencia del deterioro de la fama como industrial jamonero por el temor de los consumidores a adquirir piezas contaminadas.

Aparte de esta responsabilidad civil que regula el CP en los artículos 116 y siguientes, encontramos una serie de normas que también se refieren a la responsabilidad civil, como, por ejemplo, la Ley 22/1994, de 6 de julio, sobre responsabilidad civil derivada de daños por productos defectuosos, o la Ley 26/1984, de 19 de julio, de consumidores y usuarios. En estas normas específicas la responsabilidad civil es objetiva, pues se exige responsabilidad al fabricante o comerciante aunque no exista imprudencia o negligencia. Basta, de acuerdo con los artículos 5 y 6 de la Ley 22/1994, con que se pruebe que el producto es defectuoso, el daño producido y la relación de causalidad entre ambos. La responsabilidad es solidaria, y en la Ley 22/1994 hay un límite máximo de unos diez mil millones de pesetas.

En resumen, por un lado, nos encontramos con la responsabilidad civil derivada del delito prevista en el Código Penal y, por otro, con la normativa específica a la que acabo de hacer referencia: ¿son estas normas específicas aplicables a la responsabilidad civil derivada del delito?

Como la responsabilidad civil derivada del delito se regula en nuestro ordenamiento jurídico dentro del CP, sólo podremos exigir responsabilidad civil a los que resulten condenados por un delito doloso o imprudente. No se podrá exigir una responsabilidad objetiva ni se podrá aplicar el límite máximo de responsabilidad civil al que antes he hecho referencia, sino que se deben reparar íntegramente los perjuicios ocasionados. En este sentido, el Tribunal Constitucional, en relación con la aplicación de baremos en los accidentes de tráfico, ha dicho que la aplicación de los baremos en los casos de dolo o culpa relevante del autor (conductor) judicialmente declarada vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE (STC 181/2000, de 29 de junio; 102/2002, de 6 de mayo, etc.). Por lo tanto, estos límites o baremos sólo serán vinculantes para la responsabilidad objetiva, es decir, para la responsabilidad civil que no derive del delito.

De *lege ferenda* Paredes Castañón propone que la responsabilidad civil se regule fuera del CP y que se armonicen las regulaciones apli-

cables a la responsabilidad civil derive o no de un delito. De esta forma, dice que se podrían aplicar criterios de imputación del daño menos exigentes, como los de la Ley 22/1994, para aquellas actividades que, como la responsabilidad por el producto, tienen que ver con los «nuevos riesgos» y con organizaciones complejas (37).

III. CONSECUENCIAS JURÍDICAS APLICABLES A LA EMPRESA

Además de las consecuencias jurídicas que pueden aplicarse a las personas físicas que realicen algún delito de fraude alimentario, el CP del 95 ha previsto consecuencias jurídicas que recaen sobre la empresa en sí, cuente o no con personalidad jurídica. Me refiero a las «consecuencias accesorias» del artículo 129 y concretamente del artículo 366 CP para los delitos de fraude alimentario (clausura temporal o definitiva de establecimiento, fábrica, laboratorio o local). También me refiero al comiso que está previsto en el artículo 127 dentro de las «consecuencias accesorias» y que puede recaer sobre terceros que no sean de buena fe: ¿puede ser la persona jurídica tercero a efectos del artículo 127? Y, por último, no hay que olvidar que, dentro de la regulación de la responsabilidad civil derivada del delito, el CP en el artículo 120.3 y 4 atribuye responsabilidad civil subsidiaria a las personas jurídicas.

1. Las «consecuencias accesorias» de los artículos 129 y 366 del Código Penal

Las «consecuencias accesorias» se regulan con carácter general en el artículo 129 CP, junto con el comiso. Pero, a diferencia del comiso, que es de aplicación general a todos los delitos de la parte especial, las consecuencias accesorias del artículo 129 sólo se aplicarán de forma excepcional cuando estén expresamente previstas para cada delito en particular, cumpliendo así con las exigencias de legalidad que exige el CP del 95. Los delitos de fraude alimentario, cumpliendo con esta exigencia, han previsto en el artículo 366 la posibilidad de aplicar dichas consecuencias accesorias. Sin embargo, de todas las enumera-

(37) Vid. PAREDES CASTAÑÓN, *Derecho Penal de la...*, cit., pp. 431 y 432.

das en el artículo 129, únicamente hace referencia a la primera, es decir, a la clausura temporal o definitiva de la empresa (38).

La aplicación de estas consecuencias jurídicas a empresas abre una serie de interrogantes que vamos a tratar de responder a continuación: ¿cuál es su naturaleza jurídica?, ¿son compatibles con el principio tradicional *societas delinquere non potest*?, ¿cuáles son los criterios o requisitos para su aplicación?, ¿hasta qué punto son necesarias?, ¿puede vulnerar el principio de proporcionalidad medidas tan graves como el cierre definitivo de la empresa previsto en el artículo 366?, ¿hay otras alternativas menos gravosas que esas consecuencias jurídicas?, ¿cuál es su aplicación práctica por nuestros Tribunales?

1.1 NATURALEZA JURÍDICA. COMPATIBILIDAD CON EL PRINCIPIO *SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST*

La naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias es muy controvertida en nuestra doctrina pues existen disparidad de opiniones, de las cuales sólo vamos a destacar las más relevantes:

1. Una postura, encabezada en nuestro país por Zugaldía Espinar, defiende que estas consecuencias son materialmente penas y que su tipificación en el CP supone una derogación del principio *societas delinquere non potest*, ya que entiende que la persona jurídica tiene capacidad de acción, de culpabilidad y de pena (39). 2. Otros autores creen que son medidas de seguridad porque se fundamentan en la peligrosidad objetiva de la cosa, no en la culpabilidad, ya que la persona jurídica no puede ser culpable, y el artículo 129.3 hace una referencia exclusiva a la prevención especial, que es la única finalidad de las medidas de seguridad (40). 3. Para otros autores, como Cerezo Mir, no tienen naturaleza penal, sino que son sanciones administrativas previstas en el CP porque, aunque se impongan como consecuencia del delito y por un juez penal, las personas jurídicas no pueden ser

(38) La aplicación de las consecuencias accesorias, como el cierre de empresa, había sido ya solicitada con anterioridad al CP del 95 por algunos autores para los delitos de fraude alimentario, *vid.* DOVAL PAIS, «La regulación de los...», *cit.*, p. 168. GONZÁLEZ RUS, *Los intereses económicos de...*, *cit.*, p. 36.

(39) ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal para las personas jurídicas», en *PJ*, núm. 46, 1997, pp. 327 a 342.

(40) CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., «Comentario al art. 129 CP», en *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, Madrid, 1997, p. 1563. BORJA MAPELLI CAFFARENA dice que las consecuencias accesorias del artículo 129 están muy próximas a las medidas de seguridad, en «Las consecuencias accesorias en el nuevo Código Penal», en *RP*, núm. 1, 1998, p. 53.

castigadas con penas por ser incompatible con el principio *societas delinquere non potest*, pero sí pueden recibir sanciones administrativas (41). 4. Gracia Martín considera que son consecuencias jurídicas preventivas-reafirmativas que carecen de carácter sancionador. Su finalidad, de acuerdo con el artículo 129.3, no es sancionar sino prevenir la comisión de futuros delitos (42). 5. Y, por último, un grupo de autores como Luzón Peña, a los que me sumo, consideran que son una tercera consecuencia jurídico-penal o una nueva categoría penal distinta de la pena por varias razones (43):

- Se imponen por el juez penal y a consecuencia de un delito.
- No aparecen en el catálogo de penas del artículo 33 CP sino que el legislador las separa y las ubica en un título aparte.
- A diferencia de las penas son de imposición potestativa, pues el artículo 129 utiliza el verbo «podrán».
- No son penas porque no responden a la gravedad del hecho ni a la culpabilidad del autor, pues el artículo 129.3 sólo se fija en la peligrosidad de la empresa. La finalidad de estas consecuencias, como veremos, es sólo la prevención especial, no la prevención general. Tampoco el requisito que el artículo 366 añade para proceder a la clausura definitiva de la empresa, es decir, la «extrema gravedad» se refiere a la gravedad del hecho o a la culpabilidad, sino a la peligrosidad.
- No son medidas de seguridad porque éstas en nuestro CP exigen una peligrosidad criminal de la que carece la persona jurídica. En relación con la persona jurídica, puede hablarse de una peligrosidad objetiva o instrumental de la misma en el sentido de que puede utilizarse como instrumento para delinquir, pero la persona jurídica no comete delitos (44).
- Los autores que defienden que son penas presuponen que la persona jurídica tiene capacidad de culpabilidad, cosa que la doctrina mayoritaria no admite (45).

(41) CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español*, t. II, Madrid, 1999, p. 73.

(42) GRACIA MARTÍN, L. (junto con BOLDOVA PASAMAR, M. A., y ALASTUEY DOBÓN, M. C.), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, 2000, pp. 403 a 407.

(43) LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1996, pp. 57 y 58. FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «Las consecuencias accesorias del artículo 129 CP», en *Libro homenaje prof. Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, pp. 277 a 283.

(44) *Vid.* MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 6.^a ed., Barcelona, 2002, p. 749.

(45) *Vid.* FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Empresa y delitos contra el medio ambiente (I)», en diario *La Ley*, núm. 5550, de 23 de mayo de 2002, pp. 3 a 6.

– No son sanciones administrativas porque, aparte de que se imponen por el juez penal a consecuencia de un delito, no tendría sentido que se reiteraran en el CP ya que algunas de ellas están previstas como sanciones administrativas (46), por ejemplo, en el artículo 36.2 de la Ley 26/1984 se prevé el cierre temporal y en el artículo 10.5 del Real Decreto 1945/1983.

En definitiva, no son penas pero son consecuencias jurídico-penales, es decir, tienen naturaleza penal, pues están previstas en el CP, se aplican por un juez penal y tienen un claro carácter aflictivo a diferencia de la responsabilidad civil. No se puede negar su marcado carácter aflictivo porque privan a la empresa y a terceros inocentes (socios, trabajadores) de bienes jurídicos y son medidas muy graves, alguna de ellas extremadamente grave como la disolución o el cierre definitivo de empresa. Como tienen naturaleza penal, aunque no sean penas, pueden gozar de los principios penales y garantías aplicables a todo el derecho sancionador como, por ejemplo, el principio de proporcionalidad y subsidiariedad. Estos principios no son exclusivos de las penas, sino que, de acuerdo con la STC de 19 de diciembre de 1991, son aplicables a todo el derecho sancionador. Por lo tanto, no es necesario otorgar naturaleza de pena a las consecuencias accesorias, como hace Zugaldía (47), para disfrutar de esta ventaja pues esto supondría un «fraude de etiquetas».

En la jurisprudencia tampoco encontramos unanimidad a la hora de calificar las consecuencias accesorias: en algunas sentencias se habla de medidas de seguridad (STS de 15 de abril de 1988), en otras se afirma que son medidas complementarias de la pena o consecuencias accesorias de la pena (STS de 14 de septiembre de 1994 y de 28 de septiembre de 1996), y en alguna otra simplemente se niega que sean penas o medidas de seguridad (STS de 27 de octubre de 2000).

Por lo que se refiere a la compatibilidad de estas consecuencias jurídicas con el principio *societas delinquere non potest* (48), hay que

(46) FERNÁNDEZ TERUELO, «Las consecuencias accesorias de...», cit., p. 281.

(47) ZUGALDÍA ESPINAR, «Las penas previstas en...», cit., p. 331.

(48) A pesar de que en los últimos tiempos existe una tendencia favorable a admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas (por necesidades de política criminal), y de los esfuerzos doctrinales realizados, la mayoría de nuestra doctrina y jurisprudencia sigue defendiendo este principio porque se considera que esas necesidades político-criminales chocan con la dogmática penal, ya que la persona jurídica carece de capacidad de acción, de pena y, sobre todo, de culpabilidad. Únicamente se ha admitido la responsabilidad administrativa de la persona jurídica (STC de 19 de diciembre de 1991). Véase una exposición amplia sobre el tema en FEIJOO SÁNCHEZ, «Empresa y delitos contra...», cit., pp. 2 a 8.

decir que los artículos 129 y 366 no derogan este principio en nuestro CP. El reconocimiento de las consecuencias accesorias en dichos artículos no implica el reconocimiento de la responsabilidad criminal de la persona jurídica, a pesar de su naturaleza penal, porque no se aplican directamente a la persona jurídica, sino que es necesaria la responsabilidad de la persona física para imponer estas consecuencias que son «accesorias» de la responsabilidad individual.

Esta accesoriadad o dependencia de la responsabilidad individual ha sido muy criticada porque impide la aplicación de dichas consecuencias en los casos en los que no se pueda identificar o probar la responsabilidad penal de una persona física. Pero, en mi opinión, este inconveniente no puede utilizarse para pedir la responsabilidad criminal de la propia persona jurídica, pues este problema se puede salvar acudiendo a la teoría del «levantamiento del velo», que se aplica en el orden penal sin problemas por nuestros Tribunales (ver, por ejemplo, la STS «Caso Banesto»), ya que el derecho penal no es precisamente un derecho formal, sino que busca la verdad material. Como ya dijo Bajo Fernández, «la tendencia a la responsabilidad de las personas jurídicas discurre en sentido contrario al principio del “levantamiento del velo”» (49).

1.2 CRITERIOS Y PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS

Estos criterios y presupuestos se han de extraer de los artículos 129 y 366 CP. Como el artículo 129 es el precepto general se aplicará en defecto del artículo 366, que es precepto especial para los delitos de fraude alimentario. Por un lado, el artículo 129.1 exige que, en los supuestos previstos en el CP, el juez o Tribunal imponga, motivadamente, las consecuencias accesorias, aunque la decisión es potestativa («podrá»), previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales. El artículo 129.3 se refiere a la finalidad de estas consecuencias: «estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma». Y en el artículo 129.2 prevé la imposición de algunas consecuencias (la clausura temporal y la suspensión de actividades), también como medidas cautelares. Por otro lado, el artículo 366 elige la primera consecuencia accesoria del artículo 129, es decir, la clausura temporal o definitiva de empresa, de sus locales o establecimientos, pero añade un requisito, «extrema gra-

(49) BAJO FERNÁNDEZ, M., «Culpabilidad y persona jurídica», en *I Congreso hispano-italiano de derecho penal económico*, Universidad de A Coruña, 1998, p. 23.

vedad», para aplicar el cierre definitivo, que no está previsto en el artículo 129.

Con todo y con ello, quedan aún muchos problemas por resolver: ¿son consecuencias de la pena o del delito, se exige una condena firme por la comisión de un hecho típico, antijurídico y culpable o basta con la comisión de un hecho típico y antijurídico?, ¿tiene que existir relación y qué tipo de relación entre la persona física que comete el delito y la empresa?, etc. A estas dudas vamos a intentar responder escogiendo la interpretación más coherente con su naturaleza, fundamento y finalidad.

El primer presupuesto necesario es que la consecuencia accesoria esté prevista específicamente por la ley penal, presupuesto que deriva del artículo 129.1 y que se cumple por el artículo 366 CP (50).

El segundo presupuesto importante hace referencia al fundamento y finalidad de estas consecuencias. Su finalidad, de acuerdo con el artículo 129.3, es prevenir la continuidad en la actividad delictiva y sus efectos. De aquí, se deduce que la finalidad de las mismas es la prevención especial, concretamente, la inocuización, porque con ellas se trata de impedir la continuidad en la actividad delictiva. Y el fundamento de las mismas es la peligrosidad objetiva o instrumental de la empresa, en el sentido de que la empresa puede utilizarse por la persona física como instrumento para la comisión de delitos (51). De todo ello podemos extraer que no será suficiente para la aplicación de estas consecuencias con la comisión de un delito aislado, si no hay peligrosidad de continuar la actividad delictiva. Este peligro no existirá si, por ejemplo, la empresa cuenta con mecanismos de seguridad o con capacidad suficiente de evitar la comisión de nuevos delitos. Tampoco es lo mismo que la empresa se dedique sólo a actividades delictivas, que realice una actividad delictiva paralela a otra actividad lícita. En el primer caso, está claro que se debe aplicar la consecuencia accesoria, mientras que en el segundo habrá que ver si la actividad delictiva es aislada o hay una continuidad o una posible continuidad en el futuro (52).

Además de prevenir la continuación de la actividad delictiva en sí, el artículo 129.3 se refiere también a la prevención de los «efectos» de

(50) Con carácter general, se rechaza la aplicación de consecuencias accesorias que no están previstas expresamente por la Ley en la STS de 7 de julio de 2001 y en el auto de la AP de Barcelona de 25 de octubre de 2001.

(51) FEIJOO SÁNCHEZ, «Empresa y delitos contra el medio ambiente (y II)», en *diario La Ley*, núm. 5551, de 24 de mayo de 2002, pp. 3 y 4.

(52) *Vid.* GRACIA MARTÍN (junto con BOLDOVA PASAMAR y ALASTUEY DOBÓN), *Lecciones de consecuencias jurídicas...*, cit., p. 410.

la actividad delictiva: ¿a qué se refiere? Parece que el legislador se refiere a los efectos negativos que la comisión del delito puede producir no sólo a las víctimas del delito, cosa que parece obvia, sino también a terceros no responsables del delito (socios o accionistas, trabajadores, acreedores) (53). Éstos, por su relación con la sociedad, pueden sufrir los efectos negativos de la actividad delictiva, cosa que se trata de evitar de forma más directa aún a través de la intervención de la empresa prevista en el artículo 129.1.e), pero que desgraciadamente no ha sido elegida por el artículo 366. En todo caso, el artículo 129, con esta referencia general a los efectos, trata de impedir que la imposición de las consecuencias accesorias afecte a terceros pues, aunque no sean penas, al tener naturaleza penal, rige también para ellas el principio de personalidad de las sanciones como en todo derecho sancionador.

El tercer presupuesto deriva de la propia naturaleza de estas consecuencias pues, al ser «accesorias», dependen de que se impute un hecho principal a un sujeto individual. El problema surge a la hora de determinar qué características exigimos a ese hecho principal. En la doctrina encontramos dos interpretaciones: 1. Quienes exigen que el hecho principal sea típico, antijurídico y culpable, y que exista una condena en sentencia firme que aplique una pena o medida de seguridad (54). 2. Y quienes consideran suficiente que el hecho sea típico y antijurídico, aunque no exista condena en sentencia firme (55).

El CP no resuelve este problema pues, a diferencia del comiso, no exige expresamente la imposición de una pena. Por eso, debemos acudir a su naturaleza, fundamento y finalidad. Como hemos visto, son una tercera consecuencia del delito, de naturaleza penal, cuyo fundamento es la peligrosidad objetiva o instrumental de la empresa, y su finalidad es prevenir la continuidad de la actividad delictiva. Dicha peligrosidad de la empresa puede existir ya cuando se comete un hecho típico y antijurídico, y más aún si el hecho es típico, antijurídico y culpable. Pero, quizá es más garantista exigir todos los elementos del delito porque se puede valorar con más seguridad si la empresa es peligrosa en el sentido de continuar o reiterar la actividad delictiva. Esta interpretación sería coherente, además, con la aplicación de los principios penales, en este caso el de subsidiariedad, a estas consecuencias jurídicas que, como

(53) Vid. FERNÁNDEZ TERUELO, «Las consecuencias accesorias del...», cit., pp. 285 y 286.

(54) GUINARTE CABADA, «Las consecuencias accesorias», en *Comentarios al Código penal de 1995* (dirigidos por Vives Antón), cit., p. 666.

(55) GRACIA MARTÍN (junto con BOLDOVA PASAMAR y ALASTUEY DOBÓN), *Lecciones de consecuencias jurídicas...*, cit., p. 409.

vimos, tienen naturaleza penal (56). En este sentido, existe una STS de 28 de septiembre de 1996, que dice que las consecuencias accesorias del artículo 129 lo son de la pena, aunque no da más explicaciones. Por lo tanto, como consecuencias accesorias de la pena que son, y no del delito, tendrán que imponerse en la sentencia.

Fuera de la sentencia, el artículo 129.2 permite la imposición de la clausura temporal de la empresa sólo como medida cautelar. Como medida cautelar ha de perseguir la misma finalidad que las demás consecuencias accesorias («prevenir la continuidad de la actividad delictiva y sus efectos»), ya que el artículo 129.3 afecta a todas ellas, ya sean definitivas o temporales. Por eso mismo, es decir, por tener la misma finalidad, el tiempo de clausura temporal deberá descontarse del impuesto en la sentencia, aunque no digan nada el artículo 129 ni el artículo 366 (57).

Para que pueda imponerse una consecuencia accesoria, la doctrina exige que entre el hecho del sujeto individual y la empresa exista una relación funcional, es decir, que el delito se cometa en nombre o interés de la empresa (hecho de conexión) y que se realice dentro del ejercicio de la actividad de la empresa o persona jurídica (58).

Por último, la imposición de la consecuencia accesoria, ya sea en una sentencia o como medida cautelar, es potestativa pero ha de motivarse y ha de darse audiencia previa a los titulares o representantes legales, pues así lo exige el artículo 129. En relación con la motivación, el juez estará obligado a explicar o razonar la imposición de la consecuencia de acuerdo con la finalidad de la misma: «prevenir la continuidad de la actividad delictiva y sus efectos». Este requisito es superfluo porque el artículo 120.3 CE obliga a motivar toda resolución judicial (59). Y por lo que respecta a la audiencia previa, el artículo 129 la limita expresamente a los titulares o representantes legales de la empresa (60), por lo que quedan fuera otras personas interesadas como los trabajadores o acreedores (61). Este requisito

(56) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Pamplona, 2000, pp. 211 y 212.

(57) Vid. GUINARTE CABADA, «Las consecuencias accesorias», cit., p. 669.

(58) Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, «Empresa y delitos contra...», cit., pp. 4 y 5.

(59) Vid. BAJO FERNÁNDEZ y BACIGALUPO SAGESSE, S., *Derecho Penal económico*, Madrid, 2001, p. 157.

(60) La Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, modifica el artículo 129 exigiendo, además, audiencia del Ministerio Fiscal.

(61) Otras interpretaciones que extienden la audiencia previa a los trabajadores y a los acreedores, como la de Fernández Teruelo, aunque sería conveniente de *lege ferenda*, choca con el tenor literal del artículo 129.1 CP. Vid. FERNÁNDEZ TERUELO, «Las consecuencias accesorias del...», cit., pp. 289 y 290.

también se considera superfluo porque es obligatorio dar audiencia a las partes en todo acto de injerencia estatal (art. 24.2 CE).

1.3 ANÁLISIS DE LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS EN PARTICULAR. CRÍTICA Y POSIBLES ALTERNATIVAS

De todas las consecuencias previstas en el artículo 129, el artículo 366 sólo elige la primera que, como sabemos, es la clausura temporal o definitiva de la empresa. La clausura, sobre todo, cuando es definitiva puede producir consecuencias muy graves (pérdidas económicas, de puestos de trabajo, etc.), que pueden equipararse a la disolución de la empresa porque, si la empresa está cerrada, será muy difícil que pueda afrontar las pérdidas económicas y evitar la disolución. La clausura definitiva es una de las consecuencias más graves y de mayor contenido aflictivo del artículo 129 que, junto con la disolución de la empresa, puede producir la desaparición o muerte de la misma (62). Por eso, su aplicación debe reservarse, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, a los casos más graves como acertadamente hace el artículo 366, que reserva el cierre definitivo a los supuestos de «extrema gravedad».

De acuerdo con la naturaleza, fundamento y finalidad que hemos otorgado a las consecuencias accesorias, la «extrema gravedad» no puede referirse a la gravedad del hecho o a la culpabilidad del autor, sino a la peligrosidad objetiva de la empresa en la medida que puede utilizarse como instrumento para continuar la actividad delictiva. Es decir, ha de existir un pronóstico de peligrosidad futura «extrema». Cosa que no existirá cuando la actividad delictiva de la empresa sea aislada. El calificativo de «extrema gravedad» debe reservarse para los casos en los que la única actividad que desarrolla la empresa sea delictiva.

El principio de proporcionalidad también exige que esta consecuencia accesoria, dada su gravedad, sea de aplicación subsidiaria, es decir, sólo a aquellos casos en los que no se puedan encontrar sanciones idóneas menos gravosas. Así, podemos distinguir:

1. Casos que se pueden resolver aplicando sanciones individuales (prisión o inhabilitación especial) a la persona que comete el delito a través de la empresa, local, etc. En estos casos, la prisión ejerce un

(62) CÓRDOBA RODA, J., y RODRÍGUEZ MOURULLO, G., ya solicitaron la derogación de la medida de «cierre de establecimientos» por su gravedad y por la repercusión sobre terceros inocentes, en *Comentarios al Código Penal* (t. II), Barcelona, 1972, pp. 119 a 124.

efecto preventivo general mayor que las consecuencias accesorias. Y con la pena de inhabilitación especial se cubre la finalidad inocuidadora que persiguen las consecuencias accesorias (art. 129.3), ya que impide al sujeto que ha cometido el delito que, tras el cumplimiento de la pena de prisión, pueda reiniciar la actividad empresarial para continuar cometiendo delitos. Estas penas individuales pueden completarse, como apunta Silva Sánchez, con sanciones de carácter económico (comiso de las ganancias y responsabilidad civil) para privar a la empresa de los beneficios económicos que le haya reportado el delito (63).

2. Ahora bien, nos podemos encontrar con casos en los que esas consecuencias individuales no sean eficaces, desde el punto de vista de la prevención general, porque el responsable del delito sea un «hombre paja». En este caso, la aplicación de una pena de prisión o inhabilitación será ineficaz porque la empresa puede reponerse nombrando a otra persona que continúe la actividad delictiva. Por lo tanto, si subsiste la peligrosidad de utilizar la empresa para cometer delitos en el futuro deberá aplicarse el cierre o clausura del artículo 366. El cierre temporal debe prevalecer, de acuerdo con el principio de proporcionalidad y subsidiariedad, sobre el definitivo, que debe reservarse para los casos de «extrema gravedad», es decir, cuando la actividad delictiva sea la única que desarrolle la empresa como hemos visto antes.

También, si observamos los pronunciamientos jurisprudenciales sobre esta materia, se puede ver como se acude al principio de proporcionalidad para limitar o eludir la aplicación de las consecuencias accesorias y al principio de personalidad de las sanciones para evitar que afecten a terceros inocentes. Es significativo que en los delitos de fraude alimentario nunca se ha aplicado la consecuencia prevista en el artículo 366 CP. También llama la atención que en los únicos casos en los que se aplica el artículo 129 sea fuera del ámbito empresarial.

– La STS de 15 de abril de 1988, en materia de prostitución de mujeres, levanta la medida de cierre del local que aplica la AP para evitar que afecte a terceros inocentes. La medida se levanta porque afecta sólo a la actividad ilícita (la explotación de mujeres para la prostitución), pero no al local, y el nuevo propietario ha cambiado de actividad.

(63) Vid. SILVA SÁNCHEZ, «Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos en derecho español», en *Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal*, Barcelona, 1995, pp. 366 y 367.

– La STS de 28 de septiembre de 1996 levanta la consecuencia accesoria de cierre temporal de un local (un bar), que se utilizó para cometer el delito de tráfico de drogas, a la propietaria o titular del bar porque ella ha sido absuelta del delito de tráfico de drogas. La AP sólo condenó a la persona que regentaba el bar, no a la propietaria (64). El TS estima el recurso de casación y levanta la medida por dos razones:

1.^a Como las consecuencias accesorias lo son de la pena, no pueden aplicarse a terceros a los que no se les ha impuesto una pena porque se vulneraría el principio de personalidad de las penas: «las consecuencias accesorias de la pena, como su caracterización lo explica, requieren que la persona que las sufre haya sido condenada a sufrir la pena principal».

2.^a No existe una necesidad de prevención especial que permita limitar el principio de personalidad de las penas, porque al autor del delito de tráfico de drogas se le condena, además de a la pena de prisión, a una pena accesoria de suspensión de oficio. Con la pena de prisión y la de suspensión es, según el TS, suficiente porque la propietaria no ha cometido tráfico de drogas.

– La AP de Barcelona, a través de un auto de 24 de abril de 2000, revoca unas medidas cautelares de suspensión y clausura de una empresa porque considera que son desproporcionadas, ya que los perjuicios que se pueden causar al titular de la propiedad industrial son perfectamente reparables, asegurándose la solvencia del imputado aplicando las normas de la LECrim. Y se pueden aplicar medidas menos gravosas como la caución, prevista en el artículo 137 de la Ley de Patentes, para proteger los derechos de propiedad industrial. En el mismo sentido, aunque en el ámbito civil, se pronuncia el auto de la AP de Madrid de 12 de abril de 2002.

– En cambio, encontramos dos autos que sí que aplican el artículo 129 precisamente para combatir el terrorismo de ETA. Llama la atención que nunca se apliquen las consecuencias accesorias en el ámbito empresarial y sí que se haga en materia política. Estos autos, sobre todo el que suspende actividades y clausura definitiva de las sedes de HB fueron muy polémicos por la posible vulneración del derecho a la libertad de expresión, pues a través de una medida cautelar se impide el ejercicio de este derecho.

1.º El auto de la Audiencia Nacional, de 26 de julio de 1999, considera que las medidas cautelares de suspender y clausurar tem-

(64) En el mismo sentido se puede ver la STS de 30 de abril de 1992.

poralmente empresas vinculadas con ETA y sus medios de comunicación no vulneran el principio de proporcionalidad. Estas medidas eran idóneas y necesarias, aunque reonocce el auto que suponen una injerencia en el derecho fundamental a la libertad de expresión, porque en el momento en el que se adoptaron existía una situación de peligro inminente y grave de utilizar medios de comunicación para reiterar la actividad delictiva de la banda armada. Pero, dicho esto, a continuación la AN pone en cuestión el mantenimiento de estas medidas tan graves en el futuro porque desaparece el riesgo inminente y, por lo tanto, se puede acudir a medidas menos graves. Considera que son medidas menos graves las que afectan exclusivamente a intereses individuales frente a las que afectan a intereses generales o colectivos.

2.º El auto de 26 de agosto de 2002, del Juzgado Central de Instrucción, justifica las medidas cautelares de suspensión de actividades y la clausura definitiva de sedes de un partido político (HB) porque cumplen con el principio de legalidad, proporcionalidad y jurisdiccionalidad:

- Con el principio de legalidad, porque dichas medidas cautelares tienen cobertura en los artículos 129 y 520 CP.
- Con el principio de proporcionalidad, porque se cumplen con los requisitos de especialidad (los delitos de terrorismo son delitos graves), subsidiariedad (no existen otras medidas menos gravosas que puedan evitar la continuidad delictiva) y necesidad (en ese momento se considera indispensable para conseguir el cese de la actividad delictiva, ya que se ha demostrado la subordinación de HB a la organización terrorista ETA).
- Con el principio de jurisdiccionalidad, porque la suspensión y clausura ha de ser decidida por la autoridad judicial a través de resolución judicial.

2. Extensión del comiso a terceros (a la persona jurídica)

El comiso de los instrumentos o efectos del delito y de las ganancias previsto en el artículo 127 CP ¿puede aplicarse cuando dichos instrumentos o ganancias pertenecen al patrimonio de una persona jurídica?

El artículo 127 únicamente excluye el comiso cuando pertenezcan a un tercero de buen fe que no sea responsable (como autor o partícipe) del delito y los haya adquirido legalmente. ¿Es la persona jurídica un tercero de buena fe? Como ha dicho Gracia Martín, la persona

jurídica no tiene buena o mala fe distinta a la de las personas que actúan en su nombre y beneficio (65). Es más, se podría decir que la persona jurídica no es ni siquiera un tercero, si el que comete el delito actúa en interés de la persona jurídica, no si lo hace en interés propio. Por lo tanto, se podrán decomisar los instrumentos, efectos o ganancias del delito que pertenezcan a una persona jurídica.

Asimismo, serán decomisables los instrumentos, efectos o ganancias, aunque formalmente aparezca como titular de los mismos una persona jurídica, si a través del «levantamiento del velo» se demuestra que el titular de esos bienes es la misma persona que ha cometido el delito. En este sentido, se puede ver la STS de 29 de julio de 2002 («Caso Banesto»), en la que se decomisan unos bienes que pertenecen formalmente a una empresa («Longanor, S. A.»), pero que al producirse el «levantamiento del velo» de esa persona jurídica se demuestra que dicha entidad no es un tercero, sino que se identifica plenamente con uno de los acusados: «En el caso presente está acreditado que este tercero de buena fe no existe, ya que la identidad entre el acusado R. y Longanor es plena e indiscutible».

El comiso, como consecuencia accesorias que recae sobre la empresa misma, es una sanción idónea, como ha destacado Silva Sánchez, para prevenir el delito porque, al privar a la empresa de las ganancias obtenidas, puede implicar una pérdida considerable de capacidad competitiva, aunque pueda contabilizarse como gasto en el balance (66). También, es adecuada desde el punto de vista del principio de proporcionalidad, porque permite privar de las ganancias, del enriquecimiento injusto, sin desmantelar la empresa. El comiso no produce consecuencias tan graves como las consecuencias accesorias del artículo 129, que deben reservarse y aplicarse de forma subsidiaria a los casos más graves.

3. Responsabilidad civil de la persona jurídica

En nuestro Código Penal, como no se reconoce la responsabilidad penal de la persona jurídica, la responsabilidad civil es subsidiaria (no directa) de acuerdo con el artículo 120.3 y 4 CP (67). A través de la

(65) Vid. GRACIA MARTÍN (junto con BOLDOVA PASAMAR y ALASTUEY DOBÓN), *Lecciones de consecuencias jurídicas...*, cit., pp. 401 y 402.

(66) Vid. SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal de...», cit., p. 366.

(67) En cambio, para los partidarios en nuestro ordenamiento jurídico de la responsabilidad criminal de la persona jurídica, la responsabilidad civil de aquella es directa en virtud del artículo 116 CP, vid. ZUGALDÍA ESPINAR, «Las penas previstas en...», cit., p. 342.

responsabilidad civil, nuestros Tribunales pueden privar a la empresa de las ganancias obtenidas ilícitamente, es decir, derivadas del delito. Ésta, junto con el comiso, son sanciones idóneas y proporcionadas para luchar contra la criminalidad de empresa. Incluso algunos autores, como Silva Sánchez, han propuesto reforzar o perfeccionar la responsabilidad civil para que sea posible exigirla siempre que se acredite la comisión de un delito en el seno de la empresa, aunque no pueda determinarse la persona física responsable del delito (68).

Sin embargo, eso no es posible en nuestro ordenamiento jurídico, pues el artículo 116 CP, con carácter general, y salvo excepciones legales, condiciona la responsabilidad civil a que el sujeto sea criminalmente responsable de un delito o falta, ya que se trata de una responsabilidad civil *ex delicto*. En este sentido, entre otras, la SAP de Alicante, de 30 de junio de 2003 («Caso Ardystil»), exime de responsabilidad civil subsidiaria a las empresas (Bayer, ICI, Solvay) porque ninguna persona física que pertenezca a estas empresas ha sido condenada por un delito:

«Las citadas acusaciones lo que pretenden es derivar dicha responsabilidad civil de la comisión de un delito del artículo 342 del Código Penal, respecto del cual no es imputada persona alguna. Tal pretensión no puede acogerse. Si no imputamos ni condenamos penalmente por un hecho delictivo, es imposible derivar una condena civil del mismo» (F.J. 39.º).

(68) Vid. SILVA SÁNCHEZ, «Responsabilidad penal de las...», cit., p. 366.

Crónica de la vida de John Howard, *alma mater* del derecho penitenciario

FAUSTINO GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS

Abogado Fiscal sustituto del TSJ de la CAM. Secretario Judicial Titular
en excedencia. Doctor en Derecho

SUMARIO: I. Introducción.–II. La forja del mito (1726 a 1773).–III. Pionero de la reforma de la prisión (1773 a 1790).–IV. La muerte.–V. Howard en España.–VI. El legado.

I. INTRODUCCIÓN

Corresponde a unas pocas personas marcar la estela del rumbo que luego otros seguirán, mientras a otros nos corresponde como modestos notarios de una realidad pasada luchar porque aquellos seres excepcionales no caigan en el pozo oscuro del olvido. Ésta es la historia de un gran hombre, de un espíritu inquebrantable que nunca cejó en la lucha por la nuda justicia, sin añadidos, agotando hasta el último halo de su existencia en aras de una cruzada por los más desprestigiados, contienda donde jamás bajó la cabeza ante los poderosos.

Detrás de las instituciones jurídicas siempre existen personas que las inspiran. El espíritu de los pioneros que consiguieron en buena lid reformar unas instituciones pervive con las mismas. Se produce una extraña fusión por la cual no es posible entender el derecho penal sin Beccaria, ni el derecho político ignorando a Montesquieu, al igual que se produce en otros ámbitos donde nadie entiende la genética sin conocer a Mendel, ni la biología sin estar al tanto de la figura de Darwin. Por ello resulta imprescindible comprender a aquellos hombres que idearon dichas instituciones para comprender el significado

de las mismas. Estas afirmaciones tienen un claro reflejo en la interdependencia que existe en el mundo penitenciario y la figura de John Howard. Vamos a exponer los avatares de la vida de una figura emblemática del siglo XVIII cuya herencia es considerada como el espíritu que propugnó la reforma de la prisión, enfocándola, ya desde entonces, con un halo de humanidad que pervive hasta nuestros días.

Por ello entiendo que la vida de Howard es algo más que una simple biografía de un hombre honesto, es un símbolo para todos aquellos que luchan por la humanización de las prisiones, poniendo los pies en la realidad y rehuyendo de farisaicas demagogias especulativas más cercanas a un salón que a una cárcel. Hay algo de bueno, de positivo, de honesto y de humano en la labor de Howard que contagia y embelena al estudioso de su vida, especialmente ese inquebrantable espíritu para no resignarse frente a lo preestablecido, lo arcaico, lo arbitrario y lo absurdo. Si tuviera que definir a Howard en pocas palabras yo diría que fue un hombre adelantado a su época, esta visión anticipada del mundo está relacionada, bajo mi punto de vista, con su manera de percibir la solidaridad humana.

Aunque los libros de Historia nos relatan con gran precisión los trabajos de Howard y los resultados de su labor, no nos aportan un cuadro sobre la personalidad del individuo. Parece difícil calibrar cuál fue el proceso por el que este niño enclenque, que creció enfermizo, de apariencia física tan vulgar y de carácter tan introvertido, se transformó, ya en su avanzada madurez, en un brioso reformador que se convierte en notario implacable y testigo de su era, registrando los peores horrores de la prisión de su día proponiendo constantemente mejoras. Y es que para enfrentarse a brutales y anquilosadas prácticas consolidadas tras centurias de abusos, sólo dispuso de su carácter sistemático y laborioso, su curiosidad, papel, pluma y una regla para medir. No obstante, su voz llegará —y será escuchada con respeto— desde las mazmorras hasta los parlamentos y los tronos, haciéndonos ver, una vez más, cómo un hombre sencillo, si se propone un propósito de corazón, puede conseguirlo.

La intención de este ensayo no es tanto mirar cuáles fueron los trabajos de Howard, sino analizar quién era él y por qué su legado pervive tan intensamente en nuestros días. El testimonio humano que nos aportó Howard no se ha visto erosionado por el paso del tiempo. ¿Qué tenía aquel hombre por el que toda una nación estuvo de luto tras su muerte?, ¿qué había en este espíritu emprendedor para producir desde el sincero lamento del Rey hasta que su jardinero con la sola mención de su nombre le llorara con amargura?

II. LA FORJA DEL MITO (1726 A 1773)

Aunque no era miembro de la nobleza de sangre, Howard disfrutaba la consideración social de caballero terrateniente. Como veremos, su padre le dejó una abundante fortuna, fundamentada en el negocio textil familiar y en tierras en el condado de Bedford, dependiendo de su familia numerosos arrendatarios en Cardington. En los albores del denominado *Siglo de las Luces*, nació el 2 de septiembre de 1726 en Lower Clapton –cerca de Hackney (1)– en los arrabales de Londres.

La Inglaterra que le tocó vivir estuvo regida por los inicios de la dinastía Hannover, que puso fin a las guerras civiles estableciendo la paz en el interior y que se caracterizó por el predominio del Parlamento en la vida pública. Fue la época de los reyes Jorge I (1714-1727), y Jorge II (1727-1760), que parecían más unidos a sus Estados alemanes –por los que sentían una manifiesta predilección– que al reciente imperio que acababan de adquirir, desentendiéndose del ejercicio del poder. Sin embargo, Jorge III (1760-1820), de carácter exclusivamente británico, pareció recaer en la tentación de gobernar por sí mismo, hasta que el desastre colonial derivado de la emancipación de las colonias norteamericanas le retrajo de sus veleidades autoritarias. Se caracterizó, pues, esta era por la hegemonía de la Cámara de los Comunes y, más en concreto, de los primeros ministros, concretamente de Robert Walpole, que gobernó entre (1721-1742), William Pitt *el viejo* (1756-1761 y 1766-1768) y William Pitt *el joven* (1783-1801 y 1803-1806), los cuales pusieron paz y orden interno después de las cruentas guerras civiles del siglo anterior y marcaron la era del despegue del imperio británico. La era de Howard estaba marcada por la égida del pragmático *common sense* en el orden interior combinado con las ansias imperialis-

(1) Sin embargo, JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis (*Tratado de Derecho Penal*, tomo I, 3.^a ed. actualizada, Ed. Losada, Buenos Aires, 1964, p. 258) sitúa su lugar del nacimiento en Einfield, en los arrabales de Londres. Por su parte, GARCÍA BASALO, J. Carlos, «John Howard en España», *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 220-223, enero-diciembre de 1978, año XXXIV, p. 226, se hace eco de la polémica y fija como posibles lugares de nacimiento tanto Lower Clapton como Enfield. Mientras en la inscripción de su monumento en la Catedral de San Pablo en Londres (redactada por su amigo Samuel Whitbread, que, como veremos, aparte de ser su primo se cría con él), fija su nacimiento en Hackney. Otras opiniones, igualmente autorizadas, como las de sus amigos Dr. John Aikin y John Field, señalan a Enfield como el lugar del nacimiento. También tomando, como base ese dato, el prestigioso *Dictionary of National Biography*, vol. X, Oxford University Press, London, 1917 (Reprinted 1973), p. 44, fija como probable lugar Hackney, como el lugar más probable de nacimiento. Sea como fuere, ambas poblaciones se hallan situadas en Middlesex.

tas en el exterior, que originará tanto la formación de grandes fortunas, como la creación de legiones de indigentes y necesitados.

La centuria en la que vivió Howard fue el denominado *Siglo de las Luces*, denominación que teóricamente simboliza una Europa aparentemente ilustrada. No obstante, pese a tan idílico apelativo, muy por el contrario, dicha época se caracterizaba en la realidad por una brutalidad extraordinaria y actitud indiferente hacia la vida (2). Los derechos humanos, idea que surge precisamente en este tiempo, no eran apenas

(2) En mi opinión, la mejor descripción de la época nos la proporciona DICKENS, Charles, *A tale of two cities*, Washington Square Press Ed., New York, 1996, pp. 3-6: «Era el mejor de los tiempos, era el peor de los tiempos, la edad de la sabiduría, y también de la locura; la época de las creencias y de la incredulidad; la era de la luz y de las tinieblas; la primavera de la esperanza y el invierno de la desesperación. Todo lo poseíamos, pero no teníamos nada; caminábamos en derechura al cielo y nos extraviábamos por el camino opuesto. En una palabra, aquella época era tan parecida a la actual que nuestras más notables autoridades insisten en que, tanto en lo que se refiere al bien como al mal, sólo es aceptable la comparación en grado superlativo... Francia, menos favorecida en asuntos de orden espiritual que su hermana, la del escudo y del tridente, rodaba con extraordinaria suavidad pendiente abajo, fabricando papel moneda y gastándose. Bajo la dirección de sus pastores cristianos, se entretenía, además, con distracciones tan humanitarias como sentenciar a un joven a que se le cortaran las manos, se le arrancara la lengua con tenazas y lo quemaran vivo, por el horrendo delito de no haberse arrodillado en el fango un día lluvioso, para rendir el debido acatamiento a una procesión de frailes que pasó ante su vista, aunque a la distancia de cincuenta o sesenta metros. Es muy probable que cuando aquel infeliz fue llevado al suplicio, el leñador del Destino hubiera marcado ya, en los bosques de Francia y de Noruega, los añosos árboles que la sierra había de convertir en tablas para construir aquella plataforma movable, provista de su cesta y de su cuchilla, que tan terrible fama había de alcanzar en la Historia. Es también muy posible que en los rústicos cobertizos de algunos labradores de las tierras inmediatas a París estuvieran aquel día, resguardadas del mal tiempo, groseras carretas llenas de fango, husmeadas por los cerdos y sirviendo de percha a las aves de corral, que el labriego Muerte había elegido ya para que fueran las carretas de la Revolución. Bien es verdad que si el Leñador y el Labriego trabajaban incesantemente, su labor era silenciosa y ningún oído humano percibía sus quedos pasos, tanto más cuanto que abrigar el temor de que aquéllos estuvieran despiertos, habría equivalido a confesarse ateo y traidor. Apenas si había en Inglaterra un átomo de orden y de protección que justificara la jactancia nacional. La misma capital era, por las noches, teatro de robos a mano armada y de osados crímenes. Públicamente se avisaba a las familias que no salieran de la ciudad sin llevar antes sus mobiliarios a los guardamuebles, únicos sitios donde estaban seguros. El que por la noche ejercía de bandolero, actuaba de día de honrado mercader en la *City*, y si alguna vez era reconocido por uno de los comerciantes a quienes asaltaba en su carácter de capitán, le disparaba atrevidamente un tiro en la cabeza para huir luego; la diligencia correo fue atacada por siete bandoleros, de los cuales mató tres el guarda, que luego, a su vez, murió a manos de los otros cuatro, a consecuencia de haber fallado sus municiones, y así la diligencia pudo ser robada tranquilamente; el magnífico alcalde mayor de Londres fue atracado en Turnham Green por un bandido que despojó al ilustre prócer en las barbas de su numerosa escolta. En las cárceles de

respetados y los criminales condenados eran considerados –y en consecuencia recibían– el tratamiento de parias repugnantes, indignos de misericordia o de consideración. La prisión como pena nace en un momento en que los azotes y la pena de muerte cobraban su máximo esplendor y el castigo que aparecía en el horizonte era la deportación a las colonias. Sin embargo, debajo del barniz de crueldad que revestía esta sociedad, ciertas conciencias del grupo se revolviéron y una de ellas fue la de este terrateniente.

Con poco más de cinco años de edad, Howard se queda huérfano de madre, Ann Pettit [de soltera Cholmley (3)], la cual fallece el 25 de septiembre de 1731. Esta carencia de afecto materno va a afligir notablemente su vida [tal como destaca García Basalo (4)] máxime teniendo en cuenta que su padre era un estricto calvinista, que cuando el niño nace ya había cumplido cuarenta años, poco dado por su carácter y la época en la que le tocó vivir a proporcionar mimos y cariños al menor. Asimismo, como único hijo varón, tenía la responsabilidad de luchar por mantener el prestigio del apellido, lo que en aquellos días significaba –dentro de la burguesía puritana– una educación más disciplinada y estricta.

Su progenitor fue un pudiente hombre de negocios arraigado en Londres, siendo socio de un negocio de tapicerías y alfombras, cuya razón social era Howard & Hamilton sita en Long Lane (Smithfield).

Londres se libraban fieras batallas entre los presos y sus carceleros y la majestad de la Ley los arcabuceaba convenientemente. Los ladrones arrebatában las cruces de diamantes de los cuellos de los nobles señores en los mismos salones de la Corte; los mosqueteros penetraron en San Gil en busca de géneros de contrabando, pero la multitud hizo fuego contra los soldados, los cuales replicaron del mismo modo contra el populacho, sin que a nadie se le ocurriese pensar que semejante suceso no era uno de los más corrientes y triviales. A todo esto el verdugo estaba siempre ocupadísimo, aunque sin ninguna utilidad. Tan pronto dejaba colgados grandes racimos de criminales, como ahorcaba el sábado a un ladrón que el jueves anterior fue sorprendido al entrar en casa de un vecino, o bien quemaba en Newgate docenas de personas o, a la mañana siguiente, centenares de folletos en la puerta de Westminter-Hall; y que mataba hoy a un asesino atroz y mañana a un desgraciado ratero que quitó seis peniques al hijo de un agricultor. Todas estas cosas y otras mil por el estilo ocurrían en el bendito año de mil setecientos setenta y cinco. Rodeados por ellas, mientras el Leñador y el Labriego proseguían su lenta labor, los dos personajes de grandes quijadas [Luis XVI y Jorge III] y las dos mujeres, una hermosa y la otra *insignificante* [María Antonieta de Habsburgo y Sofía de Mecklemburgo], vivían complacidos y llevaban a punta de lanza sus divinos derechos. Así el año mil setecientos setenta y cinco conducía a sus grandezas y a las miríadas de insignificantes seres, entre los cuales se hallan los que han de figurar en esta crónica, a lo largo de los caminos que se abrían ante sus pasos».

(3) *Dictionary of National Biography, op. cit.*, vol. X, p. 44.

(4) GARCÍA BASALO, J. Carlos, *op. cit.*, p. 225.

Fue la más que saneada economía familiar [la herencia que recibe es cuantificada por Bejerano (5) en 30.000 libras, fortuna considerable para la época] la que permitió que en el futuro el joven John pudiera realizar sus viajes a Europa. Tiene una única hermana, Ann (que hereda con él la fortuna familiar).

Padre e hijo coincidieron –y pese al escaso contacto personal y afectivo que hubo entre los dos– en ser dos seres profundamente religiosos e introvertidos. El niño fue educado en colegios privados en Hertford y Londres (6), y su padre, ya comerciante jubilado, le colocó de aprendiz en una firma de especieros al por mayor en Londres.

Como ya he referido, no resultaba nada fácil presagiar durante su adolescencia que este joven estaría destinado a desafiar y cambiar las prácticas atrincheradas y brutales de la prisión arraigadas a través de los siglos. Las pautas prematuras de su carácter apuntaban a un adolescente gris cuyas capacidades aparecían limitadas. Durante su adolescencia no sobresalió en los estudios, ni destacó en el ejercicio de los deportes académicos. Nos encontramos ante un niño dócil y obediente poco dado a travesuras, pero a la par, y quizá por ello, insulso, carente de talento, nada genial que pasó por su etapa escolar sin pena ni gloria. Pero ya en sus primeros años apuntaba una innata bondad que se configuraba como uno de los rasgos típicos de su carácter. El servicio público le estaba vetado, pues su fondo religioso disidente a la religión anglicana oficial le impedía tomar el juramento de *communion* con la iglesia anglicana requerido para actuar en los asuntos públicos. Su salud era precaria con frecuentes ataques bronquiales severos. Parecía ciertamente que ninguna meta elevada estaba reservada para el rentista John Howard.

El dato de la religiosidad de Howard es significativo y nos ayuda a comprender al hombre, su fervor creyente (7), que de otro lado se correspondía con la época en la que vivió. Se ha criticado que en su conducta y reformas hay ciertos aspectos pietistas que influyen en su visión del reo. Analizando el diario de Howard nos damos una idea de

(5) BEJERANO GUERRA, Fernando, «John Howard, inicio y bases de la reforma penitenciaria» en Dir. García Valdés, Carlos, *Historia de la prisión. Teorías economicistas. Crítica*, Edisofer S. L., Libros Jurídicos, Madrid, 1997, p. 114.

(6) BEJERANO GUERRA, Fernando, *op. cit.*, p. 114. El autor refleja las restricciones que tenían los calvinistas para asistir a la escuela pública, pues habían roto con la Iglesia anglicana oficial.

(7) Así, por ejemplo, OVEJERO SANZ, M.^a Paz, «Carácter pedagógico de la reforma penitenciaria en el siglo XIX», *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 187, octubre-diciembre de 1969, p. 721, alude a una clara vocación pietista en la actuación del filántropo, así habla de «una misión a impulsos de caridad y con ánimo redentor», que consiste en denunciar las miserias y vergüenzas ocultas en las prisiones.

que los impulsos religiosos forman parte de su carácter, y coadyuvaron a la energía que lo hizo tan eficaz. Aunque formado en la fe calvinista su talante tolerante hizo que con el tiempo se fuera inclinando hacia la Iglesia Bautista. Pero Howard no era un místico, sino un hombre profundamente práctico. Así, Salillas (8) (citando a Max Nordau) resalta que hizo compatible la actividad mercantil con sus creencias religiosas, no extrañándose de esta mezcolanza, pues juzga que esta mixtura de religiosidad y economía política es muy propia del espíritu inglés.

Para ser justo con Howard, es posible que su retraimiento y timidez estuvieran motivados por las reflexiones de una niñez rígida y restrictiva. Entre su estricto padre, cuya vida estaba enfocada al éxito del negocio, y la prematura muerte de su madre el muchacho se vuelve introvertido y taciturno, pero esta soledad interior lejos de formar un carácter mezquino forjó un temple resuelto a la búsqueda de la justicia en la virtud. Fue John Worsley quien impartió la enseñanza del chico en sus primeros años y, aunque era un erudito, la calidad de la enseñanza fue deficiente, pues estaba aquejada de múltiples lagunas, dado que Worsley no puede ser considerado como un profesor profesional. Más tarde John Howard comentaría que «no le enseñaron completamente ninguna materia» (9), por un espacio corto de tiempo acudió a la academia disidente de John Eames, donde él conocería a un amigo de por vida: Richard Price.

Su colocación como aprendiz en una tienda de especies estaba orientada a que aprendiera cómo regir un negocio, nada había que le atrajera de la carrera mercantil, pues su espíritu adolescente se inclinaba hacia la investigación. Sin embargo, trabajará diligentemente en la misma, pues Howard, que fue tan inconformista frente a la injusticia, era extremadamente respetuoso con el orden establecido, y la fidelidad a su progenitor fue modélica. Aparte de la explotación mercantil, el adolescente también estaba destinado a heredar de su abuela, Martha Howard, una granja de cien acres en Cardington (Bedfordshire). Por lo tanto, el horizonte que se le dibujaba en el futuro era dedicarse profesionalmente a los negocios o a la vida cómoda de un caballero del país, pero en todo caso su porvenir parecía esbozarse como confortable, regalado y placentero.

La repentina muerte de su padre, en 1742, le exigió que precozmente comenzara a regir su destino (a la sazón tenía dieciséis años de

(8) SALILLAS, Rafael, «Inspiradores de Concepción Arenal», *REP* núm. 200-203, DGIP, enero-diciembre, 1973, p. 182. El autor se hace eco del espíritu religioso de Howard, que debe ser entendido en combinación con su condición de comerciante, así como de naturalista, quasi médico y miembro de la Sociedad Británica de Ciencias.

(9) CARLSON, Terry, *John Howard and the legacy of penal reform*. St. John's, Nfld.: John Howard Society of Newfoundland, 1990, p. 2.

edad). Fue entonces cuando el joven Howard decidió liberarse de sus obligaciones comprando su emancipación, abandonando el aprendizaje en el negocio. De la misma forma en estos años emergieron los primeros atisbos de su carácter, fraguando una personalidad marcada por el trabajo serio, metódico y riguroso que le habría de ubicar en los libros de la historia. Ya entonces las líneas básicas de su personalidad le perfilan como un ser curioso, prudente, sistemático y observador. Pese a que bajo la visión perfeccionista del propio Howard contemplara su educación como inadecuada, lo cierto es que le aportó un estilo de escritura sobrio y directo que sirvió para dar al investigador una gran notoriedad a sus libros. Paralela a la nobleza de su carácter era la fidelidad afectiva que guardaba hacia los suyos, muchos de los amigos que él hizo en su niñez, por ejemplo, el Dr. John Aikin (10), el referido Richard Price (11) y su primo Samuel

(10) John AIKIN (1747-1822), médico y cirujano, a la muerte de Howard publica la cuarta edición de *State of prisons* (1792) y la segunda de *An Account of the principal lazarettos...* (1791). Fue además su primer biógrafo con su obra *A view of the character and public services of the late John Howard*, Esq. LLd, FRS, Johnson, Londres, 1792, 8, p. 248. Para más detalles de su vida véase *The Dictionary of National Biography*, vol. I, Oxford University Press, 1960, pp. 185 y 186.

(11) Richard Price (1723-1791) fue un amigo casi inseparable de Howard, de tal modo que cuando no podían estar juntos se carteaban constantemente. Filósofo moral y político nació en Tynton, Glamorganshire, fue a una academia disidente donde, como ya hemos visto, conoció a Howard y su estrecha amistad perduraría toda su vida, posteriormente fue predicador en Green y Hackney (presunto lugar de nacimiento de Howard) en Newington, y estableció una reputación por su examen de las preguntas principales a través de sus obras *Las moralejas* (1756) y *La importancia del cristianismo* (1766). En 1769 fue nombrado doctor por la Universidad de Glasgow y se publicaron sus tablas de mortalidad, elaboradas sobre la comarca de Northampton. En 1771, apareció su célebre informe sobre la deuda nacional y en 1776 (año de la independencia de las colonias norteamericanas) se publican sus observaciones respecto a libertad civil y a la guerra con América. Las observaciones le trajeron una invitación del Congreso de Estados Unidos en orden a ayudarles en la regulación de sus finanzas. En este gran tratado sostuvo que correcto e incorrecto son las ideas simples incapaces de ser sometidas a análisis, y que son recibidas directamente por la energía intuitiva de la razón. En 1791, Price fue nombrado miembro titular de la sociedad de Unitarian donde aplicó sus conocimientos matemáticos al campo de los seguros, ocupando cargos como consejero con Shelburne y Pitt, ayudando a este último en su reforma financiera. Fue uno de los líderes en la lucha para conseguir de la libertad de cultos y de la igualdad cívica (causa que compartió con el mismo celo Howard). Price publica a su vez su discurso sobre el amor, obra que inspiraría a Edmund Burke (1729-1797) —como él mismo reconoció— para escribir sus reflexiones sobre la revolución francesa, publicado en 1790. Entre sus obras podemos destacar: Felicidad de Gran Bretaña, y la mejora apropiada de ella, Observaciones respecto a la naturaleza de la libertad civil, de los principios del gobierno, y de la justicia y de la política de la guerra con América, Observaciones adicionales respecto a la naturaleza

Whitbread (12) los conservó durante toda su vida (13). Esta tendencia a formar amistades personales de por vida indica una capacidad indeleble de comportarse lealmente con sus amigos y un espíritu

y al valor de la libertad civil, y la guerra con América, Un Sermón Rápido (1781), Observaciones respecto a la importancia de la revolución americana y de los medios de hacerle una ventaja al mundo, La evidencia por un período futuro de la mejora en el estado de la humanidad.

(12) Samuel WHITBREAD (1720-1796), primo y amigo íntimo de Howard, fue quien realizó su sentida inscripción mortuoria en la catedral de San Pablo en Londres. Nació como nuestro biografiado en Cardington, cerca de Bedford, el 20 de agosto de 1720, siendo, por tanto, seis años mayor que él. A los catorce años le enviaron a Londres para ser aprendiz en una cervecería propiedad de John Whitman. En 1742 Whitbread adquirió la sociedad junto a Thomas Shewell. Whitbread invirtió 2.600 libras en las dos cervecerías pequeñas poseídas por la familia de Shewell. Producía las clases «porter of Brewhousemade», «goat» y «brick's truck» que eran en general cervezas pálidas y ambarinas. La clase porter producida por su compañía era particularmente popular, consistía en una cerveza fuerte, negra, fue hecha de cebada gruesa y de malta chamuscada que se podía hacer en envases muy grandes. Dado el éxito, Whitbread encontró difícil afrontar la demanda y en 1750 construyó una cervecería nueva en la calle de Chiswell. En 1751 se publicó un informe oficial que sugería que la ginebra barata causaba las muertes de una gran cantidad de gente. Se estimó que solamente en Londres el consumo de ginebra mataba al año a 9.000 niños por debajo de los cinco años. Como resultado de esta información, el parlamento aprobó la legislación para controlar la venta de la ginebra barata. Como consecuencia de estos hechos en los siguientes años la consumición de la ginebra cayó súbitamente un 75 por 100, inclinándose los consumidores hacia el consumo de cerveza. Los cerveceros como Whitbread se aprovecharon de esta situación promoviendo la cerveza como bebida sana. Antes de 1758 la fábrica vendía a 65.000 barriles al año de la referida cerveza porter. Cuando Whitbread compró su parte de la Compañía a Thomas Shewell por 30.000 libras en 1765, se convirtió en uno de los cerveceros más grandes en Inglaterra. Se casó con Harriet Hayton y en 1758 nació un hijo, Samuel Whitbread Jr., que también habría de pasar a las páginas de historia. Harriet murió en 1764 y cinco años más adelante de Whitbread se casó con Mary Cornwallis. Paralelamente a lo que aconteció a Howard en sus segundas nupcias, al año siguiente Mary morirá durante un parto. La tragedia (al igual que sucederá con su primo) le hará volcarse en el trabajo, ampliando su cervecería, y en 1769 las ventas habían alcanzado 90.000 barriles al año. Durante esa década consiguió una media de beneficio anual de 18.000 libras (cifra fabulosa para la época). En 1786 compró un motor de un vapor de Boulton y utilizó la energía eléctrica para moler la malta y el agua de bomba hasta las calderas. Esto posibilitó a la cervecería aumentar su producción a 143.000 barriles al año y le convirtió en el cervecero más grande de Inglaterra y en uno de los hombres de negocios más ricos, lo que le permitió en 1791 comprar Southill Estate y adquirir el título nobiliario de Lord de Torrington en Bedfordshire. Cuando Samuel Whitbread murió el 11 de junio de 1796, su fortuna alcanzó la cifra aproximada de un millón de libras. Samuel fue siempre generoso con su querido primo pequeño, con el que se hallaba muy unido, proporcionando soporte económico a su obra, incluso tras su muerte.

(13) GODBER, Joyce, *John Howard the philanthropist*, ed. Bedfordshire County Council Arts and Recreation Department, Bedfordshire, England, 1977, p. 5.

dotado de un propósito inquebrantable de no desistir en los objetivos que se había propuesto. Lo decisivo del espíritu de este británico es que no se limita a tener vacuas intenciones altruistas, sino que sabe transformar estas ansias en un metódico trabajo serio y ordenado, encaminado a proporcionar un servicio a los demás.

Estando inseguro acerca de la dirección que iba a tomar en la vida, fueron los motivos de salud los que marcaron su destino, aleccionándole a un viaje continental. El mismo año de la muerte de su progenitor, buscando un clima más cálido, viaja a Italia y a Francia. Tras este viaje vuelve a Inglaterra en donde desarrolla una existencia reservada y solitaria. A la vuelta de este primer viaje se colocó en una tienda de alimentos en Newington. Debido a su todavía precaria salud contrajo una grave enfermedad, siendo asistido durante la misma por su casera, Sara Loidore. Contrae matrimonio con ella por gratitud (14) pese a que era nada menos que veintisiete años mayor que el joven Howard (15). Parecía que con este matrimonio Howard, más que una esposa, intentara cubrir el vacío dejado por una madre que nunca tuvo. El casorio concluyó pronto, ya que ella murió solamente dos años más tarde, el 1 de noviembre de 1755.

En 1756 resuelve viajar otra vez al extranjero, esta vez a Portugal, deseando presenciar las consecuencias del terremoto de Lisboa (llama la atención este paradójico dato, pues Howard desaprobaba la geología por motivos religiosos). Quizá imprudentemente (16) el joven John decide consumir el viaje pese a que Francia e Inglaterra se hayan inmersos en la Guerra de los Siete Años (1755-1763). Esta temeridad va a incidir en un dramático incidente que iba a influir decisivamente en su sino. Durante el viaje, la nave de Howard, el *Hannover*, fue capturada

(14) Así lo afirma GALVETE, Javier, *op. cit.*, p. 189, quien textualmente afirma: «como muestra de su corazón, humilde y piadoso, decide contraer matrimonio con Sara Loidore».

(15) El joven John sufrió un severo ataque de su enfermedad pulmonar y estuvo cerca de la muerte. Abatido por la enfermedad que presentaba letal, huérfano, joven e inexperto estuvo tan impresionado con la bondad de Mrs. Loidore –que era viuda– que sintió que no había otra manera de expresarle su sincera gratitud que con una propuesta de matrimonio. La buena mujer que le había atendido como enfermera y que se había volcado en su cuidado se sintió descolocada ante semejante petición. La propuesta generó una curiosa discusión, pues ella le replicó que era demasiado mayor para él (pues en verdad duplicaba con exceso su edad, Sara tenía cincuenta y dos años frente a los veinticinco de Howard), y provenía de un estrato social y cultural mucho más bajo. No obstante, Howard, vehemente de carácter, insistió y su opinión finalmente prevaleció... sea como fuere, él no tuvo oportunidad para arrepentirse de tan extraño matrimonio dada su brevedad.

(16) GARCÍA BASALO, J. Carlos, *op. cit.*, p. 225.

por los corsarios franceses (17) casi a la entrada del canal de la Mancha (a la altura de Brest) y de allí trasladaron a los pasajeros y a las mercancías a su país. Como presos, fueron objeto de cruel tratamiento –detallado por Galvete (18)–, dado que no le proporcionaron ningún alimento o agua durante el viaje a Brest que duró unas cuarenta horas, no mejorando tampoco el trato en la mazmorra donde permanecieron los seis días siguientes. Posteriormente, después de ser encarcelado en Morlaix, lo intercambiaron por un oficial francés, siendo liberado bajo palabra de caballero. Una vez recuperada su libertad, Howard no desaprovechó ningún momento y se dispuso a asistir a marineros, enfermos y heridos, siendo testigo de los sufrimientos a los que se vieron sometidos. Finalmente tuvo éxito en conseguir la libertad de los mismos (19). Esta actuación tan rápida y eficaz es una constante de la forma de actuar de este británico tan pragmático. Este incidente aislado de su vida, de

(17) Incorrectamente CERVELLÓ DONDERIS, Vicenta, en *Derecho penitenciario*, ed. Tirant lo Blanch, monografías, Valencia, 2001, p. 23, refiere que Howard fue abordado por un buque de guerra portugués.

(18) GALVETE, Javier, «Reformas sociales en el extranjero; Juan Howard», apunte biográfico *Fragmentos y Ensayos*, capítulo II, Librería Naval y Extranjera, calle Jacometrezo, 59, Madrid, 1876, p. 189. El autor refiere cómo fueron encerrados en las mazmorras de Brest en una celda sucia, infecta y horrible. Tenían que dormir sobre un poco de paja arrojada sobre el suelo, permaneciendo varios días sin comer, hasta que les arrojaron una pierna de carnero para que la despedazaran con uñas y dientes como fieras.

(19) HOWARD, John, *The state of the prisons in England and Wales with preliminary observations, and account of some foreign prisons*, ed. Routledge/Thoemes Press, London, 2000 (Reproducción de la ed. De Warrington, 1777), pp. 22 y 23. (Aunque siempre me referiré a la edición original también se han consultado la edición francesa «*Etat des prisons, des hôpitaux et des Maisons de force*», dos volúmenes, Chez Lagrange libraire, París, 1788, tomos I y II, se ha publicado recientemente una excelente versión en castellano en Argentina para todos los que no dominen el idioma inglés: *Estado de las prisiones en Inglaterra y Gales*, ed. Fondo de Cultura Económica, 1.ª ed., Buenos Aires, 2003). El reformador describe su experiencia: «Tanto en Brest como en Morlaix, donde fui trasladado; durante los dos meses en los que fui prisionero bajo palabra en Carhaix, mantuve correspondencia con los otros prisioneros ingleses, así como con los marineros del “Hambourg” y con mi criado, todos ellos se encontraban detenidos en Dinan. Todas las informaciones eran uniformes: los prisioneros ingleses estaban sometidos a un régimen tan brutal que muchos perecieron, en Dinan 36 fueron enterrados en un pozo el mismo día. De regreso en Inglaterra luego de haber sido liberado bajo palabra, comuniqué esos detalles a los comisarios de la salud marina, los cuales tomaron nota y me aseguraron participar en su liberación. Las observaciones fueron presentadas ante la Corte francesa, nuestros marinos obtuvieron reparación y los prisioneros de tres ciudades bretonas, en las que hablé, fueron enviados a Inglaterra con la primera flota. Una irlandesa, que se había casado en Francia, había fundado diversas obras de beneficencia, con el acuerdo de la municipalidad de Saint-Malo; una consistía en otorgar la suma de un penique por día a cada prisionero de guerra inglés detenido en Dinan. Esta disposición, debidamente realizada, salvó la vida de un importante número de hombres».

carácter tan dramático, permaneció imborrable en su memoria, guardando cierta antipatía hacia los franceses (20).

Aunque su conciencia se vio agitada por este episodio, no supuso de por sí el inicio de su carrera filantrópica en el mundo de las cárceles, dado que todavía había otras materias que requerían su celo. A su vuelta recibe el nombramiento de miembro de la Royal Society en Londres, designación de la que Howard, poco afecto a los oropeles, se sentía especialmente orgulloso. Como reseña García Basalo (21) en todas sus firmas nunca dejó de consignar «John Howard. F.R.S.» (*Fellow of the Royal Society*). Sin embargo, Jiménez de Asúa (22) y Bernaldo de Quirós (23) le niegan la condición de hombre de ciencia, versado en estudios filosóficos sobre el fin de la pena, sino que lo consideran simplemente como un hombre con sentimientos humanitarios.

Cuando Howard alcanzó la edad de treinta y dos años entró posiblemente en el período más feliz de su vida. Fue entonces cuando adoptó una dieta vegetariana simple y un régimen estricto que hizo que su salud mejorara. En 1758 se casó con Henrietta Leeds (24),

(20) HOWARD, John, *The State of prisons in England and Wales...*, *op. cit.*, p. 22. El recuerdo del presidio galo conlleva cierto rencor hacia los franceses; así, Howard escribe: «No sería necesario encontrar dentro de mi ánimo algún motivo de elogio hacia los franceses. En 1756 tuve mi propia experiencia sobre la forma en que ellos tratan a sus prisioneros de guerra; mi navío fue apresado por un corsario francés, durante un viaje a Lisboa, a bordo del "Hannover". Antes de llegar a Brest tuve que soportar los sufrimientos de la sed y del hambre durante más de cuarenta horas. Encerrado en el castillo de Brest, dormí seis noches sobre paja; pudiendo observar los crueles tratamientos infligidos a mis compatriotas».

(21) GARCÍA BASALO, J. Carlos, *op. cit.*, p. 226.

(22) JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *op. cit.*, p. 258.

(23) BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio (Ref. anterior autor, id. p.). El autor afirma: «Tan lejos estaba de ser un hombre de ciencia que, por el contrario abominaba de muchas de las ciencias y, sobre todo, la geología, pareciéndole impío a su alma de puritano el intento del hombre de leer la historia de la creación en las estratificaciones de la Tierra, cuando era la Sagrada Escritura quien se la refería día por día. Llevaba su piedad hasta tal punto de tener pendiente del cuello el documento que contenía su declaración de sumisión a Dios».

(24) Cfr. *Dictionary of National Biography*, vol. X, p. 44. A diferencia de su primera mujer, Henrietta Leeds, era de su misma edad y clase social. Era hija de Edward Leeds of Croxton, militar de profesión. Además compartía su mismo carácter y disposición hacia la caridad cristiana y esta coincidencia de afinidades hizo que se acoplaran perfectamente. El carácter de Howard era poco dado al romance, por ello, quizá como reminiscencia de su primer matrimonio, hizo que durante su noviazgo tuviera un detalle tan torpe y poco galante de llegar a estipular que si ellos después de casarse tuvieran alguna diferencia de opinión, su voluntad debería prevalecer siempre. Sin embargo, Harriet, como a la sazón hacen otras buenas mujeres, supo manejar a Howard, dirigiendo de solapado el hogar casi sin que él se diera cuenta.

mujer de constitución frágil, pero que compartía el inquebrantable espíritu filantrópico de su marido. Durante los años que duró este segundo matrimonio se regocijó de los placeres sosegados del hogar, viviendo como un terrateniente próspero y laborioso (25).

Como terrateniente en Cardington (26) era responsable de proporcionar techo a la gente que trabajaba para él. Las cabañas del condado eran generalmente pequeñas, estrechas y oscuras. El filántropo fue uno de los pocos terratenientes de ese tiempo que advirtió la importancia de proporcionar una vivienda en buen estado para sus arrendatarios invirtiendo bastante dinero en construir cabañas más grandes y renovarlas. Tras examinar los inventarios se observa que los hogares de los arrendatarios dependientes de Howard en Cardington se encontraban en buen estado, lo que contrasta con el hecho de que las condiciones en la mayoría de las casas para trabajadores de la parroquia en Bedfordshire eran espantosas. Ante la falta de una educación estatal en aquellos años en Inglaterra, Howard y su primo Samuel Whitbread se propusieron enseñar a leer a los niños. El Dr. Aikin describió la excelente relación de Howard con sus arrendatarios, basada en el diálogo y no en el mandato.

Estos anhelos reformadores le acompañarían toda su vida durante la cual postulará importantes innovaciones en el campo de la vivienda, la sanidad y la educación. En materia religiosa él seguía siendo un disidente, pero era sumamente tolerante con cualquier forma de reli-

(25) Cuando el matrimonio se asentó en Cardington, dentro del condado de Bedford, inmediatamente se pusieron a construir, plantar, modificar y mejorar sus dominios y los de sus vecinos. Fue sorprendente observar los cambios que un hombre con su posición, determinación y recursos podía efectuar. Howard fue en su estado como un patriarca hebreo, benevolente y paternal. Muchos de sus arrendatarios vivían en sucias y miserables casuchas, y el creyó que si les construía hogares decentes los convertiría en hombres respetuosos, que ello les cubriría de felicidad y a la vez les haría progresar en su moral cristiana y como para Howard tener una convicción equivalía a llevarla a la práctica reformó los hogares de sus inquilinos. Él tomó un personal interés en que sus arrendatarios le visitaran como de hecho él los visitaba en sus hogares. A su vez él observó la necesidad de proporcionar escuelas y las construyó bajo las expensas de su propio patrimonio, encontrando buenos profesores para las mismas. El único requisito que exigía a los alumnos es que visitaran la capilla o la iglesia regularmente. Él tenía miedo por los chicos, especialmente por las niñas, pues entendía que la escuela debería concienciar a los niños sobre la necesidad de mejorar y salir de la miseria que acechaba en sus vidas. En este objetivo Harriet trabajó hombro con hombro con él, llegando a vender todas sus joyas y destinó los beneficios a una fundación caritativa.

(26) Durante su estancia en Hardington, Howard y su primo Samuel Whitbread (futuro señor del lugar) compartieron la tarea de la reparación de las casas del condado, reconstruyendo a la vez la iglesia local. Hoy en día cerca de esta iglesia se ha situado un monumento a la memoria de John Howard.

gión. Uno de sus amigos más cercanos era ministro de la iglesia protestante y sus dos esposas eran anglicanas. Durante sus viajes, si no encontraba un lugar donde hubiera una iglesia independiente, él acudía a la iglesia local, sin importarle su denominación.

Su vocación científica se vio reflejada cuando un amigo de Howard, perteneciente a la Royal Society, publicó sus estudios acerca de los efectos meteorológicos de la temperatura en varios emplazamientos de su comarca.

Howard se mantuvo alejado de las reuniones sociales de los terratenientes de su zona. Evitaba las grandes tertulias, prefiriendo la compañía de un círculo pequeño de amigos, aunque esto variaría algo más adelante cuando la fama le alcanzase. No hay dos retratos semejantes de él y nunca se dejó retratar por un artista. Sin embargo, se sabe que era bajo, «tenía ojos animados, rasgos señalados, y un paso rápido» (27). Hibbert (28) lo describe como un hombre de corta estatura, delgado, con cara triste y pálida, la cual estaba animada por unos ojos grandes y por una sonrisa cariñosa y amable. Otros autores destacan que era bajo y muy delgado, de piel amarillenta, de apariencia general poco interesante, pero que poseía el atractivo de una mirada penetrante y estaba dotado de una sonrisa benévola.

En cuanto a su carácter, fue un ser metódico en sus hábitos, viviendo bajo una rígida disciplina, guardando en su forma de ser grandes similitudes con su contemporáneo Inmanuel Kant. Su religión puritana le inclinaba a ser abstemio en alimento y bebida, despreciando el consumo de las carnes y los vinos caros. Vestía sin pretensiones no preocupándose mucho de su atuendo, que no era nada formal, vistiéndose con simplicidad y pulcritud. Pese a las variaciones de la moda, continuó fiel al estilo de un comerciante de Londres ataviándose con peluca, sombrero de ala ancha y con un pantalón con medias altas, convirtiéndose con esta monotonía en una figura familiar con su chaleco rojo debajo de una capa del traje color pimienta (29). Howard fue sinceramente humilde y durante su vida se opuso tenazmente a que se le realizaran homenajes. Y sus maneras eran propias de un hombre sencillo. A su vez procuraba apartarse de la alta sociedad y sus placeres. En definitiva, podemos considerarle como un cristiano que renunció a los placeres de este mundo.

(27) GODBER, Joyce, *op. cit.*, p. 5.

(28) HIBBERT, Christopher, *Las raíces del mal, una historia social del crimen y la represión* (trad. José Manuel Pomares y Olivares), Luis de Caralt Ed., Barcelona, 1975, p. 153.

(29) GODBER, Joyce, *op. cit.*, p. 6.

Pese a ello, hemos de significar que este humanitarismo y sencillez no significaba que fuera un ser apocado y timorato, siendo por el contrario una persona arrojada, pertinaz y autosuficiente. Esta dureza de carácter provocó, por ejemplo, que sus desavenencias con un miembro de un comité consultivo nombrado por el gobierno repercutieran negativamente retrasando las mejoras previstas para las prisiones. Este carácter tan decidido le convirtió, a la par, en un ser inconformista y demasiado estricto consigo mismo en congruencia con sus propias interpretaciones de la doctrina cristiana. Pero no sería justo considerarle un hombre intransigente, pues, por ejemplo, en materia religiosa (tan importante en su vida) adoptaba una actitud excepcionalmente tolerante –impropia de su época– con aquellos que tenían visiones teológicas antagónicas. Una de las razones del éxito de Howard fue su rigurosa y aséptica forma de trabajar que hacía que sus críticas al poder, a menudo duras, fueran aceptadas. Esta denuncia neutra, basada en la recopilación de datos objetivos e irrefutables, provocó que, salvo en Francia, nunca fuera objeto de reacciones adversas por parte de las autoridades.

Llegados a 1764, hemos de recordar que el marqués de Beccaria (30) escribe su obra maestra *De los delitos y las penas* que conduce directamente al nacimiento del derecho penal moderno. Como ha destacado García Valdés (31) entre Howard y Beccaria la finalidad de ambos escritores es unívoca, pues ambos tratan de crear un derecho penal más humano (32) y sus escritos van dirigidos a remover las conciencias. Es necesario realizar una comparación entre ambas vidas paralelas (33). Aunque ambos son dos

(30) Howard había leído a Beccaria y parece impresionado por su obra. Baste leer *The State of prisons in England and Wales* para darse cuenta de ello (concretamente la p. 29). Parece que maneja la versión inglesa de dicha obra *Essai on Crimes and Punishment*.

(31) GARCÍA VALDÉS, Carlos, *Derecho penitenciario* (escritos, 1982-1989), Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1989, p. 28.

(32) Así, CABANELLAS, Guillermo, en la introducción al *Tratado de los delitos y de las penas*, de Bonesana, César, ed. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1978, p. 26. El autor refiere que aunque el marqués italiano no es el creador del derecho penal, hay que reconocerle la gloria de ser artífice de la humanización del derecho punitivo.

(33) GARCÍA VALDÉS, Carlos, «Una nota acerca del origen de la prisión» en García Valdés, Carlos Dir., *Historia de la prisión. Teorías Economicistas. Crítica*, op. cit., p. 400. El autor realiza una brillante semblanza de las tres vidas paralelas (Howard, Beccaria y nuestro mejor penitenciarista del momento: Manuel de Lardizábal y Uribe, nunca suficientemente valorado). Así, el autor expone: «La obra de Beccaria, publicada primero anónimamente en Livorno, por una razón de peso: era la Toscana, se traduce al castellano por Juan Antonio de las Casas y, en el año 1774, se

seres tímidos y retraídos (34) que, pese a ello, gozaron de fama en su época, Howard es un hombre honesto que no teme el peligro (35), mientras que el marqués italiano –pese a lo arrojado de sus alegatos– teme profundamente desagradar al Poder (36) y caer en desgracia. Así, Quintiliano Saldaña, poco respetuoso con la grandeza de su obra, escribe del italiano: «Este radical de peluca perfumada y guante blanco... este aristócrata, tímido y comodón no merecía el pase a la posteridad como autor de un famoso libro

imprime en Madrid por Joach(qu)ín Ibarra. El favor que se hace a nuestro derecho es incommensurable, tanto que la Inquisición permanecía ojo avizor. Al fin y al cabo, la Romana la incluye en el Índice. Su pugna con el más liberal Consejo Real (o de Castilla) es determinante [...]. *De los delitos y de las Penas* es un libro de juventud, no jurídico y secularizado. La concepción teológica del Derecho sufrirá el embuste definitivo con el Iluminismo que el mencionado texto ayuda a instaurar en la ciencia penal. Lardizábal en cambio, cuando escribe su *Discurso sobre las penas. Contrahido á las leyes criminales de España para facilitar su reforma*, ya no es joven y es un magistrado. En la madurez y en la experiencia estará también instalado Howard, al tratar de las prisiones en Europa. Beccaria habla de lo que piensa, el tratadista criollo, profesor de Valladolid, al servicio de la Corona de España, de lo que sabe; el reformador inglés de lo que ve. El primero tiene ardor, el segundo idealismo; el tercero dolor».

(34) Así, TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO, en la introducción al libro de BONESANA, Cesare, marqués de Beccaria, *De los delitos y de las penas*, introducción, ed. Aguilar, 4.^a reimpresión, Madrid, 1982, p. 12, donde tras describir al marqués italiano como «un ser quietista poco ambicioso y con poca curiosidad vital», *lo reputa de* «tímido, solitario, amante de la tranquila lectura y de la conversación sosegada, no de la acción política ni de la agitada vida intelectual de su época».

(35) Como muestra de su valentía, arrojo y determinación baste reseñar algunos incidentes de intrepidez que posteriormente analizaremos con más detalle. Aparte de su episodio con los corsarios franceses, disuelve él sólo un motín en la prisión militar de Kale en Londres en el año 1775, durante su viaje a Italia eligió deliberadamente una nave con las condiciones más insalubres para un viaje de Smyrna a Venecia, de modo que él tuviera que ser colocado en cuarentena. Anteriormente, durante el viaje desde Turquía se había enfrentado a los piratas. Viaja clandestinamente disfrazado por Francia con el riesgo de ser detenido. Principalmente motivado por razones de conciencia ocupa el cargo de Sheriff sin haber jurado la Test Act, con grave riesgo de una fuerte multa y de perder la ciudadanía. Beccaria sólo realiza un viaje en su vida a París de donde saldrá huyendo, tras dos meses de estancia, a su tranquila villa de Milán porque la vida agitada parisina le produce auténtico pavor. (Sobre este último punto, *vid.* TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO, en *Introducción al libro de Beccaria...*, *op. cit.*, p. 12.)

(36) BONESANA, Cesare, Marqués de Beccaria, *op. cit.*, p. 78. Prueba de este espíritu son estas cautas (y a la par sabias) palabras que no me resisto a dejar de reproducir: «Quien quiera honrarme con sus críticas comience, pues, por comprender el fin al que va dirigida la obra; fin que, muy lejos de disminuir la legítima autoridad, servirá para aumentarla, ya que en los hombres la convicción puede más que la fuerza, y la suavidad y la humanidad justifican la autoridad a los ojos de todos».

revolucionario. La historia de la libertad está cargada de despropósitos» (37).

Antes de 1765, la vida de John Howard transcurría en el seno de un hogar donde reinaba la armonía doméstica. Como vimos, desde allí realizaba una actividad caritativa modesta, pero útil. El nacimiento de un heredero pareció culminar la dicha de su vida. Sin embargo, en este punto álgido de su prometedor existencia apareció la tragedia personal. Una semana después del parto de su hijo y tras volver de la iglesia, Henrietta se derrumbó y murió en los brazos de Howard (38). Ante el más duro golpe de su vida, fue su fe simple (39) la que le ayudó a encauzar el dolor y quizá fue éste el momento en que se plantea reconducir su vida dándole otro sentido. Tras su muerte, Howard permaneció fiel a la memoria de su amada Henrietta, y nunca consideró la idea de volverse a casar (40).

En esta pequeña «hagiografía» no hemos de olvidar que era un hombre frío, difícil de trato y taciturno que estaba privado de cierto grado de cordialidad, pues marcaba las distancias con su interlocutor, colocando un muro invisible entre ambos. Howard carecía de facultades para tratar a los niños, quizá por los pocos recuerdos felices que tuvo en su niñez. El británico va a repetir el mismo error que con él cometieron durante su huérfana infancia: entendía que su deber como padre consistía en dotar a su hijo materialmente de una buena educación. Así que en vez de tenerle en su compañía y cuidarle, le envió lejos a los cuatro años a la escuela (41). Su único vástago va a crecer afectivamente desamparado, sufriendo la misma estricta infancia que él padeció, despojada de toda calidez en el trato. Al igual que había sucedido con su padre, su mentali-

(37) Por ref. de CABANELLAS, Guillermo, *op. cit.*, p. 23. A su vez –y dentro de la misma obra– se hace referencia a la no menos despectiva opinión de su compatriota Lombroso, quien diagnóstica sobre el marqués como un ser «epileptoide, a menudo alucinado, a menudo pervertido, hasta la locura moral en el sentimiento y hasta el infantilismo y la imbecilidad en la inteligencia».

(38) CARLSON, Terry, *op. cit.*, p. 4.

(39) GODBER, Joyce, *op. cit.*, pp. 6 y 7. También GALVETE, Javier, *op. cit.*, p. 188, refiere que Harriet la había introducido aún más en la vida evangélica y la ausencia de su compañera le deja la religión como su único refugio.

(40) La felicidad culminó cuando después de siete años de matrimonio la pareja tuvo su primer hijo, pero la dicha se cortó trágicamente. Harriet, que parecía gozar de una buena salud, una vez que el niño nació, murió súbitamente. Su marido se afligió profundamente y cada año conmemoraría solemnemente la fecha de su sentida muerte. Él llevaría en su pecho la miniatura de su mujer por las más profundas mazmorras de Europa. Pero si ella hubiera vivido, él no hubiera podido llevar una vida tan intensa como reformador de prisiones y el no hubiera podido volcarse –de la manera en que lo hizo– en sus interminables viajes.

(41) GODBER, Joyce, *op. cit.*, p. 6.

dad puritana le inducía a entender que los hombres nacen predestinados para la salvación, y que nada de lo que haga en vida puede modificar su sino, por ello si el niño era bueno bastaba con proporcionarle medios materiales para prosperar en la virtud (42). Si en el caso de Howard el sufrimiento derivado de la aislada orfandad produjo efectos beneficiosos modulando un inquebrantable carácter, en el del joven John va a producir efectos desastrosos, volcándole hacia las malas compañías y la vida disipada. En consecuencia, con esa íntima convicción orientada a la predestinación, Howard se limita a contemplar estoicamente, sufriendo en silencio y desde la distancia, cómo su hijo se va degenerando.

Nunca se plantea la idea de abandonar sus viajes y tratar de reencauzar al niño, simplemente porque, bajo su personal convencimiento, éste sería un esfuerzo inútil y carente de sentido. Mucho se ha hablado de este punto débil en la biografía howariana que tuvo consecuencias familiarmente nefastas, pues su hijo adopta desde muy joven una vida desastrosa, convirtiéndose en un adolescente ingobernable y libertino, lo que provocó que pasara a los trece años a un asilo insano, donde murió a los treinta y cuatro años (43). Ya desde la adolescencia su carácter apunta hacia un ser egoísta y mezquino falto de la mínima disciplina, abocado a los vicios como la embriaguez, frecuentando tabernas y prostíbulos. Allí contrae la sífilis que le afectará al cerebro y le irá minando progresivamente su razón y salud hasta el momento de su muerte.

Con todo, pese al distanciamiento espacial y afectivo con relación a su hijo, Howard –padre inhábil y descuidado– nunca dejó de preocuparse por él, así Samuel Whitbread escribe, «el joven John... nunca estaba una hora fuera de sus pensamientos» (44). Sabemos por sus

(42) Howard proporcionó a su hijo Jack los mejores tutores y escuelas. El chico consiguió romper el corazón a su padre a base de disgustos. Muy pronto se inclinó hacia una existencia egoísta, irreflexiva y disoluta en el curso de la cual contrajo una enfermedad venérea que le afectó a la razón, volviéndose finalmente loco, aunque a veces tenía períodos lúcidos. Howard estaba muy preocupado por su único hijo habido de su unión con su amada Harriet. Deseaba contra toda esperanza que su hijo pudiera reconducir su comportamiento para llevar una existencia sana y responsable. Su padre estaba en cuarentena por la epidemia en Venecia cuando le llegaron noticias de los serios desórdenes de conducta de su hijo. Confinado en un estrecho y asqueroso cuarto, ardiendo de fiebre, afligido por su hijo y sin poder hacer nada por él, Howard sintió, en sus propias carnes, la amargura de la celda del prisionero. Finalmente su hijo murió en un asilo para dementes a los treinta y cuatro años de edad (nueve años después de la muerte de su padre).

(43) BEJERANO GUERRA, Fernando, *op. cit.*, p. 114, se hace eco de la dramática paradoja de que al volverse su hijo loco acabó encerrado en los mismos centros que su padre visitaba. GARCÍA BASALO, J. Carlos, *op. cit.*, p. 227, entiende que este hijo fue su cruz y su frustración.

(44) GODBER, Joyce, *op. cit.*, p. 14.

amigos que cuando le llegaron las primeras noticias del desvarío de su hijo mientras se hallaba encerrado en el repugnante lazareto veneciano se le desgarró el corazón y lloró amargamente, pero esto no incidió en modo alguno para modificar su conducta. Pese a todo, resulta singularmente paradójico que el gran reformador de las prisiones se abstuviera de la labor de la reforma de su único hijo (45).

Como refiere García Basalo (46), el prestigio que merece y goza Howard le depara el 8 de febrero de 1773, el nombramiento de High Sheriff de Bedfordshire, pese a ser religiosamente disidente y no pertenecer a la Iglesia oficial (pertenecía a la Iglesia congregacionista de Bedford, siendo disidente tolerante de la Iglesia anglicana de Bedford). Howard había alcanzado los cuarenta y seis años de edad, edad avanzada para la época. El cargo que se le asigna, a pesar de su aparente pomposidad, es de carácter más bien honorífico, llevando el peso real del cargo el Under-Sheriff. Poco podían esperar aquellos que se fijaron en él para otorgarle dicho cargo, con pretensiones de dar un pequeño homenaje a este honrado terrateniente, la autorresponsabilidad con la que su nuevo Sheriff va a desempeñar sus funciones. Asume, ante el asombro de todos, la designación con plena responsabilidad y sin admitir delegación alguna. Fue en este momento cuando Howard inicia su carrera como reformador de prisiones, quizá ayudado por el recuerdo de su propio cautiverio ante los franceses.

Mientras que sus amigos más queridos ya habían descollado en la vida, Howard todavía no había sobresalido, refugiándose en una vida que podríamos conceptuar como convencional. Así, mientras Richard Price ganaba honores por su folleto sobre la deuda nacional y Samuel Whitbread alcanzaba éxito como uno de los primeros empresarios cerveceros que funcionaban a gran escala, nada especial se podía decir de Howard. Habiendo transcurrido más de dos tercios de su

(45) GODBER, Joyce, *op. cit.*, pp. 5 y ss. El autor se pregunta: «¿Cómo pudo tal padre tener a semejante hijo? La relación de Howard con su hijo ha sido objeto de grandes controversias. La conclusión que yo he logrado es que el filántropo no actuó sabiamente en el modo de educar a su hijo. Esperaba del niño al instante una irracional, incondicionada y completa sumisión. Tan exitosa él entendía que debía ser la educación que su hijo se debería cortar su mano izquierda si él se lo solicitaba Parecía no darse cuenta de que su hijo poseía la misma voluntad indeleble que su progenitor, y disentía de dar a su padre la misma clase de obediencia que su padre daba a Dios. Parece ser que Howard llegó a darse cuenta de que si la madre del chico hubiera vivido su vida hubiera podido ser muy diferente». También ERIKSON, Thorsten, capítulo VI, «John Howard: Trailbrazer», *The reformers*, Elsevier, New York, 1976, p. 32, se hace eco de que quizá Howard puso el listón muy alto a su hijo, así comenta: «a pesar de la educación religiosa recibida o gracias a ella».

(46) GARCÍA BASALO, J. Carlos, *op. cit.*, p. 227.

vida, la ingente energía latente en su espíritu no se había asomado al mundo exterior, escondiéndose tras la vida insulsa de un buen terrateniente. Pero esta designación, aparentemente honorífica, va a producir un espectacular vuelco en los acontecimientos de su vida, canalizando toda su energía en aras de conseguir el fin humanitario de salvaguardar a los más desprestigiados y desvalidos, pasando del anonimato a un ser emblemático para su época.

III. PIONERO DE LA REFORMA PENITENCIARIA (1773 A 1790)

No puede haber duda alguna acerca de que John Howard merece ser considerado como el padre del movimiento penitenciario, entendido como movimiento enfocado a la humanización de la prisión. Sin embargo, es difícil comprender el motivo que le impulsó para hacer de esta causa su vocación. A los cincuenta años de edad Howard era un desconocido, a los sesenta años nos hallamos ante un héroe internacional. Como hemos repetido reiteradamente resulta difícil explicar esta progresión. Es verdad que sufrió en sus propias carnes las consecuencias de la prisión, pero no fue esta experiencia, sino su designación honorífica como High Sheriff de Bedfordshire en 1773, lo que va a desencadenar un irrefrenable curso de acontecimientos que sólo va a poder ser detenido con su muerte.

Como ya hemos visto, aunque era una de las responsabilidades del cargo que ocupaba, supuso una auténtica sorpresa cuando Howard asumió las responsabilidades del nombramiento con seriedad y emprendió la inspección de las prisiones dentro su demarcación. El desconcierto es mayor cuando contrastamos la naturalidad en la toma de decisiones en el desempeño del cargo con su manifiesta inexperiencia en el campo público. Parecía como si este cargo hubiera sido hecho a su medida, de tal modo que el destino le hubiera predestinado para desempeñar responsablemente dicha función. Es aquí donde eclosiona el alma del reformador, y de esta explosión en pro de la justicia va a surgir un espíritu humanitario que adaptado a su visión metódica y pragmática se convertirá en la ciencia penitenciaria. García Valdés (47) resume gráficamente este impulso:

«por determinación de su conciencia británica incapaz de soportar la injusticia –como explica Gilles– emprende el periplo europeo a través de la geografía del

(47) Cfr. GARCÍA VALDÉS, Carlos, *Introducción a la penología*, Publicación del Instituto de Criminología, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1981, p. 82.

dolor, recorriendo desde 1775 hasta su fallecimiento establecimientos de internación para, estremecido por lo contemplado, promover la reforma penitenciaria...».

Pero volviendo a su nombramiento como Sheriff de Bedfordshire, el hecho de aceptar el cargo [sin abandonar su disidencia religiosa (48)] suponía exponerse a ciertos peligros que podían implicar, de concretarse, la pérdida de su condición de ciudadano. Tras una ardua reflexión, se inclinó por aceptar la designación. Como ya vimos, el propósito original de este puesto era proporcionar una distinción honorífica al escogido, pues durante quinientos años no hubo ningún juez que materialmente desempeñase dicho cargo, sorprendiendo enormemente cuando –consecuente con las responsabilidades formales del mismo– compareció a la celebración de las sesiones ordinarias. Una vez allí, no pasó mucho tiempo hasta que su afilada mirada se percatara de que incluso cuando el preso era declarado inocente o no se podía seguir la causa contra él le volvían a retornar a la cárcel por exigencias del derecho de carcelaje (49). El fondo noble que latía en el corazón del Sheriff se revolvió ante tamaña injusticia.

Llegados a este punto, brevemente recordemos el contexto social y moral del tiempo en el que se desarrolló la labor reformadora del británico. El siglo XVIII vio salir de Inglaterra numerosos viajeros, imaginarios (50) algunos, mortales otros. Partieron en buques hacia costas apenas exploradas, o recorrieron los caminos revisando inquisidora-

(48) Había un peligro en aceptar este puesto público, dado que él era un disidente de la religión anglicana oficial y debía someterse a la *Test Act* a la fuerza; en la misma se establecía que nadie que no perteneciera a la Iglesia anglicana oficial podía ocupar un cargo público. La sanción por saltarse lo preceptuado en la *Test Act* consistía en una multa de quinientas libras y la pérdida de sus derechos como ciudadano. Sin embargo, Howard, defensor acérrimo de la libertad de conciencia, decidió ejercer dicho cargo prescindiendo del acatamiento a la religión oficial ordenado en la *Test Act*. Si su nombramiento era denegado por su conciencia religiosa, él creía que dicha negativa crearía una reacción que ayudaría y daría publicidad a la causa de la tolerancia, y si su designación subsistía, ello ayudaría tácitamente a derogar esta injusta e impopular ley.

(49) GODBER, Joyce, *op. cit.*, p. 8. El autor refiere que como Howard, siempre curioso, preguntó el porqué del retorno a la mazmorra del reo absuelto, siendo replicado por el Under-Sheriff que, aunque fueran inocentes, el preso debía pagar un honorario fijo al carcelero. ¿Por qué debe el carcelero conseguir un sueldo?, preguntó de nuevo el Sheriff. Éste le replicó que el sueldo del carcelero depende de los pagos que los reos hacían para su propio sustento. ¿Y por qué no se paga ningún sueldo? Howard persistió. Ante esto el Under-Sheriff se limitó a mover la cabeza y murmurar que no era costumbre pagar un sueldo a los celadores.

(50) La técnica de los viajes imaginarios donde se nos muestran otros mundos idealizados tiene cierta tradición en Inglaterra, donde se remonta al siglo XVI con la célebre obra de TOMÁS MORO (1478-1535) *Utopía*, escrita en 1516, que inicia una

mente las entrañas de Europa. El Capitán Gulliver halló casi inmejorable el reino de los Houyhnhnms, inteligentes caballos que no concebían el castigo en el animal hombre que se proclamaba racional e inteligente, ni entendían las extrañas ideas de su justicia y su administración. Por su parte, Robinson Crusoe, tosco e intrépido, cristiano y blasfemo, profundamente individualista, naufragaba en una isla casi desierta, donde sobrevive por su ingenio manual y su laboriosidad. Fuera de la ficción, Adam Smith, en 1776, había publicado su obra *Las riquezas de las naciones*, ese mismo año una colonia inglesa se había independizado de la madre patria formando los Estados Unidos de Norteamérica y en 1782 Watt inventó la máquina de vapor de doble acción.

Reynolds, Galnsborough y Hogarth eran activos en Londres, al igual que Haendel. La escena económica todavía estaba dominada por la agricultura y el comercio, aunque aparecían las primeras muestras de una revolución industrial. Era una edad previa a la decadencia de la nobleza cuando surgen las revoluciones americanas y francesa. Ingentes bolsas de población estaban abocadas a vidas de degradación y pobreza, panorama que Hogarth plasmó en sus pinturas. Los primeros atisbos de la conciencia social cristiana para aliviar la situación de los pobres y pisoteadas clases bajas empiezan a aparecer con la publicación de las obras de John Wesley y Samuel Johnson (51).

La ejecución era un remedio frecuente con el que afrontar los quebrantamientos de la ley. En los países mediterráneos había esclavos de la galera, y el uso de la tortura para obtener confesiones de la culpabi-

técnica dialéctica que consiste en prescindir de criticar abiertamente a la sociedad que les ha tocado vivir, pero a la par se proponen –en base a islas imaginarias o mundos ideales– nuevos modelos organizativos para la sociedad. En paralelo a este espíritu reformador, Howard también viajó buscando –en vano– modelos penitenciarios ideales fuera de las costas inglesas.

(51) Samuel Johnson (1709-1784), coetáneo de Howard, es una de las conciencias sociales más importantes de todos los tiempos y su influencia fue paralela a la de nuestro biografiado. Científicamente destaca como lexicógrafo, siendo el primer autor en estructurar académicamente el idioma inglés con su *Diccionario de la lengua inglesa*, labor que le reportó ocho años de trabajo. Al igual que Howard destaca por el orden, pulcritud y meticulosidad en su análisis, estando dotado de una aguda mentalidad científica. En su celeberrimo poema *The vanity of Human Wishes* refleja su tendencia a armonizar la técnica formal y el sentimiento. Los paralelismos con Howard no son sólo temporales: físicamente también tenía una delicada salud (era medio sordo y padecía una gran miopía). Ambos eran enormemente realistas (nada utópicos), uno y otro creían que su misión en el mundo era intentar mejorarlo mediante el trabajo serio y ordenado (para mayor información, veáse BOSWELL, J., *La vida del doctor Samuel Johnson*, Madrid, 1956).

lidad (52) era un recurso defendido por la Inquisición en España (53). El transporte de criminales, primero a América y más adelante a Australia, era practicado en Inglaterra. Las mazmorras estaban atestadas de deudores que no podían satisfacer sus pagos y de personas que aguardaban los juicios. Como eran conceptuadas guaridas de iniquidad, las prisiones de la época se caracterizaban por la humedad, oscuridad y el mal ambiente (54). Privadas de aire y antihigiénicas, formaban un caldo de cultivo de numerosas enfermedades. El tifus, la viruela y el bacilo de Cog fermentaban en los muros de las mismas. Había poco o nada de financiación estatal en las prisiones, pues eran costeadas con el dinero de los miserables allí recluidos. Uno de los aspectos más decisivos de la reforma fue reaccionar contra la privatización penitenciaria (55). Como refiere Hibbert, Howard descubre que las prisiones eran lugares de castigo, no pudiendo ser consideradas como establecimientos de corrección. La sanción no iba orientada

(52) TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO, *Tortura en España*, ed. Ariel, Barcelona, 1973, p. 135. El autor nos ilustra acerca del sadismo del sistema: «Si el reo confesaba en el tormento, era necesario que ratificase su confesión al día siguiente, y sólo entonces lo declarado durante el suplicio readquiría plena validez. Pero podía ocurrir que el reo no ratificase su confesión y afirmase que lo hizo por miedo o por dolor. En este caso se le volvía a torturar por segunda, y aun por tercera vez, hasta que confesara y ratificara después lo manifestado en el potro de tortura». A su vez, ESLAVA, JUAN, *Verdugos y Torturadores*, Temas de Hoy, ed., Madrid, 1993, p. 168, nos complementa el terrorífico relato: «Cuando lo ponían en el potro y le afligían terribles dolores, el detenido se devanaba el cerebro y terminaba acusándose de terribles delitos contra el dogma; pero si no acertaba con lo que los inquisidores querían oír, no le servía de nada, puesto que continuaban interrogándolo bajo tortura».

(53) Así, el canónigo sevillano PEDRO DE CASTRO escribió su vehemente obra *En defensa de la tortura*, publicada por el Colegio de Abogados de Madrid, donde defiende sus tesis frente a las ideas ilustradas de Beccaria. Cfr. TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO, «La última etapa y la abolición de la tortura judicial en España», en *Anales de la Universidad de la Laguna*, Santa Cruz de Tenerife, 1964-1965, pp. 26 y ss. (también *La Tortura en España*, *op. cit.*, pp. 145-152).

(54) Leemos en una carta de Howard dirigida a Sir Robert Ladbroke, impresa en 1771, p. 11, que «el Dr. Hales, Sir John Pringle y otros observaron que el aire viciado y pútrido estaba dotado de poderes tan sutiles y poderosos como para corroer y corromper el corazón de un roble; y, por otra parte, que las paredes de una construcción que han estado infectadas quedan impregnadas durante años». [El autor se apoya en las observaciones contenidas en una carta de Sir Stephen Theodore Jansen] (*Philosophical Transactions*, vol. XLVIII, parte I, p. 42).

(55) HOWARD, JOHN, *The State of prisons in England and Wales...*, *op. cit.*, p. 34. «En Inglaterra hay prisiones que son propiedad de los particulares, cuyos carceleros están protegidos por los propietarios, no estando sometidos a la inspección de los particulares...» El propietario teme los gastos, no repara los muros, las celdas están en mal estado, incluso abiertas, y para que no se escapen les ponen grilletes o les dan tormento».

a corregir a los prisioneros como personas, sino que lo que los carceleros perseguían era recaudar dinero y las técnicas penitenciarias versaban sobre la forma de atemorizar y amedrentar a los reclusos para obtener el mayor provecho económico. Observa que hay una relación entre la depauperación de las condiciones de vida de los reclusos y el enriquecimiento de los responsables carcelarios (56). Esta cabal deducción debería sacudir la conciencia de nuestros gobernantes del siglo XXI antes de optar por un modelo privatizado –supuestamente innovador– de gestión de los centros penitenciarios.

Los carceleros entendían su oficio como una oportunidad para extorsionar a los criminales procurándose un beneficio económico y por ello no dudaban en explotarles al máximo. Los presos pagaban por la comida, por la bebida, por el lecho de paja, por poder residir en una celda menos cochambrosa, por poder pasear en el patio, por el privilegio de caminar sin cadenas, etc. Incluso si eran declarados inocentes por el tribunal, un preso no sería liberado hasta el pago de sus honorarios por alimentos y alojamiento. Por esto, como refiere Sanz Delgado (57), una de las primeras recomendaciones de Howard fue la

(56) Algunas prisiones eran propiedad privada de obispos, lores y otras personas de la aristocracia. Esto parecía ser un residuo del sistema feudal. Muchas prisiones no estaban sujetas al control de los magistrados y eran caldo de cultivo para que se ejercieran sobre los prisioneros todo tipo de abusos. Los herederos de las prisiones no destinaban cantidades para realizar reformas, por lo que paulatinamente éstas se iban degradando con los años. Howard refiere las lamentables condiciones con las que los presos permanecían en la cárcel; y la falta de seguridad en las instalaciones. Para hacerlas más seguras, se prefería cargar de cadenas a los prisioneros que realizar costosas reparaciones en las ruinosas prisiones. Uno de los más notorios abusos es descrito por Howard de la siguiente forma: «esta cárcel, propiedad del obispo, quien a su vez es Lord de la parte occidental de la isla de Ely, fue en parte reconstruida por el anterior obispo cerca de diez años atrás; para reflejar los crueles métodos que se usaban, para buscar la seguridad de la cárcel y evitar las fugas, el guardián tomaba medidas extremadamente duras sobre los prisioneros. Así, los encadenaba por debajo de sus espaldas sobre el suelo, a través de numerosas barras de hierro, poniéndoles un collar de hierro con púas sobre sus cuellos y pesadas cadenas sobre sus piernas. Un excelente Magistrado, James Collyer, Esq., presentó una memoria sobre este asunto, acompañado de un dibujo, al Rey, ante lo cual Su Majestad se sintió muy afligido y dio órdenes inmediatas para una adecuada investigación y enmienda de la situación». Comentando las condiciones de aquella prisión, Howard decía: «En una repugnante mazmorra allí había tres reclusos, quienes ante la sospecha de un intento de fuga fueron encadenados al suelo» (HOWARD, John, *The State of prisons in England and Wales...*, *op. cit.*, pp. 252 y 253).

(57) Cfr. SANZ DELGADO, Enrique, *Las prisiones privadas. La participación privada en la ejecución penitenciaria*, Edisofer. S. L., Libros Jurídicos, Madrid, 2000, p. 40. Por ello, el propio HOWARD (*The State of prisons...*, *op. cit.*, p. 51) recomienda que el carcelero debe tener un salario fijo proporcional a su labor, a los cuidados que se le imponen y a los gastos a los que se ve obligado a soportar.

nacionalización de las cárceles, y convertir a los carceleros en funcionarios, haciendo que su sueldo fuera pagado por el condado. Esto sugiere una política por la que la gestión de las prisiones debería ser asumida como una carga para el erario público y no como un gravamen añadido para el encarcelado. Esta política de ayudas públicas todavía hoy es criticada principal y paradójicamente desde los países anglosajones (y Francia). No era casualidad que los que sufrían el encarcelamiento provinieran principalmente de las clases más depauperadas y de los que realizaban sencillos trabajos. La situación se hace especialmente dramática en relación a los presos por deudas, a los que en numerosas ocasiones los inciertos avatares del comercio les habían colocado en esta situación (58). Una vez que uno era encarcelado podía considerarse afortunado si lograba salir de un círculo vicioso de explotación.

Del mismo modo, dentro de las responsabilidades de este cargo, se encontraba el teórico deber de visitar las cárceles de su demarcación, produciéndole una profunda conmoción (59) el contacto con las condiciones

(58) HOWARD, John, *The State of prisons in England and Wales...*, *op. cit.*, pp. 9 y 10. Situación dramática que el reformador expresa en sus propias palabras: «En lo que respecta al auxilio previsto por la benévola ley de Jorge II (32.º año del reinado, comúnmente llamada la Ley de los Lores, dado que fue elaborada en el edificio de la Cámara de los Lores) concerniente a los deudores, no encontré, en ninguna de las prisiones de Inglaterra ni de Gales (con excepción de las de los condados de Middelsex y de Surrey), prisioneros por deudas que hayan obtenido, o que pudieran obtener de sus acreedores, los cuatro peniques por día que por ley están obligados a concederles. Encontré, en un solo viaje, alrededor de seiscientos prisioneros cuya deuda era menor a cuatro libras; el monto del gasto consecutivo a su encierro hubiera rápidamente alcanzado el valor de la deuda, algunos prisioneros confinados durante muchos meses por sumas irrisorias. En Carlisle, uno sólo de los cuarenta y nueve deudores que se encontraba allí en 1774 recibía alimentos de su acreedor, y el guardia me confió que, desde hacía unos catorce años, él cumplía con esa función, y que solamente había encontrado cuatro o cinco deudores cuyos acreedores pagaban la pensión, y además sólo en los primeros tiempos del encierro. No encontré ningún deudor en el Castillo de York ni en las regiones de Devon, Cheshire, Kent, etc., que recibía asistencia. En realidad, los deudores son los más lastimosos de todas las criaturas encerradas en las prisiones».

(59) HOWARD, John, *The State of prisons in England and Wales...*, *op. cit.*, pp. 4 y 5. El propio Howard lo describe así: «Mi empleo de Sheriff me llevó a emprender mis primeras visitas; el sufrimiento de los prisioneros y el amor por mi país me motivaron para llevar más allá esta tarea, su importancia aumentó progresivamente para mí. Solamente la Providencia me guía, ella me inclina a sacrificar mi tiempo y mi dinero en beneficio de los desdichados. El interés manifestado por el Parlamento en la lectura de mis primeras observaciones me incita a perseverar y a ampliar mi perspectiva. Choqué con un número incalculable de dificultades cuando quise probar que el fraude y la crueldad era sin ninguna duda el origen de muchas miserias; debí multiplicar mis visitas, y, para hacerlo, atravesar muchas veces el reino.

abismales de las celdas. Fue aquí cuando Howard (60) comenzó seriamente su búsqueda para la reforma de la prisión, deseando suprimir diversas atrocidades que se practicaban, tales como la usanza de collares y cadenas claveteadas, y la costumbre de que los presos pagaran a sus carceleros por su liberación todos los gastos que habían generado conceptuándolos como «derechos de carcelaje». Para tener una idea general de la situación, visitó casi cada condado en Inglaterra (61), País de Gales y Escocia, viajando, tan sólo en 1779, alrededor de 7.000 millas.

Antes de emitir una opinión global o realizar una queja, los instintos investigadores de Howard le indujeron a estudiar la situación a fondo, era necesario analizar si nos encontrábamos ante una situación aislada en Bedford o, por el contrario, era un uso general. Sus recorridos a otras prisiones le confirmaron que el sistema de cárceles privadas que se autofinanciaban con los pagos de los prisioneros era una práctica habitual. Situación que, como ya vimos, desembocó en hacer más deplorables las condiciones de vida de los reos. Como refiere Sanz Delgado (62),

Estoy persuadido, a fin de cuentas, de que muchas malversaciones quedan por descubrir, que mis informadores me han engañado a sabiendas, porque estaban más preocupados por su propio interés que por mi preocupación para descubrir la verdad. Sin embargo, en mis primeras visitas, cuando tomé conciencia de que la falta de limpieza y de aireación eran la causa de una buena parte de los males que asolan las prisiones, y en mis últimos viajes, cuando intenté hacer compartir esta convicción, la opinión de los carceleros evolucionó por lo menos en este punto: algunos comprendieron que proteger la salud de los prisioneros tenía como efecto proteger la suya propia y la de sus familias».

(60) HOWARD, John, *The State of prisons in England and Wales...*, *op. cit.*, pp. 27 y 28. Es significativa su narración de esta parte del libro donde refiere como era la «bienvenida a la cárcel», la cual consistía en una extorsión proporcional a la capacidad económica del prisionero. Bajo la amenaza de ser «despellejados» en clara alusión a las condiciones que había de soportar el infortunado al no poder pagar la cuota que se les exigía. Así se les privaba de sus ropas, de sus pocas pertenencias, quitándole el derecho a tener un buen lecho de paja con la segura probabilidad de contraer enfermedades mortales. De hecho se interrogaba a los presos sobre la condición del recién llegado. La participación en la extorsión se consumaba cuando en determinadas prisiones los presos más antiguos reunían dinero o cualquier cosa para pagar la bienvenida del que llegaba, quedando desde entonces éste sometido a su autoridad. De otro lado es preciso recordar que durante aquellos años en muchas cárceles se encerraban a disidentes y a opositores religiosos, junto a ladrones y a criminales comunes. Muchos de los presos eran deudados, que actuaban como comerciantes locales respetables que eran arrojados a la prisión, porque sus acreedores no les satisfacían créditos aplazados hasta que el dinero de otra deuda no les fuera satisfecho por completo, una vez allí quedaban a la completa merced y arbitrariedad de los rudos guardianes.

(61) A título de ejemplo, la primera de las muchas prisiones que visitó en su primera gira incluían las mazmorras de los condados de Cambridge, Huntington, Northampton, Leicester, Nottingham, Derby y Stafford.

(62) SANZ DELGADO, Enrique, *Las prisiones privadas...*, *op. cit.*, p. 39.

la gestión se convirtió en una forma de vida de lucro constante, que con frecuencia conllevaba que se realizaran nombramientos de sucesión en el trabajo, pasando el cargo de padres a hijos, e incluso en las viudas de los alcaides. Es necesario tener presente con Sanz Delgado (63) que estas cárceles privadas estaban gestionadas con criterios arbitrarios ajenos a toda norma jurídica limitadora. La idea de las cárceles privadas no es en absoluto una idea moderna, y las tendencias anglosajonas (Inglaterra, Estados Unidos y Canadá) a privatizar las cárceles no pueden ser consideradas como una innovación en el marco de la gestión penitenciaria. La supuesta novedad de la gestión privada carcelaria está muy gráficamente calificada por Del Rosal Blasco (64) cuando afirma «nos encontramos ante viejos remedios que pretenden solucionar viejos problemas». Hibbert (65) nos recuerda que las prisiones que vio Howard no eran prisiones en el sentido moderno, sino lugares donde se podía custodiar a la gente mientras se esperaba el juicio o el castigo físico y donde los deudores podían ser custodiados hasta que se satisficieran sus deudas a los acreedores.

De esta experiencia surge la prístina idea de escribir una narración al público donde se sugiriera la necesidad de variar el sistema retributivo de los carceleros. El *memorandum* iría destinado a reflejar la actual situación, donde se propugnaba, entre otras múltiples reformas, que se abonara un sueldo al carcelero con cargo al presupuesto del condado. Otra parte del mismo se ocupaba de las condiciones de sanidad en las prisiones (66).

La inspección de prisiones era una parte de sus deberes, y la visión del estado nauseabundo en que se hallaban le produjo una fuerte sacudida eléctrica. Los rudos carceleros –que no solían recibir visitas de las autoridades– se encontraban en una situación de total superioridad frente a los cautivos, y la idea de que ni siquiera con la declaración de inocencia podía variar esta situación nos ilustra suficientemente de la gravedad de la situación.

(63) SANZ DELGADO, Enrique, *Las prisiones privadas...*, *op. cit.*, p. 36. Howard presencié cómo las prisiones poseían una cuasi independencia fiscal, en la que en la mayoría de las prisiones actuaban al margen del Estado, que hacía posible, con la única excepción de las cuentas pagadas por los presos, su práctica emancipación del control de la magistratura.

(64) DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, *La privatización de las prisiones, una huida hacia la pena privativa de libertad*, en *Eguizkilo*, núm. extraordinario 12, 1998, pp. 115-132.

(65) HIBBERT, Christopher, *op. cit.*, pp. 153 y 154.

(66) CARLSON, Terry, *op. cit.*, pp. 5-7.

El logro de John Howard deriva del valor de acercarse valerosamente (67) a la inmundicia del mundo carcelario de su siglo (68), de su capacidad de análisis de la realidad y de la aptitud que tuvo para realizar una crítica constructiva que ayudara a mejorar las cárceles. Hibbert (69) comenta que la visión de las cárceles inglesas de la época a las que tuvo que enfrentarse nuestro reformador eran poco menos que tétricas (70): así, la ración de agua permitida no era suficiente

(67) Él tenía su tendencia física que pervivió en el tiempo. Es asombroso que un estado de salud tan delicado que, hasta alcanzar la madurez había vivido una vida pacífica como hacendado rural, pudiera de súbito arrojar a realizar tamaña empresa con el desgaste físico que comporta. Al lector hoy en día, tras la revolución de los transportes, 42.000 millas (80.000 kilómetros) le puede parecer que es una distancia no excesivamente larga, pero debe recordarse la dureza del viaje, con las inclemencias del tiempo, en una época donde no había ninguna infraestructura (salvo viejos caminos) ni fluidez en las comunicaciones. Por ello eran escasas las veces que podían «descansar» en las posadas y tabernas (y no en los carruajes). Las tabernas que nos descubre Howard están llenas de pulgas, chinches, liendres y otros parásitos. De otro lado, era sumamente peligroso viajar sólo en mula por tales parajes, asistido únicamente por su fiel criado Thomasson; de hecho nuestro biografiado sufrió durante el transcurso de sus viajes diversos episodios violentos. Hemos de recordar que este hombre viajaba bien a caballo, o bien en mula o en una diligencia. Estos viajes consistieron en siete giras a gran escala entre 1775 y 1790. Pero si además valoramos sus inclinaciones hipocondríacas (cuidaba su salud con especial diligencia), más meritorio nos parece que cuando finalmente llegaba a una ciudad se dedicara a visitar las celdas más contaminadas e infaustas, donde los asustados carceleros y médicos a menudo rehusaban seguirle. Sin embargo, Howard entraba decidido, pues creía ciegamente que la Providencia le protegería del mortal contagio, pues estaba convencido de que Dios le había confiado esta ardua misión. Por sugestión o no, lo cierto es que sus coetáneos empezaron a cavilar si estaba protegido por un «capote mágico».

(68) La propia supervivencia a tan numerosas visitas a tan infectas mazmorras causó un gran asombro en sus contemporáneos. Sobre ello, el propio Howard explica: «La pregunta me ha sido realizada muchas veces: ¿cuáles eran entonces esas precauciones, gracias a las cuales estuve protegido de las infecciones en las que en las prisiones y los hospitales son tan pródigos? Responderé: primero, la buena constitución y la buena salud que debo al autor de mis días, además, mi templanza y una higiene meticulosa. Guiado por la Divina Providencia y seguro de cumplir el deber que me había reservado, entraba en las celdas más repugnantes sin preocuparme por los riesgos corridos. Jamás realicé una visita sin estar bien alimentado, y siempre retuve la respiración cuando me encontraba en una habitación en la que la enfermedad rondaba amenazante». Sin embargo, como veremos, estas precauciones no le evitarán finalmente contraer un mortífero contagio.

(69) HIBBERT, Christopher, *op. cit.*, p. 155.

(70) En este sentido, entiendo que resulta especialmente ilustrativo este párrafo de su obra: «La delgadez de los prisioneros, su tez blancuzca, dicen mucho más que las palabras sobre el alcance de su desdicha: la mayoría entraron en perfecto estado de salud, se convirtieron en pocos meses en seres héticos, casi esqueletos. Languidecen de fiebre y decaen, presos “de la enfermedad y de la prisión”, luego expiran sobre los podridos suelos de celdas repugnantes, víctimas, a los ojos de las autoridades, de fie-

para lavarse, debiéndose incluso en alguna prisión comprar el agua. Sin agua, cargados de cadenas, con ratas e insectos serpenteando por todas las partes, careciendo de ventilación apropiada, sin luz, faltos de instalaciones sanitarias adecuadas, semidesnudos, temblando de frío en invierno, sofocándose en verano, con una promiscuidad sexual que comportaba con frecuencia el mantenimiento de relaciones forzosas, la mayoría de los prisioneros pasaban sus días y sus noches en una miseria inenarrable.

Como refiere Jiménez de Asúa (71) la experiencia propia y la vista del dolor ajeno anidaron en su espíritu, donde se formó el inquebrantable propósito de entregarse a la reforma de los infames establecimientos penitenciarios.

Poco a poco aquel hombre timorato fue dejando paso a un ser más arrojado. En una ocasión, debido a la reputación que poseía dentro del mundo carcelario, consiguió sin ayuda intervenir y calmar un alboroto en la prisión militar de Kale en Londres. Consciente de la ignorancia de la sociedad hacia la realidad de las prisiones emprende una metódica labor que va a forjar una reputación basada en la observación y recopilación escrupulosa de aquello que vio para que el público en general pudiera enterarse y comprender cuál era la situación. Sobre su libro, *El estado de prisiones en Inglaterra y País de Gales*, se lanzaron tres ediciones en su curso de la vida. Con cada nueva edición había un apéndice con una estadística actualizada de los resultados de sus visitas. El autor nos proporciona una información honesta, metódica, donde prevalecen los términos simples, refrenándose de todo adorno o exageración, circunstancias que proporcionaron crédito a su trabajo. Por ello, ya en su época, Howard no fue considerado como un estafalario o un iluminado, sino, por el contrario, las autoridades de los países que visitaba le guardaron una gran consideración, respetaron su opinión y atendieron a sus críticas. Solamente en Francia su honesta crítica le colocó en una situación de apuro con la autoridad, siendo declarado persona *non grata*.

bre pestilente o de enfermedades infecciosas graves, víctimas, en realidad, yo no hablaría de la barbarie de los sheriffs y de los jueces de paz, pero sí al menos de su negligencia. La causa de esos males se debe a la falta de los elementos necesarios en la vida de los prisioneros, es decir, en algunas prisiones, la indigencia absoluta en la que viven. Comencemos hablando de las casas de corrección. En alguna de ellas los prisioneros no tienen derecho a ningún alimento. En otras, el guardia revende lo poco que les es asignado. En fin, está previsto que el prisionero reciba un pan de uno o dos peniques por día, el guardia retira por su cuenta la mitad o más». (HOWARD, John, *The State of prisons in England and Wales...*, *op. cit.*, pp. 7 y 8).

(71) JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *op. cit.*, p. 258.

En 1774 sus preocupaciones como Sheriff de Bedford (72) le mueven a exponer la situación de los presidios ante el Parlamento pidiendo audiencia y siendo oído por una Comisión de la Cámara de los Comunes que había sido creada ese año. Su testimonio es respaldado por una prolija e impresionante recopilación de hechos concretos acerca de la pésima situación de las cárceles que visitó, logrando conmovir a la Cámara. Como refiere García Basalo (73), fueron los nudos hechos, más que los apasionados alegatos intentados en otros casos, los que lograron atraer el interés de los parlamentarios y mover las voluntades. En consecuencia se redactaron dos actas parlamentarias (74) donde se suprimían los derechos de carcelaje, estableciendo honorarios para los carceleros, así como otras medidas reformadoras dirigidas a mejorar la salud del preso. Como comenta Hibbert (75), detrás de estas actas se encontraba el prestigio de

(72) Bedford no puede ser considerada como una ciudad más en Inglaterra, equidistante entre Cambridge y Oxford, situada, a su vez, a pocos kilómetros de la City, la alta renta per cápita, así como el elevado nivel cultural de sus ciudadanos hace que éstos puedan permitirse presumir de representar la vanguardia intelectual del Reino Unido. La lista de celebridades de esta pequeña ciudad es significativa: Dan Albone, John Bunyan, Dora Carrington, Glenn Miller, Joanna Southcott, Thomas Tompion y William Hale White (Mark Rutherford).

(73) GARCÍA BASALO, J. Carlos, *op. cit.*, p. 228.

(74) La primera de las dos actas del Parlamento, basada en la original propuesta de Mr. Popham, fue aprobada el 31 de marzo de 1774, declaraba que todos los prisioneros que habían sido considerados inocentes por un gran jurado, o que hubieran sido descargados de culpa a iniciativa de la propia acusación, deberían ser puestos inmediatamente en libertad, sin que se pudiera objetar que existieran deudas de sumas de dinero con los carceleros o con el Sheriff. Asimismo se abolía el abono de estos derechos de carcelaje en el futuro, estableciendo una partida presupuestaria a cargo de los fondos públicos en lugar de ellos, por cada prisionero. La segunda propuesta, que se convirtió en ley el 2 de junio de 1774, se refería a las condiciones de salud y sanidad en las prisiones. Se exigía que todos los jueces visitaran todas las prisiones de sus respectivas jurisdicciones, que las limpiaran de basura y las encalaran una vez al año. Se prescribía que las habitaciones debían estar regularmente limpias y ventiladas, que debía proveerse de servicios sanitarios a los enfermos, los cuales debían ser objeto de un adecuado cuidado, igualmente se ordenaba que se debía proporcionar ropas cuando los prisioneros las necesitaran y prevenir dentro de lo posible que fueran encerrados dentro de las mazmorras subterráneas. Todas estas medidas estaban enfocadas a mejorar las condiciones sanitarias. Sobre estas normas Howard escribirá: «Hice imprimir los dos textos, en caracteres diferentes, antes de enviárselos a los guardias de todas las prisiones del condado del reino. Muchos prisioneros pudieron enjugar sus lágrimas y bendecir a aquellos que le habían salvado sus vidas».

(75) HIBBERT, Christopher, *op. cit.*, p. 160. Por ello, como comenta el autor que en el momento que Howard presenta su *memorandum* conteniendo la descripción detallada de lo que ocurría en las cárceles en Inglaterra, es cuando los miembros del Parlamento se galvanizan a la acción.

Howard (76), ya reconocido como experto en prisiones, reputación que consiguió atraer a un decidido grupo de parlamentarios para su causa reformadora. Fue Alexander Popham (77), diputado electo por Taunton, quien presentó los dos proyectos que posteriormente iban a ser aprobados: uno para derogar las gratificaciones que el prisionero debía abonar después de haber sido absuelto y la segunda encaminada a impedir la propagación de la fiebre de las prisiones, mandando encalar el interior de las mismas. Sin embargo, el propio Howard constató que las actas sólo fueron obedecidas terminantemente en quince de las ciento cincuenta prisiones existentes. Ese mismo año, por cuatro votos de diferencia, Howard pierde la posibilidad de ocupar un escaño en el Parlamento (78). Aunque amparado por su éxito en Bedford, Howard

(76) GARCÍA BASALO, J. Carlos, *op. cit.*, p. 237. Así, el Presidente Thomas Clauning propone que sea llamado a la Tribuna, donde le manifiesta que la Cámara se halla profundamente sensibilizada por el grado de humanidad y de celo que le había llevado a visitar las cárceles del reino, añadiendo que los parlamentarios se encuentran receptivos ante las observaciones que pueda aportar.

(77) Aunque Howard acostumbraba a trabajar en solitario, porque así era su carácter, en su iniciativa reformadora encontró una gran ayuda en Mr. Popham, miembro del Parlamento por Taunton en el oeste de Inglaterra. En Taunton, el Juez Jeffreys abrió lo que se denominó el «Bloody Assize» (el tribunal sangriento) colgando a 134 hombres y deportando a 400 de sus ciudadanos que habían apoyado al «Rey» Montmouth (el duque Jacobo de Montmouth, hijo bastardo de Carlos II, que se levantó para reclamar el trono que ocupó su tío Jacobo II). El «crimen» de estos desdichados había consistido en dar al pretendiente real una entusiasta bienvenida en el año 1685. Con independencia de la labor Howard, Popham había estado intentando conseguir del Parlamento que se pagara un sueldo a los carceleros. La proposición para conseguirlo había pasado dos lecturas parlamentarias, pero en la tercera lectura fue deferida por ciertos parlamentarios. Como vimos, Howard, que había visitado las mazmorras de los condados occidentales del reino, fue requerido como Sheriff de Bedford para presentar sus investigaciones ante el Parlamento. Howard aportó los nudos hechos que había presenciado, suministrando a los parlamentarios un minucioso conocimiento personal de primera mano de cómo los prisioneros eran tratados, y no se recató en presentar sus propuestas con vehemencia y claridad. Con ello consiguió impresionar vivamente a la audiencia. Por ello con posterioridad será reclamado para volver a la Cámara de los Comunes para agradecerle la humanidad y el celo de sus esfuerzos filantrópicos. El reformador estuvo muy agradecido por esta señal de reconocimiento y por ello su primer volumen de *The State of the Prisons* está dedicado a la Cámara de los Comunes. Quizá esta buena acogida parlamentaria fue la que iluminó toda su posterior carrera, pues percibió la utilidad de sus trabajos para mejorar las condiciones de vida de los presos. Igualmente, cara al exterior, esta experiencia positiva incrementó enormemente su influencia y reputación. Aunque se presentaba como un ciudadano corriente, su forma de actuar comportaba cierto sentido de la autoridad que le acompañaba siempre incluso cuando visitó prisiones foráneas.

(78) Sobre esta circunstancia, GARCÍA BASALO, J. Carlos, *op. cit.*, p. 229, comenta: «creía entonces que desde esa posición podría extender y consolidar la reforma de las prisiones y el mejoramiento del trato a los presos. En el futuro no verá a caer en la tentación de entremezclarse en la política lugareña de Bedford».

no se pararía aquí, así él escribió: «yo estaba dispuesto a enfrentarme a la carga de los sufrimientos» (79).

Fue en 1775 cuando decide salir nuevamente de su patria y, amparado por el deseo de conocer la realidad carcelaria en el Continente, emprende su periplo por el extranjero que gráficamente Bernaldo de Quirós denominó «*geografía del dolor*» (80). En un primer momento, tras finalizar la primera ronda de visitas en Inglaterra e Irlanda, se dispuso a publicar sus notas ese mismo año, pero –siempre perfeccionista– decidió que era necesario completar sus notas mediante la comparación de sus experiencias en el derecho comparado. Durante ese año visitó diversas prisiones en varios estados europeos, así viaja por Francia (81), Flandes (82), Holanda (83) y

(79) Cfr. HOWARD, John, *The State of prisons in England and Wales...*, *op. cit.*, p. 10. Literalmente: «I was prompted by the sorrows of the sufferers».

(80) Cfr. GARCÍA VALDÉS, Carlos, *Temas de Derecho penal*, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho, CEJAJ, Madrid, 1992, p. 102.

(81) Cfr. HOWARD, John, *The State of prisons in England and Wales...*, *op. cit.*, pp. 78-96. En París le fue negado en un primer momento el acceso a las prisiones; pero, por recurso a una vieja y casi obsoleta ley de 1717, según la cual cualquier persona que deseaba distribuir apoyo espiritual a los presos debía ser admitida, él tuvo éxito en la inspección de los establecimientos de Bictre, Evque de la force y de la mayoría de los otros lugares del confinamiento, con la única excepción importante de la Bastilla.

(82) Cfr. HOWARD, John, *The State of prisons in England and Wales...*, *op. cit.*, pp. 134-146. En Gante examinó con interés especial a la gran *Maison de Force*, que se había construido recientemente y que poseía unos planos futuristas para la época, apreciando los beneficios de que los presos eran distribuidos para el trabajo diurno, y la separación completa de los internos por noche. El propio Howard en la p. 140 de su libro reproduce el plano del edificio.

(83) Cfr. HOWARD, John, *The State of prisons in England and Wales...*, *op. cit.*, pp. 119-133. Donde refiere que conoció los establecimientos de Rotterdam, Middleburg, Dort y Breda. Destaca el presidio del centro de Amsterdam donde existe una enfermería, así como que dicho establecimiento se sostiene mediante impuestos indirectos (tabaco, cerveza y licores, y sobre las exhibiciones públicas y diversiones). Enemigo acérrimo de «los derechos de carcelaje», Howard no se recata en mostrar su aprobación por tales medidas. No hemos de olvidar que la abolición del referido derecho (y por ende de la prisión privada) es uno de los pilares sobre los que se sustenta la obra de Howard, dado que como señala SANZ DELGADO, Enrique, *Las prisiones privadas...*, *op. cit.*, p. 46, «lo conceptuaba como un sistema de vicciadas prácticas que propiciaban los abusos». Las prisiones de Holanda fueron unas de las más apreciadas de Howard durante todos sus viajes. «Las prisiones en las Provincias Unidas son tan silenciosas, y la mayoría de ellas tan limpias, que el visitante tiene dificultades para darse cuenta que nos encontramos en una mazmorra. Usualmente las cárceles (excepto las Rasphuis, o casa de raspado) son blanqueadas una o dos veces al año. Los prisioneros están bien alimentados y tenían buenas ropas limpias y camas. Todos ellos se encuentran ocupados trabajando». Howard estaba muy impresionado con el lema que él observó en

Alemania (84). Finalizada la gira, entiende que los resultados de sus visitas arrojan un balance muy positivo y provechoso (85). Después de emprender un viaje corto por Inglaterra (de noviembre de 1775 a mayo de 1776), vuelve a otros nuevos países como Suiza (86), donde visita varios cantones, siendo el origen y la base documental para la primera edición de su futuro libro.

Examinado el texto, advertimos lo concienzudo y meticulado (87) de sus investigaciones, así como de la miseria que tuvo que presenciar.

una de las prisiones, «hacerles diligentes [en el trabajo] y ellos serán honestos». Las mujeres estaban principalmente ocupadas con los hilados y los hombres estaban ocupados en raspar troncos de madera (para luego poder fabricar papel). El tedioso y laborioso trabajo será sustituido con el tiempo por obra de la utilización de la maquinaria. Se denominaba madre a la superintendente de la casa de hilados y padre al responsable de la casa de raspado masculina. En definitiva, en Amsterdam, como en Holanda en general, le impresionó sobre todo el bajo nivel de criminalidad, fenómeno que atribuyó a que el trabajo del reformatorio facilitaba la reinserción e impedía la criminalidad. La importancia de estos centros es enorme, pues como explica GARCÍA VALDÉS, Carlos, *Temas de Derecho penal, op. cit.*, p. 99, «la casa de corrección constituye el verdadero antecedente y origen directo de la idea tardía de la reacción social carcelaria moderna».

(84) Cfr. HOWARD, John, *The state of the prisons in England and Wales...*, *op. cit.*, pp. 105-119. Visita los centros de Hannover, Sep, Hamburgo, Berlín, Bremen y Colonia. Resalta el hecho de que las prisiones se hallan cerca de los ríos, entendiéndose que esta medida es muy adecuada, dado que proporciona ventilación suficiente. Destaca, de otro lado, que no se encuentran dentro de las ciudades ni siquiera cerca de edificios. Se sorprende de la falta de hacinamiento «llegando algunos a tener su propia habitación», y que comen algo más que pan y agua, aunque los alimentos eran objeto de limitación cuando los presos se hallaban especialmente sancionados. También es necesario destacar que en las cárceles alemanas persistían algunos de los elementos del siglo XVII, tales como la caza de brujas. Aunque era un fenómeno en franco declive: «En muchas de las prisiones alemanas hay mazmorras destinadas a los culpables de brujería, pero parecen haber estado largo tiempo en desuso, y yo espero que con el avance la luz [de la razón] y el buen sentido muy pronto se desterrara el miedo a las brujas, y por consecuencia desaparecerán las mismas brujas». Su valoración de las cárceles germánicas fue en general negativa, encontrando más asuntos inaceptables que aspectos positivos; en Hannover y Osnabrück, bajo el mandato de su propio rey, Jorge III de Inglaterra, encontró claros vestigios de tortura.

(85) BEJERANO GUERRA, Fernando, *op. cit.*, p. 79.

(86) En estos Cantones a los que yo visité no vi presos portando cadenas y cada uno de los prisioneros tenía su propia habitación. En una conversación con el Dr. Tissot me manifestó su sorpresa por la existencia de las mismas cadenas en otros países. En algunos cantones no había prisioneros en las prisiones. La principal razón de este éxito –bajo el criterio pietista de Howard– consistía en que se proporcionaba a los niños, incluso en los más pobres, una moral y educación religiosa.

(87) Él escribió «Yo entraba en cada prisión, celda y mazmorra con mi libro de notas en mi mano, en el que yo apuntaba todos los aspectos particulares que yo me tropezaba». Consideraba su obligación anotar todo, llevaba una cinta con la que

Debido a esta seriedad recopilativa, Howard, poco a poco, va siendo aceptado como una autoridad en el mundo de las prisiones y sus opiniones fueron estimadas por las autoridades de su época en diversos lugares. El Emperador José II de Austria le pidió una entrevista y Howard no se recató en comentarle su opinión acerca de las deplorables condiciones que había visto en sus dominios. La entrevista con el monarca ilustrado duró cerca de dos horas durante la cual ambas partes rechazaron sentarse. A nadie le estaba permitido sentarse en presencia del Emperador, pero para facilitar el intercambio de impresiones el monarca permaneció en pie con él. Si seguimos las crónicas oficiales (88), el Soberano estuvo impresionado y complacido con la franqueza de Howard –no era habitual que la gente le contara lo que realmente pensaba– y corrigió alguno de los abusos que Howard le refirió. Por el contrario, Godber (89) y García Basalo (90) se hacen eco de una tensa entrevista donde el británico realiza una exposición sobre las pésimas condiciones de las cárceles del imperio y el déspota ilustrado reacciona con notoria frialdad frente al inglés.

En 1775, dentro de su periplo europeo, conoce la Francia que vive el período inmediatamente anterior a que estalle la revolución. Al viajero le disgustan del país galo –como refiere Cobban (91)– especialmente las *lettre de cachet*, órdenes de detención a un individuo sin límites de tiempo. El trotamundos británico intenta conseguir entrar en la Bastilla (92), la prisión más famosa en París y cuya toma, el 14

medía la longitud de cada celda, de cada ventana, etc. Así, en sus apuntes de la prisión de Flandes escribía, «*Tres tristes mazmorras situadas diecinueve escalones debajo del suelo: una pequeña ventana en cada una; sin prisioneros. Cuando yo bajé, y me puse a examinar las dimensiones de las ventanas, etc. El carcelero al verme hacerlo se enfureció, bramando que nunca más satisfaría mi curiosidad*». No obstante Howard fue demasiado modesto en la primera parte de la siguiente frase: «Pero yo no examiné las celdas con la precisión de un agrimensor, y yo espero que la gente no considere que realicé mis medidas con negligencia».

(88) Para ver un reflejo de dicha crónica véase *Biographie Universelle* (Michaud), Akademische/U. Verlangsanstalt, Graz, Austria, tomo XX, p. 67.

(89) GODBER, Joyce, *op. cit.*, pp. 6 y 7.

(90) Así, por ejemplo, GARCÍA BASALO, J. Carlos, *op. cit.*, p. 242, no duda en calificar la entrevista como «tormentosa».

(91) COBBAN, Alfred, «El fin del ancien régime», en *El Siglo XVIII. La época de la ilustración*, Labor, 2.^a ed., Barcelona, 1974, p. 330. El autor pone de manifiesto que Howard, ante este panorama, reclama la implantación de un *Habeas Corpus* en Francia y, en su defecto, prefiere los castigos corporales a la detención *sine die*.

(92) HOWARD, John, *The State of prisons in England and Wales...*, *op. cit.*, p. 93. Concretamente dice: «Puede ocurrir que muchos de los lectores puedan objetar que faltan datos acerca de la Bastilla para considerar mis investigaciones en Francia como poco aceptables. Toda la información que puedo proporcionar al lector es que

de julio de 1789, fue declarada fiesta nacional en Francia, representando el símbolo de la reacción popular frente a la tiranía. En verdad, detrás de aquellos muros se escondían siglos de abusos (93), arbitrariedades y desmanes, no resultando extraño que la conciencia popular resuelta a acabar con el orden establecido dirigiera sus pasos contra ella. Aunque logró filtrarse más adentro de la puerta externa, llegando a alcanzar el puente levadizo antes de la entrada del castillo, no consiguió pasar de allí, pues fue detenido por un oficial de la guardia, quien desconfiando del británico le trata como a un fisgón, no franqueándole la entrada al recinto. A partir de este incidente será catalogado por las autoridades francesas como un intruso peligroso. Conoció, sin embargo, Bicêtre y la prisión de La Force (94).

Con lo que no contaban las autoridades francesas es con que el filántropo estaba dispuesto a correr riesgos durante sus incesantes investigaciones, que lejos de acomodarse ante sus injustas prohibiciones, el inglés iba a reaccionar utilizando la astucia. Para examinar una prisión en Toulon, en el sur de Francia, se disfraza como un amanerado cortesano parisiense buscador de curiosidades, el típico personaje sobre el que las autoridades nunca sospecharían de ningún intento serio de crítica.

llamé ruidosamente a la puerta de entrada, e inmediatamente me adelanté hacia la guardia que se encontraba en el puente levadizo delante de la entrada del castillo. Permanecí algún tiempo examinando la parte externa del edificio, la cual es redonda, y di una vuelta alrededor del inmenso foso. Ninguna de las ventanas miraba hacia el exterior, pues sólo había un área de pequeñas dimensiones; y si a los prisioneros se les permitía tomar el aire fresco, ello debería efectuarse desde las azoteas, las cuales tienen altos parapetos. Pero mientras yo me hallaba contemplando esta lóbrega mansión, un oficial salió del castillo muy sorprendido; y me obligó a retroceder a través de los guardias que parecían mudos, y aunque recobré la libertad, estos muros permanecen tan cerrados para mí que me parece imposible conseguir en el futuro la información que ansío».

(93) En este sentido me remito al libro de ÁVILA GRANADOS, Jesús, *Mazmorras que han hecho Historia*, ed. Planeta, Barcelona, 1993, pp. 151-158, donde se describen las pavorosas condiciones del recinto. Concretamente, en la p. 153, refiere que dentro de una de sus ocho torres la más pavorosa era la denominada de los Puits (pozos). En su interior se hallaban ubicados verdaderos calabozos subterráneos, contruidos a más de siete metros de profundidad, verdaderos cementerios humanos conocidos como *oubliettes*, en cuyo húmedo, oscuro y silencioso interior los condenados se iban consumiendo lentamente como una vela, ignorados por el mundo. Las celdas de los últimos pisos se llamaban calottes, y los allí encerrados no estaban mucho mejor que los condenados a perpetuidad en los pozos, porque era un calvario donde sólo los más fuertes conseguían soportar aquel infierno. Los reclusos debían poseer una complexión de acero para sobrevivir, capaz de resistir las bajísimas y húmedas temperaturas y la escasez de oxígeno.

(94) GARCÍA VALDÉS, Carlos, *Temas de Derecho penal*, op. cit., p. 102.

Mucha gente conoce que Howard fue un gran reformador de las prisiones, pero es un hecho bastante desconocido que fue también un pionero en materia de sanidad. Ya hemos visto que el filántropo estaba muy al corriente de los problemas de higiene penitenciarios y especialmente de las fiebres carcelarias (95). Le produce un gran impacto contemplar las condiciones indecibles que padecían los sometidos a cuarentena que ocupaban los pontones amarrados en los ríos que servían como cárceles flotantes. Una vez más, incansable, añade este nuevo propósito a sus investigaciones durante sus visitas al continente, recopilando esta nueva información junto a la de los presidios y las casas de la corrección que inspeccionaba por los países por los que viajaba.

En resumen, le impresionaron tanto las deficitarias condiciones en que se hallaban los lazaretos, análogas a las de las cárceles, que decide visitarlas para comprobar la realidad de la situación. A su vez examina numerosos hospitales iniciando una cruzada personal contra la peste (96). Entendió que era necesaria la experiencia de conocer los

(95) HOWARD, John, *The State of prisons in England and Wales...*, *op. cit.*, pp. 18 y 19. Sobre la trascendencia del problema Howard comenta: «Lord Bacon agrega que la enfermedad más infecciosa, después de la peste, es la fiebre de prisiones, que ataca a los prisioneros que han estado durante mucho tiempo encerrados, en lugares muy reducidos; tuve ocasión, en dos o tres oportunidades, de experimentar este riesgo, señala el canciller, la enfermedad fulminaba tanto a los jueces, en contacto directo con los prisioneros, como a los litigantes y espectadores. Durante la primera sesión de Audiencias llevada a cabo en Tauton, en 1730, los acusados provenientes de la prisión de Iverchester contaminaron toda la Corte; el barón Pengelly que presidía, Sir James Sheppard; el jefe de la policía, John Pigot; el Sheriff, y unas cien personas más murieron de fiebre de prisiones. En Axminster, aldea de Devonshire, un prisionero, liberado de la prisión de Exter en 1755, contagió a toda su familia; dos de los suyos murieron antes de que el mal se propagara por toda la ciudad. Los hechos están aún en todas las memorias, por lo tanto no tengo necesidad de extenderme acerca del número de víctimas provocadas por igual causa, en Londres, en el año 1750: sucumbieron dos jueces, el alcalde, un consejero municipal y muchas otras personas de menor rango. Sir John Pringle observa que “las prisiones fueron a menudo el origen de fiebres malignas” e indica que, después de la revuelta de Escocia, más de doscientos hombres de un mismo regimiento se contagiaron de los desertores de las prisiones inglesas».

(96) Ésta era la enfermedad más tenebrosa y más temida que hasta entonces había afligido a la humanidad. La enfermedad surgía en la mugre y se convirtió en una epidemia crónica en el Levante. De allí se difundía en olas de epidemias que atacaban a otros países alcanzando su halo de destrucción igualmente las costas de Inglaterra. Dos fueron los brotes principales que asolaron el Reino Unido, el del año 1300 y otra vez en 1665, donde una gran parte de su población murió de ella creando un estado de terror y pánico que era proporcional a sus horripilantes efectos. Howard nació a menos de un siglo del anterior desastre y el miedo a la peste se conservaba en la mente de los ingleses. Consciente de que era necesario sacudir a la humanidad de

lazaretos del Mediterráneo para proteger de la peste y las epidemias en general (97) a Inglaterra y sus ciudadanos.

Vuelto a su patria, en 1776 Howard recibe el testimonio de gratitud pública del Parlamento. En este año repite el viaje a Francia, Flandes, Alemania y además viaja a Suiza. La culminación de todos estos esfuerzos apareció reflejada en 1777 cuando realizó su obra clásica: *The State of Prisons*. Si su trabajo en Bedford le hizo conocedor de la situación carcelaria en su propio país, fue la publicación de este libro lo que le convirtió en una autoridad europea en asuntos de prisioneros (98).

Howard escribe la ya referida obra maestra titulada *El estado de las prisiones (The state of prisons in England and Wales, with preliminary observation, and account of some foreign prisons)* (99), donde se describe el horroroso estado de las prisiones europeas que había visitado a través de sus viajes. Según Eriksson (100) la obra es el resultado de ciertas modificaciones del manuscrito original con las

semejante mal, entendió que era necesario enfrentarse directamente a tamaño desastre en potencia, para ello parecía necesario introducirse en la boca del lobo. Los grandes puertos del Mediterráneo para protegerse de la peste habían construido lazaretos en los que las personas y cargamentos eran retenidos en cuarentenas. Howard creía que debía existir una institución similar para el puerto de Londres. Las principales importaciones inglesas por aquel entonces provenían del algodón de Egipto, donde los gérmenes de la peste podían viajar fácilmente escondidos. La mayoría de este comercio se desarrollaba principalmente bajo el control de los holandeses, ello le preocupaba enormemente porque los comerciantes de los Países Bajos no eran muy estrictos en acatar la normativa acerca de la cuarentena.

(97) En la época de Howard contra la peste no se disponía de un remedio eficaz. Se atribuía el mal a varias causas, sobre todo, a vapores tóxicos, pero las que realmente lo transmitían eran las pulgas al cebarse en ratas y personas.

(98) GODBER, Joyce, *op. cit.*, pp. 9 y 10.

(99) GARCÍA BASALO, J. Carlos, *op. cit.*, p. 230, Howard encomienda la impresión a William Eyres, de Warrington, uno de los mejores impresores de la época. La obra contenía tres grabados: el plano de Howard para la cárcel del condado y otro de los establecimientos de Gante y de New Gate. Sin embargo GODBER, Joyce, *op. cit.*, pp. 12 y 13, mantiene que prefirió elegir mejor una imprenta local frente a una de Londres porque consideró que podía supervisar más fácilmente los pasos del trabajo del artista. En el texto se proyecta un diseño de organización en los establecimientos penitenciarios, donde por medio del aislamiento en la celda, acompañado por un trabajo bien organizado y la instrucción religiosa, se pretendía reformar al criminal. Howard sostenía que inculcando a los reclusos el hábito del trabajo era el medio idóneo para reinsertarles en la sociedad. Sin embargo, GODBER, Joyce, *op. cit.*, pp. 12 y 13, mantiene que prefirió elegir mejor una imprenta local que una de Londres porque consideró que él podía mejor supervisar los pasos del trabajo del artista.

(100) ERIKSON, Thorsten, capítulo VI, «John Howard: Trailblazer», *The reformers*, Elsevier, New York, 1976, p. 36. El autor refiere que hubo posteriores ediciones en 1780, 1784, 1923 y 1929.

correcciones literarias aportadas por su amigo Richard Price. Después de tres años de investigación, Howard escribió este informe detallado acerca de las condiciones de las prisiones que había visitado. Él hizo público su informe reservado imprimiéndolo a sus expensas y después distribuyendo gratuitamente copias. El impacto sobre el Parlamento y la conciencia popular fue enorme. Representó una gran sacudida sobre la opinión pública consiguiendo contagiar a Europa de sus propósitos reformadores sobre las cárceles. En su obra, Howard propugna una reforma al sistema penitenciario, sosteniendo que, en los establecimientos carcelarios, se deberán dar las siguientes condiciones (101):

1. Cárceles higiénicas, para evitar enfermedades y epidemias (102).
2. Separar a los condenados por delitos mayores de los condenados por delitos menores.
3. Incentivar el trabajo de los condenados en las cárceles.
4. Adopción del sistema celular, o sea: el aislamiento nocturno del condenado en una celda, de manera que se evite la promiscuidad y la corrupción moral de los presos (103).

(101) JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *op. cit.*, p. 259.

(102) HOWARD, John, *The State of prisons in England and Wales...*, *op. cit.*, pp. 40 y 41. Mantiene que para descartar las injusticias, males y abusos la primera medida a adoptar es mejorar las prisiones mismas. Apostaba por la ubicación en un lugar ventilado, a ser posible cerca de un río o arroyo, que no debía bañar los muros al objeto de no debilitarlos y para que no se empapasen de humedad, y en su defecto se inclinaba por un lugar alto y descubierto, y nunca en el centro de una ciudad o en un lugar rodeado de casas. Insiste en la necesidad de separación nocturna de los internos y lo importante de que cada patio estuviese empedrado con piedras chatas (para facilitar el lavado), y que contase con una bomba o con un canal lleno de agua corriente y un horno para destruir con su calor los insectos y gérmenes de infección de las ropas de cama; la enfermería debería estar bien ventilada.

(103) La idea de aislar a los presos para paralizar la transmisión del bacilo criminógeno va a persistir durante todo el siglo XIX e inicios del XX. A mero título indicativo reproduzco las palabras de SANTAMARÍA DE PAREDES, Vicente, *Curso de derecho administrativo según sus principios generales y la legislación actual del Estado*, 5.^a ed., Madrid, 1898, pp. 282 y ss, «la aplicación de la separación absoluta tanto diurna como nocturna evita el contagio de la perversidad y obra respecto del penado en el doble sentido de imponerle un saludable temor al régimen que sufre para que no reincida, y sobre todo para despertar su conciencia, pues entregado a la meditación sin distracción alguna, reflexiona acerca del delito cometido y los efectos que experimenta. Así se quita a la pena el sello del mal exterior, que hasta ahora le caracteriza, y se convierte en medio beneficioso del renacimiento moral». También Concepción Arenal, que lo combatió duramente en sus primeros años, acabará por aceptarlo por entender que es el que menos perjudica al preso. Sin embargo, la virtualidad del sistema aparece hoy en día prácticamente desterrada, los estudios psicológi-

5. Establecer un sistema institucional permanente de supervisión de los recintos carcelarios.

En la ordenación del vasto y heterogéneo material le asiste su fiel amigo y futuro biógrafo John Aikin, al que la doctrina –tal como menciona García Basalo (104)– le atribuye los escasos méritos literarios de la obra.

Con todo, para ser honestos, no parece muy realista congratularse del éxito de las modestas mejoras carcelarias propuestas por Howard, pues los resultados no fueron inmediatos, sino que, por el contrario, la situación fue cambiando muy paulatinamente. El británico fue el primero en enfrentarse con el problema social carcelario y se encontró con todos los problemas del pionero. Puede decirse que la única arma que poseyó Howard en este combate fue el análisis detallado y sistemático. Consciente de las dificultades con las que se topaba, las recomendaciones propuestas fueron simples y eficaces, pese a ello no consiguieron ser aceptadas totalmente hasta la última parte del siglo XIX. Fue a principios del referido siglo cuando Elizabeth Fry (105) comprobó que las condiciones penitenciarias de su época no

cos demuestran lo pernicioso que es para la salud mental privar a un individuo de la comunicación con sus semejantes, produciendo la aplicación de este sistema gravísimos trastornos psíquicos y seres alienados. Pero antes de recaer en la fácil crítica es preciso recordar que en las hacinadas e infectas mazmorras que visitó Howard el hecho de poseer cada recluso su propia celda y merecer una atención individualizada aparecía como un propósito más utópico que real.

(104) GARCÍA BASALO, J. Carlos, *op. cit.*, p. 230.

(105) Elisabeth Fry (1780-1845). Nació en Norwich, Londres, en 1780 y murió en Ramigate en 1845. Ferviente cuáquera su vida discurre como una línea continua a la de Howard. Al igual que él realiza un penoso recorrido por las cárceles británicas y del continente. Su sencilla idea es ésta: «Una persona que hubiese cometido un mal debería ser tratada de un modo que no se la hiciese peor, sino mejor. La prisión no es para castigar, sino para corregir». (Véase la Enciclopedia de Arthur Mee). Es considerada como la continuadora más importante de la obra de nuestro biografiado, cuyo ejemplo siempre tuvo presente en su mente. Al igual que Howard, son los impulsos de su conciencia protestante (aunque en vez de calvinista, cuáquera) la que inducen a dirigir un extenso movimiento para hacer más humanas las condiciones de las prisiones. Su vida e importancia guardan un claro paralelismo con la de nuestro biografiado (aunque también existen paralelismos con nuestra Concepción Arenal). Nacida como Elizabeth Gurney, era la tercera de 12 hermanos habidos en el matrimonio entre John y de Catherine Gurney de Norwich. John Gurney era un banquero y un hombre de negocios pudiente. Catherine era miembro de la familia dedicada a las actividades bancarias en Barclay. Ambas familias pertenecían a la sociedad de los amigos (Cuáqueros). Su madre Catherine creyó que las muchachas, al igual que los muchachos deberían poseer una buena educación, así que Elizabeth recibió de su madre una sólida formación académica. Su madre visitaba con habitualidad los hospitales para asistir a enfermos y pobres, ejemplo que indujo a la niña a acompañarla a estas visitas.

eran mejores que las descritas por Howard cincuenta años antes. Un problema importante era el divorcio existente entre la aprobación de

Elizabeth sufrió profundamente cuando a los doce años su madre falleció, poco después dar a luz a su duodécimo hijo. En el verano de 1799, Elisabeth se casó con el también activo militante cuáquero Joseph Fry, naciendo de esta unión once hijos. En 1813 Stephen Grellet se dirigió a ella para pedirle ayuda, Grellet había visitado algunas prisiones, y estaba horrorizado por las condiciones en la prisión de las mujeres en Newgate. Centenares de mujeres con sus hijos vivían apretados en mazmorras, muchas de ellas durmiendo sobre el suelo. Elizabeth envió inmediatamente comida caliente y alistó a otras mujeres de su congregación para ayudar a proporcionar ropa para los niños. Al día siguiente, acompañada de su cuñada, acudió a la prisión de Newgate. Los carceleros les advirtieron que las mujeres podían ser salvajes, incluso brutales, y que ponían en peligro su integridad física, pese a ello se decidieron a entrar comprobando la falsedad de los referidos temores. En ésta y dos visitas posteriores trajeron ropa caliente y paja limpia para las enfermas. Después de estas visitas iniciales, dificultades familiares, incluyendo la muerte de una hija, la mantuvieron ausente de la prisión por años. Pero durante la estación de Navidad de 1816 volvió a Newgate y comenzó una labor que no iba a cesar hasta su muerte. Preguntó a las mujeres cómo podría ayudar a sus niños, y juntos convinieron en la necesidad de proporcionarles una escuela. En 1817 Elizabeth fundó, con un grupo de mujeres, una asociación para la mejora de las presas en Newgate. Este grupo organizó una escuela y proporcionó materiales para que las presas pudieran coser, hacer punto y entregar las mercancías para la venta. Sus actividades fundamentales consistían en visitar la prisión y leer la Biblia a las presas. El trabajo de Elizabeth pronto se extendió más allá de la prisión de Newgate. En 1818 un comité de la Cámara de los Comunes le pidió que los versara sobre las condiciones de la prisión, siendo la primera mujer que fue llamada para aportar su testimonio ante el Parlamento. Se formaron asociaciones paralelas a la de Newgate apareciendo organizaciones similares en otras prisiones en Gran Bretaña y Europa. Al igual que con Howard, con el tiempo, sus preocupaciones fueron más allá de las prisiones. Ella también organizó sociedades que visitaban cada distrito para ayudar a los pobres, a las bibliotecas para los guardacostas, y a una escuela de entrenamiento de las enfermeras. Asimismo, influenció un programa de entrenamiento de enfermeras de Florencia, las cuales, debidamente entrenadas, formarán una escuela en Crimea. En 1827 Fry publicó un libro llamado *Observations*, en el que describe el modo de realizar una superintendencia en las visitas a las instituciones femeninas penitenciarias. En este libro no solamente revela la necesidad de la reforma de la prisión, sino que incluye otras preocupaciones que la inquietaban. Así, reclama mayores oportunidades para las mujeres y reprobó duramente la pena de muerte. Con el tiempo su trabajo fue conocido y respetado, recibiendo la colaboración de la propia Reina Victoria, y recibió la visita del Rey de Prusia. Pero esto no le ahorró posteriores humillaciones cuando el banco de su marido se arruinó en 1828. Esto no sólo hundió a la familia, sumiéndola en la pobreza, sino que en una reunión general de cuáqueros se le privó de la calidad de miembro, argumentando que había puesto en grave riesgo el dinero de la congregación. Su hermano Joseph Fry se enfrentó a la situación asumiendo el control del negocio de su marido, reparando la situación para que sus deudas fueran satisfechas. Igualmente proporcionó una pensión anual para Elizabeth, permitiéndole continuar sin penalidades su trabajo hasta su fallecimiento en 1845. El día de su entierro se formó una gran multitud de más de mil personas que lloraron su muerte, celebrándose la ceremonia bajo el rito cuáquero.

una legislación y su puesta en práctica. Por ello, nuestro autor fue consciente de que las normas que había conseguido aprobar tenían mucho de quiméricas. Examinando sus notas comprobamos que el autor se apercibe de que una cosa es que el Parlamento sancione una legislación reformadora, y otro hecho absolutamente distinto es que proporcione fondos para la inspección que hicieran cumplir la legislación. Por ello nuestro biografiado trata de supervisar y volver a visitar las cárceles para comprobar *in situ* el resultado de las reformas normativas que con tanto esfuerzo había conseguido. Incluso cuando ocurrió la mejora genuina de las condiciones de las cárceles, es difícil saber si el motivo real fue la preocupación por los presos o la preocupación derivada del desasosiego que provocaba la potencial extensión fuera de la prisión de las enfermedades que se inoculaban dentro de la misma.

Llegando más lejos uno se pregunta hasta qué punto contribuyó inconscientemente Howard al introducir dificultades en la financiación de las cárceles para que, después de su muerte, el Parlamento –enemigo de autorizar dispendios públicos– iniciara su famosa y denostada política de deportaciones masivas a las colonias. Así, principalmente Australia pasa a convertirse, pocos años después de la muerte del filántropo, en «la meca del destierro penitenciario» (106).

¿Cuáles eran las reformas propuestas por John Howard como jurista? Éstas eran sus prioridades: comodidad, limpieza, salubridad de los establecimientos, que se facilitara a los internos ropa adecuada, inclinándose por las confecciones de lino; segregación de presos según sexo, edad y la naturaleza del delito; cuidado médico apropiado. Debería ofrecerse un servicio religioso porque él poseía la convicción de que el hambre espiritual era un obstáculo importante para la reforma del carácter. Finalmente, él era un partidario firme de la ética del trabajo y la necesidad de proporcionarles una labor para que los presos dándoles una responsabilidad y proporcionándoles instrumentos para que «combatieran el pecado de la ociosidad». Howard fue pionero –como afirma Hibbert (107)– en la necesidad de apostar por el sistema celular y la clasificación de los presos. Así, el autor postula que las mujeres deberían estar separadas de los hombres, los criminales jóvenes de los criminales viejos y duros. Los prisioneros no debe-

(106) Cfr. TÉLLEZ AGUILERA, Abel, *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones...*, *op. cit.*, p. 81.

(107) HIBBERT, Christopher, *op. cit.*, pp. 160 y 161. El autor constata que Howard creía que era difícil evitar que estuviesen juntos por el día, pero al menos por las noches deberían dormir separados.

rían permanecer en las celdas donde duermen y deben tener un lugar común de reunión durante el día.

García Valdés (108) condensa los cimientos de su sistema reformador en base a proporcionar al sistema penitenciario una higiene y alimentación adecuadas, régimen distinto para los detenidos de los presos, educación moral y religiosa, supresión del derecho de carcelaje (109), trabajo e instrucción obligatorios, separación de reos por sexos, edades y situación procesal, sistema celular dulcificado, acortamiento de las condenas, y concesión de certificados de conducta a los detenidos a la salida de prisión.

Uno de los elementos estructurales de la construcción penitenciaria de Howard, incluida en su tabla de propuestas (110), es la apuesta por la inspección en las prisiones. Howard recomendaba la creación de este cuerpo imparcial (dependiente del gobierno) para que verificase el cumplimiento de las actas parlamentarias. A su vez reclamaba –siguiendo su propio ejemplo– que los Jueces debían visitar periódicamente las cárceles, no desentendiéndose del preso.

En comparación con las cárceles que visitó Howard, las prisiones modernas aparecen indudablemente como una institución muy mejorada. Sin embargo, los problemas relativos a la ociosidad, a cómo aportar una formación laboral adecuada, la sanidad penitenciaria y la forma de lograr una ajustada clasificación de los reclusos nunca se han resuelto completamente en ningún país. Muchos de los cambios deseados por Howard se han alcanzado, pero se hace necesario ir más allá, intentando paliar el sufrimiento del encarcelamiento y profundizando en la rehabilitación de los presos en la sociedad. Vistas las cosas con la mentalidad de hoy en día, la prisión ideal de Howard

(108) GARCÍA VALDÉS, Carlos, *Introducción a la penología*, op. cit., p. 83.

(109) HOWARD, John, *The State of prisons in England and Wales...*, op. cit., p. 2. El derecho de carcelaje es lo primero que encorajina su conciencia, el propio Howard lo describe así: «Para corregir ese abuso, me dirigí a los jueces de mi condado, proponiéndoles que los carceleros recibieran un salario que compense los gastos de encarcelamiento exigidos a esos desdichados. Los magistrados reconocieron, unánimemente, la injusticia de tal práctica y me manifestaron que deseaban encontrar alguna solución, pero exigían apoyarse en un precedente antes de recargar el presupuesto del condado con los dispendios ocasionados por ese motivo. En la búsqueda del preciado precedente recorrí varios condados vecinos, pero todo fue en vano: en todas partes la misma injusticia; en todas las prisiones una desolación común, donde el espectáculo aumentaba diariamente mi necesidad de hacer desaparecer esa práctica repudiable. Con el propósito de completar mi información, de medir la extensión del mal y observar detenidamente sus distintas manifestaciones, decidí visitar la mayoría de las prisiones inglesas».

(110) HOWARD, John, *The state of prisons in England and Wales...*, op. cit., pp. 38 y ss.

sería comparable a un parque zoológico correctamente organizado e higiénico y nos ilustra acerca de las limitaciones de su pensamiento. Solamente el sufrimiento físico despertó su conmiseración. Sin embargo en su época resultaría ilusorio plantearse las consecuencias del daño psicológico del encarcelamiento. Para entender correctamente a Howard es necesario concienciarse de la brutalidad del siglo que le tocó vivir (111). Aunque se manifestó abiertamente contrario a la tortura y reprobaba la pena capital, se abstuvo de condenarla y no presintió la posibilidad de que la prisión fuera utilizada como una condena perpetua.

Sin embargo, ya Howard era consciente del obstáculo más importante que entorpece la mejora de las cárceles: la opinión pública. En *El Estado de las prisiones* (112) comenta: «esos caballeros que, cuando se les comenta la miseria que nuestros presos padecen, se contentan con decir “bastante agraciados son con subsistir...” se olvidan de las vicisitudes de asuntos humanos; los cambios inesperados de la fortuna a los que los hombres están sujetos; y que cuando las circunstancias adversas confluyen, pueden en muy poco tiempo ser reducidos a la indigencia, y convertirse bien en deudores o en presos».

En el libro Howard denuncia los males del sistema penitenciario británico orientado por aquel entonces hacia la corrupción y al ánimo de lucro sobre los desdichados encerrados en ellas. Advierte a la opinión pública que la fiebre y la viruela de la cárcel estaban haciendo

(111) Son numerosos los ejemplos de brutalidades que se cometían en los procesos criminales, si el lector quiere profundizar en el sórdido relato de los castigos que se cometían recomendando la obra de FOUCAULT, Michel, *Vigilar y Castigar (Surveiller et punir)*, siglo XXI, Editores, S. A. (México, España y Argentina), 3.ª ed. en castellano, Madrid, 1978, en especial las pp. 13-57 y 123 y ss. Así, en la nación que desde el plano de los derechos humanos podía considerarse más avanzada en aquel momento, Holanda, nos encontramos con el siguiente panorama: en Amsterdam los reos eran obligados a trabajar y el propósito de corrección se completaba con inhumanos castigos, a manera de azotes, latigazos o la famosa «celda de agua», en la que el preso sólo se salvaba si desagotaba continuamente una celda que se le inundaba sin parar. Dicha situación generó un general recelo popular frente a la Autoridad. Así, FRAILE PÉREZ DE MENDIGUREN, Pedro, *Un espacio para castigar. La cárcel y la ciencia penitenciaria en España* (siglos XVIII-XIX), ed. del Serbal, Colección Libros del buen andar, Barcelona, 1987, p. 49, recuerda las palabras de Bentham: «Estas ejecuciones sanguinarias y las narraciones horribles que se divulgan son el verdadero principio de esta sorda antipatía que tiende a la multiplicación de los crímenes, favoreciendo la impunidad de los culpables».

(112) HOWARD, John, *The State of prisons in England and Wales...*, op. cit., p. 23.

estragos en las poblaciones de las cárceles confinando a los presos a celdas hacinadas e insalubres.

El Estado de las prisiones fue no sólo un libro rompedor en términos de la reforma, sino también fue un monumento a la habilidad descriptiva de Howard detallando cómo eran los establecimientos y realizando críticas constructivas. El libro incluía un estudio general de las miserias de las prisiones, proponiendo mejoras, aportando un detallado análisis de las condiciones de cada prisión e incorporando tablas estadísticas.

Motivado por el éxito del libro e influenciado por el estado de opinión que propició, el Parlamento aprobó dos Actas más acerca de las prisiones, en 1778 y 1781 (113). Consciente, como ya vimos, de que conseguir que una ley se apruebe no implicaba la automática seguridad de que los cambios pudieran ser alcanzados de inmediato, Howard continuó viajando para comprobar el estado de las prisiones de Inglaterra y Europa. Es importante destacar que el filántropo no se limitaba a recoger información sobre las condiciones de las prisiones, sino que su celo le impulsaba a volverlas a visitar para verificar el progreso alcanzado con las reformas (114). Llama poderosamente la atención que fue precisamente durante su madurez —etapa en que la decadencia del vigor físico empieza a hacerse palpable— cuando el opulento terrateniente en vez de ceder a la tentación de dedicar sus últimos años a un retiro confortable, que le compensen de tantos años de trabajo, se abandona a la tarea de conseguir mejorar y humanizar el estado de las prisiones. Su celo no tiene parangón, pues visita celda por celda, midiendo una por una, apuntando todo (las raciones de pan, el agua, etc.), asimismo inspecciona los contornos, habla con los presos y carceleros, nada es ajeno a su ojo crítico. Inicia una actividad que el analista sólo puede describir como desenfrenada realizando siete grandes giras por el continente europeo y Turquía para comprobar el estado de sus prisiones, del mismo modo a como las había visitado en la propia Inglaterra.

Poco después de publicado el libro muere su única hermana el 12 de agosto de 1777, esta nueva tragedia familiar —como refiere García Basalo (115)— va a tener importantes consecuencias en la vida de

(113) IGNATIEFF, Michael, *A just measure of pain. The Penitentiary in the industrial revolution, 1750-1850*, ed. Penguin Books, Londres, 1989 (1.ª ed., Panteon Books, Nueva York, 1978, p. 96). El autor refiere que tras la determinante influencia de la Penitentiary Act como modelo de disciplina inspirada en las denuncias de Howard, hacia 1812, las cuotas y las ventas de alcohol habían sido suprimidas y se abonaba regularmente un salario para los carceleros.

(114) GODBER, Joyce, *op. cit.*, pp. 10 y 11.

(115) GARCÍA BASALO, J. Carlos, *op. cit.*, p. 230.

Howard. El nuevo desamparo afectivo le reporta, de otro lado, la percepción de una nueva herencia que le va a permitir financiar los numerosos viajes internacionales que se había propuesto, facilitando el cumplimiento de lo que él ya consideraba su misión (116).

Llegados a 1778 le pareció manifiestamente ineludible conocer las nuevas construcciones penitenciarias de la Europa continental y Howard se ofreció voluntariamente a ir al extranjero otra vez para acumular planos sobre las mismas. El primer país que visita es Holanda, llegando a Amsterdam (abril de ese año), donde examina cuidadosamente las *rasphuis* (casas para raspar la madera) por las cuales esa ciudad era famosa. En el sótano de dicha cárcel halla la rueda hidráulica en la que el holgazán inveterado no tenía más remedio que pedalear para salvar la vida. Hufton (117) comenta que se le mostró el invento a Howard como una aguda novedad, pero a éste le desagradó profundamente este dislate considerándolo inhumano e ineficaz. Luego viaja a través de Prusia, cruzando los dominios austriacos (Bohemia) y las ciudades libres de Alemania, extendiendo su recorrido por Italia. Además de la publicación de la segunda edición de *State of prisons* edita un apéndice y traducción de un curioso folleto prohibido en Francia sobre la Bastilla escrito por Brossai Du Petri. Comparece nuevamente ante la Cámara de los Comunes para informar sobre las infernales condiciones de las prisiones flotantes (118). A continuación viaja siguiendo la tercera ronda de sus viajes penitenciarios a los Países Bajos, Prusia, Sajonia, Bohemia, Austria, Italia, Suiza y Francia. Como señala Bejarano (119) estas visitas mejoran la segunda edición de su obra de 1780. En su estancia

(116) Además, Howard gastó una cantidad cercana a las 30.000 libras de la época de su propio dinero en su propósito de mejorar las condiciones de las prisiones. (Este último dato ha sido recogido del *Dictionary of National Biography*, vol. X, p. 47.)

(117) HUFTON, Olwen H., «Vida y muerte entre los más pobres» (trad. José María Balil Giró), en el *El Siglo XVIII...*, *op. cit.*, p. 310.

(118) Cfr. GARCÍA BASALO, J. Carlos, *op. cit.*, p. 230. Esta vez el motivo del viaje son las infernales condiciones de las prisiones flotantes. Además, en esas mismas fechas mientras viaja por Europa el Parlamento, sensible a su prédica, dispone la construcción de dos penitenciarías en los condados de Middlesex, Kent, Essex y Surrey. La ley encomienda la ejecución de estos proyectos a tres comisionados. Se designa a John Fothergill (1712-1780), George Whatley y al propio Howard, que sólo acepta ante la insistencia de William Blackstone (1723-1780). Dificultades circunstanciales frustran el Proyecto. A la renuncia de Fothergill sigue la de Howard. La deportación de los condenados hacia Australia postergará por muchos años, hasta 1813-1821, la construcción de la primera penitenciaría inglesa (Millbank Prison).

(119) BEJERANO GUERRA, Fernando, *op. cit.*, p. 117.

en Italia conoce las prisiones de Bolonia, Florencia y Venecia (120). En esta última ciudad le llama la atención la publicidad que se daba a las normas de prisión para su general conocimiento y respeto, las cuales se colgaban en los muros al efecto de darles una adecuada difusión entre los internos. Dichos anuncios en los muros proporcionaban un conocimiento generalizado acerca de todas las cuestiones reglamentales básicas de una prisión. Howard se muestra impresionado por la idea y la adopta como una de las propuestas que entiende que se hace necesario extrapolar a todos los centros.

Especialmente le merece atención la prisión de Roma, construida en 1655 (121), en la que existía como criterio clasificador básico la separación entre sexos, aunque Bejerano (122) se hace eco de que el autor inglés detectó la presencia de «habitaciones secretas». La diferencia de medios económicos de los presos influía en la calidad de la privación de libertad. Viva prueba de ello son los dormitorios, podían llegar a costar el equivalente de ocho peniques por noche (cantidad notoriamente superior al precio de una hostería de la época).

Ante la invitación del Papa Pío VI (123), Howard le visita en el Vaticano. Compartía con este Pontífice muchas semejanzas: ambos

(120) «En Venecia, —escribe Howard— la prisión más importante esta cerca del Palacio del Dux, y es una de las consistentes que yo he visto. Hay entre trescientos y cuatrocientos prisioneros, muchos de ellos confinados celdas oscuras y repugnantes de por vida; la ejecuciones que se realizan en muy contadas ocasiones. No había fiebre, reinaba un gran desorden en estas cerradas prisiones. Ninguno de los prisioneros tenía cadenas. Sobre el peso de la ración de pan, yo lo pesé en catorce onzas. Pregunta a algunos de los que habían sido confinados en las oscuras celdas si ellos hubieran preferido las galeras. Todos ellos le contestan afirmativamente; porque era una gran bendición poder respirar el aire y ver la luz. La capilla estaba reservada a los condenados, que se hallaban confinados allí la noche antes de la ejecución. En Italia, Howard encontró muchos presos de galeras que le parecieron robustos y saludables. El término esclavos de galera fue aplicado a los prisioneros que realizaban duros trabajos manuales por analogía con aquellos portaban los remos en las galeras.

(121) El propio Howard reseña el dintel de la puerta. «A la Justicia y a la clemencia. Para mayor seguridad y mejor custodia de los criminales, el Papa Inocencio X mandó construir este centro en el año del señor de 1655». De otro lado, en relación a su visita al Castillo de St. Angelo, el reformador relata que encontró el centro vacío, con la sola excepción de un obispo.

(122) BEJERANO GUERRA, Fernando, *op. cit.*, p. 120. A su vez existían habitaciones específicas para sacerdotes, para niños, para judíos y enfermos de piel.

(123) Pío VI (Cesena, 1717-Valence-sur-Rhône, 1799), Giovanni Angelo Braschi, fue ayudante de los Papas Benedicto XIV y Clemente XIV. Por lo tanto, su nombramiento como Pontífice en 1775 no constituyó ninguna sorpresa. Su pontificado estuvo marcado por enfrentamientos con las corrientes josefinistas austriacas y las tendencias episcopalianas alemanas. De otro lado, fue el Papa que tuvo que afrontar el fenómeno de la caída del *Ancien Regime*, y enfrentarse con el fenómeno de la

eran hombres ilustrados, eran conocidos tanto por sus virtudes como por su mutuo apego a la caridad cristiana, puntos comunes que hicieron que dejaran de lado sus recelos y recíprocas antipatías religiosas que el uno sentía hacia el credo del otro y realizaran una entrevista provechosa que, por la tolerancia mutua que implicaba, debemos considerar extemporánea a su época. En la despedida, el piadoso pontífice bendijo con su mano la cabeza del distinguido herético, exclamando con cierto tono de humor «Yo sé que a los ingleses no les gustan nada estas cosas, pero la bendición de un anciano no puede hacerte ningún mal».

Pero pese a sus contactos en el Vaticano no le fue permitido visitar la Inquisición (124). Sin embargo, visita el Hospicio San Miguel (125),

Revolución francesa. Aparte de que el anciano no compartía estas ideas, la Revolución conllevó la desamortización y nacionalización de los bienes eclesiásticos, así como la promulgación de la Constitución civil del clero, que desencadenó en la ruptura de relaciones entre Francia y la Santa Sede. Posteriormente se enfrentará el mismo al Directorio e igualmente al incipiente general Bonaparte, quien suprimirá, por medio del general Berthier, la soberanía temporal del Papa. Siendo posteriormente objeto de cautiverio (que sobrellevó con gran dignidad) por un año en Florencia para posteriormente ser recluido en Valence-sur-Rhône, donde morirá el 29 de agosto de 1798, perdonando a sus captores. Sin duda este anciano piadoso, enraizado en la cultura del Antiguo Régimen, no pudo advertir lo bueno que comportaban las nuevas ideas que se limitó a demonizar en una actitud extremadamente conservadora. Sin embargo, resistió con entereza frente a las coacciones a que fue sometido, siendo uno de los Papas que tuvo que soportar más sufrimientos y dificultades para cumplir el papel que le había sido encomendado. Poco podía pensar este reciente Pontífice cuando recibió a este inglés visitador de cautivos que él mismo durante los últimos años de su vida iba a conocer la amargura del encierro.

(124) Howard no consiguió acceder ni en Portugal, ni en España, ni en Italia a las prisiones de la Inquisición. Aunque estas instituciones, otrora tenebrosas, iban cayendo en desuso. «Yo puedo proporcionar poca información acerca de la Inquisición que se halla situada cerca de la Basílica de San Pedro. A un lado del Vaticano se encuentra el Palacio del inquisidor general. Sobre la puerta había una inscripción: “erigido por el Papa Pío V en el año 1569”. Las ventanas del edificio están cerradas con maderas y a poca distancia se encuentra un alto muro». Y en una nota marginal añade: «Las capillas eran silenciosas y melancólicas, la celdas se encontraban prácticamente inaccesibles a mi persona, y permanecí más de dos horas cerca del Tribunal y de los aposentos de los sacerdotes, hasta que mi presencia en el lugar empezó a suscitar sospechas».

(125) En el siglo XVI se instalan las primeras «Casas de Corrección» en Inglaterra y Holanda; un siglo más tarde Filippo Franci funda el Hospicio San Felipe Neri que será continuado por el Hospicio San Miguel en el que combinan confinamiento individual nocturno, trabajo diurno, silencio y disciplina establecido en Roma ya en pleno siglo XVIII, conjuntamente con un asilo de niños huérfanos y otro de ancianos. Como refiere HERRERO HERRERO, César, *Criminología (Parte General y Especial)*, ed. Dykinson, Madrid, 2001, p. 58, en el dintel de la puerta del Hospicio que se mandó esculpir por el Papa Clemente XI es suficientemente ilustrativo de sus buenas

y puede afirmarse que sus consignas acerca del aislamiento, trabajo e instrucción son coincidentes con las que se adoptaron en las casas de corrección, verdaderos anticipos de los sistemas pensilvánico, auburniano y progresivo, que incorporan además, el control de muchos por pocos propuesto en el «panóptico» de Bentham. Asimismo se ejercía análoga férrea disciplina a la que se dispensaba en las «Houses of Correction». Esta práctica penitenciaria, aplicada en un comienzo a vagabundos y jóvenes delincuentes, en modo alguno era generalizada, sino realmente excepcional frente al carácter puramente depositario de las prisiones de la época.

Por aquel entonces la labor de Howard ya había producido un gran impacto en la opinión pública, y la gente deseaba rendirle algún tipo de tributo. En Italia un compañero de viaje inglés decidió darle un homenaje en vida concibiendo la idea de recaudar una colecta para erigir un permanente monumento conmemorativo en su honor recogiendo una cuestación que alcanzó la impresionante cifra de 1500 libras (126), suma que fue recolectada casi de inmediato, pero conforme a su carácter humilde a Howard le repugnó la idea. La reacción de Howard ante este incidente es reveladora: «*Me causó tanto dolor que me acompañó hasta Inglaterra. Mi grandísimo enemigo no me podía haberme herido más*» (127).

En consecuencia a tamaña repulsa, se decidió devolver lo recogido a los donantes, sin embargo dos terceras partes se negaron a aceptar la devolución. El dinero se destinó a liberar a cincuenta y cinco pobres por deudas y con el remanente será erigida —una vez que la muerte vetara su oposición— una estatua en su honor (128) en la Catedral de San Pablo. Analizando este comportamiento de Howard no veo en el una manifestación de ingratitud ni, aún menos, un gesto afectado de santurronería. Es usual en los espíritus altruistas considerar que sus actos son comunes y por ende no darles ningún valor y, en consecuencia, no comprenden las reacciones positivas o negativas que se derivan de los mismos. Este es el caso de Howard, que vio en dicho

intenciones: «*Parum est improbos coercere poena nisi probos efficias disciplina*», o sea, «Someter a los malhechores al castigo es muy poca cosa si no se les convierte en honestos por la educación». Como reseña GARCÍA BASALO, J. Carlos, *op. cit.*, p. 235, tanto le impresionará a Howard esta inscripción que no dudará en incluirla al dorso de la portada de la 3.^a edición de su obra maestra *The State of the Prisons*.

(126) 615 personas suscribieron la colecta.

(127) GODBER, Joyce, J. *John Howard el filántropo*, *op. cit.*, pp. 12-13.

(128) Así el *Dictionary of National Biography*, vol. X, p. 47 refiere que la estatua conmemorativa fue obra de Bacon, mientras la esculpida en Bedford fue obra de Alfred Gilbert R. A. La Estatua esta situada en el lado izquierdo del Coro.

homenaje más un obstáculo que le desviaba del camino que se había marcado, que una muestra de simpatía de sus contemporáneos. Y es que estas férreas voluntades adscritas a un fin, se deben a ese propósito que entienden que le ha sido encomendado, siéndoles completamente indiferentes para bien o para mal la opinión del resto de los mortales.

El viajero desde la distancia igualmente continuaba velando por sus responsabilidades en sus tierras de Cardington, pues fiel a sus compromisos nunca se desentendió de sus obligaciones con sus arrendatarios. Por aquel entonces los asuntos relativos a la sanidad pública habían ya atraído su atención, siendo en 1789 cuando se decide a publicar un segundo libro sobre Lazaretos y las epidemias de los barcos.

La presencia de John Howard fue requerida por la realeza y la aristocracia en Austria. En la capital del país alpino, en la dorada Viena imperial, se abstiene de aceptar (129) la invitación de la Emperatriz María Teresa alegando, como luego hará con la zarina Catalina II, motivos de trabajo. No obstante, su aislamiento con la vida en sociedad no es completo, pues en un viaje posterior —cuando se apercibe de la necesidad de concienciar a las autoridades de la vergonzosa situación carcelaria— se decide a mantener una entrevista con un Monarca. Es en este momento cuando se produce la ya comentada larga entrevista con el Emperador José II. En la frívola Corte austriaca es reputado como héroe, pero el reformador burgués que había vivido la mayor parte de su vida como un desconocido y era, por naturaleza, modesto y retraído en nada apetecía frecuentar los salones y las reuniones de alcurnia. Además era muy consciente que sus investigaciones y su misión desentonaba en aquel fausto, rehuendo ser utilizado como un ocasional reclamo pintoresco de distracción de la Corte. Cuando finalmente opta entrevistarse con el Emperador, lo hará para exponerle de un modo serio y sistemático la lamentable situación de los presidios de su reino. Consciente de la misión que entendía que le había sido encomendada, Howard es consecuente con su deber y acude con su invariable indumentaria de comerciante londinense a la fastuosa Corte vienesa en pro de la defensa de su misión, aun a costa de enfrentarse a un mundo superficial que en nada le atraía, es más que desagradaba a su estricta conciencia puritana. No sería aventurado afirmar que le costó más visitar la esplendorosa Corte imperial que las tórridas mazmorras de la ciudad del Danubio azul.

(129) Aunque algún autor como LEIGH, Gordon. T., *Images of John Howard*, Lethbridge, Alberta: Prevention Publications, 1991, p. 12, refiere que hubo una cena con la emperatriz, dicha comida no parece documentalmente contrastada.

En su *apéndice* de 1780 de *State of Prisons* introdujo su traducción de 1774 del ya referido trabajo de Brosai du Petri sobre «*observaciones históricas... en el castillo de la Bastilla*», apéndice que, como vimos, le iba a crear grandes antipatías con las autoridades francesas del momento.

Siguiendo esta «geografía del dolor» (130) repitió visitas a las prisiones de Prusia, Sajonia e Italia. Estuvo también en las capitales de Dinamarca (131), Suecia (132), Rusia (133) y Polonia (134) que le

(130) GARCÍA VALDÉS, Carlos, *Temas de Derecho penal*, *op. cit.*, p. 102.

(131) Cfr. HOWARD, John, *The state of the prisons in England and Wales*, *op. cit.*, p. 81. En Dinamarca relata que los grilletes no se usan antes del juicio, salvo cuando haya sido detenido en flagrante delito, especialmente asesinado, siendo, en este caso, confinado en un establecimiento de espera, con la posibilidad de recurrir ante el parlamento, como era una constante en los países nórdicos.

(132) Cfr. HOWARD, John, *The state of the prisons...*, p. 82. Son visitadas las prisiones con la esperanza de encontrarlas más limpias que las danesas, en atención a que todos los sábados son visitadas por un Oficial de la cancillería. Pero tras su visita por las tres prisiones de Estocolmo, constata que están tan sucias como las danesas. Destaca el criterio clasificador de enviar a centros especiales a los que se encuentran en prisión por deudas.

(133) Cfr. HOWARD, John, *The state of the prisons...*, *op. cit.*, p. 89. También los reos por deudas reciben un trato especial son empleados como «*esclavos del gobierno*» destinando los 12 rublos que pudieran corresponderle por su trabajo a compensar la deuda contraída. Visita los establecimientos de San Petersburgo y Moscú. Como refiere SLOZBERG, G.B., *Howard, su vida y actividad filantrópica pública*, Ensayo biográfico, San Petersburgo, 1891, p. 71, la primera llegada (de sus dos viajes) a Rusia en 1781 estaba dirigida al estudio del sistema penitenciario ruso que era de gran interés para Howard, como opositor de la pena capital, puesto que Rusia fue por aquel entonces el único país que rechazó, por lo menos formalmente, la pena de muerte (excepto para el delito de traición). Permaneciendo en San Petersburgo durante tres semanas visitó todas las prisiones, hospitales, establecimientos de caridad de la capital. Finalmente él viaja a Moscú donde se enfrenta a un gran desengaño. Lamentablemente descubrió Howard las posibilidades del látigo como tenebroso instrumento de tortura y podía convertirse en un arma fatal dirigida a lograr la muerte. Howard fue testigo de dos brutales flagelaciones, una mujer recibió veinticinco latigazos y un hombre recibió sesenta. A la mujer la encontró a los pocos días en un hospital en una situación muy lamentable, no obstante el hombre no le pudo volver a encontrar. El buscó al verdugo y le preguntó si se podía matar a una persona a latigazos, confesándole éste que sí existe una técnica de flagelación que comporta la muerte (golpeando duramente la zona de las costillas) y que en ciertas ocasiones recibía instrucciones precisas de cercenar la vida. Este fue el caso del hombre cuya ejecución presencié Howard, al que le había sido dada la orden de golpear tan duramente con la fusta para que no sobreviviera.

(134) Cfr. HOWARD, *The state of the prisons in England and Wales*, *op. cit.*, p. 90. Se centra fundamentalmente en la prisión de Varsovia, donde la vigilancia y custodia de presos estaba encomendada a los militares y se utilizaba con habitualidad los grilletes.

ven recorrer sus prisiones en 1781. De allí vuelve a Silesia y nuevamente a Alemania (Berlín, Praga, Viena y Trieste).

Durante su primera estancia en Rusia, viajó primero a Riga, visitando posteriormente San Petersburgo, donde permaneció tres semanas para después pasar a examinar las cárceles de Gondstadt, Tver y Verkhniy Volochek. En la entonces capital del imperio, San Petersburgo, fue convocado a comparecer a la Corte de Catalina II de Rusia (135) pero él se negó a presentarse pues él era consciente de que su tarea consistía en visitar las mazmorras de los cautivos y la morada de los miserables, no los palacios y cortes de reyes y emperadores y que dichas reuniones limitaban el tiempo en que el había de permanecer reconociendo los presidios de la capital, hecho que según afirmo le impidió atender la invitación de la soberana.

En 1782 se presenta ante la Cámara de los Comunes de Irlanda, además la Universidad de Dublín le otorga el título de Doctor Honoris Causa. En ese mismo año inicia un nuevo ciclo de visitas por las cárceles de Inglaterra, Escocia e Irlanda.

En 1783 entra en la península ibérica por Portugal donde descubre celdas secretas como las vistas en Italia, así como la inexistencia de una arquitectura penitenciaria específica al haber sido aprovechado un palacio como prisión. Visitando la torre de Belén refiere como en el arsenal de Lisboa se mantiene a los internos atados con cadenas, recordando a los hierros (*irons*) ingleses. En Lisboa realiza otro de sus intentos fallidos de visitar las cárceles de la Inquisición, justo en el momento en que se hallaba en uno de sus momentos más álgidos en este país (136). El domingo 9 de marzo de ese mismo año Howard

(135) GERNETT. M. N., *Historia de la prisión zarista*, tomo I (1762-1825) [trad. del ruso por Olga Chejún Gudín], ed. del estado de la literatura jurídica, Moscú, 1951, pp. 250-255. La negativa sorprendió más que desagradó a la Zarina, no adoptando la Corte imperial ninguna medida negativa ante el desplante ya que se le consideraba como un individuo extraño. De hecho Howard utilizó en éste y en su posterior viaje las cartas de recomendación que le proporcionó la Corte de la déspota ilustrada. Estas cartas fueron muy útiles y de hecho durante las visitas a las prisiones le acompañaban los gobernadores de las provincias y los alcaldes de las ciudades. Circunstancia que ciertamente facilitó su labor, allanándole obstáculos.

(136) Así lo refiere RUIZ TORRES, Pedro, «La época de la razón», vol. IX, en *Historia Universal Planeta*, Barcelona, 1994, p. 311, en este momento histórico en Portugal, el marqués de Pombal utiliza la Inquisición como un instrumento útil en su lucha contra la nobleza y los jesuitas. En España con Fernando VI y Carlos III pese a que originaba quebraderos de cabeza a los elementos ilustrados y heterodoxos se hallaba en el inicio de su definitivo declive. Su actuación se centraba principalmente en ejercer un serio control sobre los videntes, curanderos y hechiceros. En la Lombaría y la Toscana la institución se encontraba en franca decadencia.

entra en España por Badajoz; este viaje es objeto de estudio en un capítulo autónomo. A su salida de España, alcanza Francia por Bayona y luego a Burdeos donde censura duramente sus calabozos, retornando a través de Flandes y Holanda.

A su vuelta en 1784, se consagra (137) a la preparación de la tercera edición de *State of prisons* (138) conteniendo su *apéndice*, en la cual ya figura sus apuntes sobre el estado de las prisiones y hospitales en España.

Los cinco años restantes de su vida fueron dedicados principalmente a investigar acerca de las medidas a adoptar para prevenir la peste, la disentería y las enfermedades contagiosas en general. Así como de los medios de preservarse de su contagio. Después de un viaje alrededor del continente se prodiga en visitar hospitales, presidios y lazaretos; adquiriendo una gran cantidad de documentos y memorándums.

En 1785 el reformista Howard reemprende sus viajes al exterior. Pero esta vez, como refiere García Basalo (139), aun sin abandonar sus visitas a las prisiones, volcó su atención en la prevención de la epidemia y para ello procede a examinar diversos lazaretos en Francia, Italia y Turquía por lo que deliberadamente decidió experimentar cuarentena en Venecia. A su vez le interesaba estudiar los mejores métodos para impedir la propagación de epidemias. El viaje le lleva a viajar a través de Francia (Niza), Italia (Génova, Pisa, Florencia, Roma y Nápoles), Malta, Turquía (140) (Constantinopla) y Austria. Durante su estancia en Constantinopla mientras realizaba los prepara-

(137) Como destaca GARCÍA BASALO, J. Carlos, *op. cit.*, p. 249, cada edición requiere un esfuerzo especial, pese a que mantiene la estructura original de la obra revisa el texto anterior y lo hace objeto de nuevas actualizaciones poniendo al día cada cárcel nacional o extranjera que visita. En este celo cuenta siempre a su lado con el apoyo de su fiel amigo el Dr. Aikin.

(138) ERIKSON, Thorsten, *op. cit.*, p. 36. El autor refiere que hubo posteriores ediciones en 1780, 1784, 1923 y 1929.

(139) GARCÍA BASALO, J. Carlos, *op. cit.*, p. 236.

(140) Mientras Howard visitaba la entonces capital del Imperio Turco, Constantinopla, la epidemia cobró un inusitado vigor y mientras él, quizás temerariamente, visitaba la morada de los enfermos, a su vez presenciaba cómo los muertos eran enterrados. Pese a que nunca había estudiado medicina, durante sus viajes fue adquiriendo sólidos conocimientos médicos de los cuales alguna vez hacía uso. La hija favorita de un poderoso miembro de la corte del Sultán padeció una misteriosa enfermedad que desconcertó a las autoridades médicas del lugar por lo que nuestro viajero fue consultado. Gracias al acierto en el tratamiento pronosticado por el viajero inglés la joven se recuperó, demostrando el acierto de su predicción. Su agradecido padre quería premiarle con una gran recompensa económica, suma que Howard rechazó pero sin embargo consintió en aceptar un manojito de uvas de su suntuoso jardín.

tivos para volver a casa por Viena, su mente escrupulosa concibe la idea de pasar por la experiencia personal de vivir la disciplina de la cuarentena.

En aras de completar sus conocimientos, en octubre de 1786, vuelve a Smyrna eligiendo deliberadamente para ir a Venecia, una nave asquerosa. El viaje se prolonga durante sesenta días, durante los cuales sufrieron un ataque de los piratas tunecinos proporcionando a Howard durante este lance, una vez más, una oportunidad de manifestar su valor personal (141). Para este viaje eligió deliberadamente una nave con la peor apariencia que desde el punto de vista sanitario pudo encontrar. No fue una sorpresa cuando se declaró la peste dentro del barco siendo recluido en el lazareto (142) de Venecia (el más importante y famoso de la época), consiguiendo permanecer en el mismo en régimen de cuarentena alcanzando su prístino propósito (143) de poder realizar sus investigaciones.

El suceso es digno de ser pormenorizado. En la última edición de su obra *The State of the Prisons*, Howard había expresado un deseo «*Que algún futuro viajero nos proporcionara planos de los lazaretos en Leghorn, Ancona y otros lugares*». Como tal persona nunca apareció, «*finalmente yo me decidí a conseguir aquellos planos, y adquirir toda la información necesaria acerca de ellos, por mi mismo; y a finales del*

(141) HOWARD, John, *An Account of the Principles Lazarettos, with various papers relatives to the Plague: together with further observations on some Foreign prisons and Hospitals: and additional Remarks on the present in Great Britain and Ireland*, Warrington, 4.^a ed., 1791, p. 22.

(142) GODBER, Joyce, *op. cit.*, pp. 11-12.

(143) Howard además del veneciano visitó los lazaretos de Marsella, Génova, Leghorn, Nápoles, La Valeta, Zante, y Corfú describiéndolos en su obra «*Una relación de los principales lazaretos en Europa*» aportando la minuciosa descripción de los planos de muchos. Para Howard Venecia como madre de todos los lazaretos de Europa poseía las mejores ordenanzas, aunque su puesta en vigor era defectuosa. En este lazareto Howard estuvo cuarenta días en cuarentena tiempo que el aprovechó para recabar el mayor grado de información posible. Los muros de su habitación estaban impregnados de enfermedades, así como de aire insano y nauseabundo. Descubrió que su remedio favorito era encalar los muros de blanco escaldándola a gran temperatura, lo cual ciertamente, proporcionaba un gran remedio preventivo. Como en sus investigaciones en prisión Howard deseaba proporcionar información desde dentro. Como hemos relatado anteriormente, en Venecia acaece uno de los capítulos más sorprendentes de su vida: con el impulso ardiente de poder conocer de primera mano los lazaretos solicitó un pasaje en un pestilente barco en la expectativa de ser posteriormente ingresado en la isla lazareto. Aunque el no contrajo la enfermedad en este viaje le sirvió para permanecer en cuarentena. Howard parecía estar inmune a la epidemia aunque el tuvo que presenciar la muerte de otros pasajeros que viajaron con él. Con ello la leyenda extendida entre sus coetáneos de que gozaba de una especie de «*capote mágico*» se iba propagando detrás de él (LEIGH, Gordon. T., *op. cit.*, p. 12).

años 1775, partí al extranjero con el propósito de visitar los principales lazaretos en Francia y en Italia. Interrogando a los médicos (144) que trabajaban en estas cuestiones, me propuse exponerles una serie de dudas acerca de la naturaleza de las epidemias y los modos de prevenirla; pero como sus respuestas no me proporcionaban una contestación satisfactoria, yo continué hacia Smyrna y Constantinopla».

Se somete en la ciudad de los canales a los rigores de una cuarentena implacable. Aquí me parece necesario realizar un breve comentario acerca de la inexplicable metamorfosis física que sobrevino a Howard. Su vigor y resistencia se hicieron legendarios. Era difícil pensar en su edad adulta que tuvo una enfermiza y delicada juventud. Podía recorrer hasta cuarenta millas al día, necesitaba dormir poco y era capaz de soportar grados considerables de frío y calor. En uno de sus viajes a Irlanda le cedió su camarote a su fiel sirviente Thomasson y durmió sobre la cubierta. Él se mantuvo fiel a su simple dieta vegetariana a base de fruta, vegetales, pan y té con leche. Una de las razones por la que se decidió a viajar a caballo radicaba en que le facilitaba eliminar los malos olores de las cárceles que él había estado visitando, aunque tomaba gran cuidado para cambiar sus ropas tan pronto como le era posible. Sin embargo, su régimen espartano no podía justificar toda su extraordinaria habilidad para resistir las demandas del cuerpo, soportando la pestilencia y la asquerosidad de estas mazmorras. Sus amigos observaron que por esta época Howard adquirió un espíritu de determinación, serenidad y vigor que parecía rodearle como una mágica aureola. Allí escribió sobre sí mismo: «*Siendo fiel a mi deber, yo no tengo miedo ni al diablo*» (145). El encarcelamiento en los dos «lazaretos» duró seis semanas, tiempo suficiente para que pudiera comprobar las condiciones repugnantes en las que se mantenía a los contagiados por la lepra.

(144) Igualmente para hacer sus investigaciones más constructivas preguntó a sus amigos médicos el Dr. Aikin y al Dr. Jebb diversas cuestiones, sobre los asuntos relativos a la peste y su propagación, con los que había interrogado a sus colegas médicos del Mediterráneo. El primero de los puntos objeto de su curiosidad concernía a si la infección de la peste se contraía a través del contacto físico y la undécima atañía a si era necesario para prevenir la peste y su contagio purificar los lugares infectados. Las contestaciones fueron varias y confusas y no le ayudaron en nada. Por aquella época tampoco existía consenso en esta materia en las revistas de medicina y cada experto tenía su propia opinión al respecto. Pero había acuerdo que la plaga era contagiosa, y cortar el contacto con las fuentes de la infección era la mejor forma de prevenir su difusión. Como conclusión a sus investigaciones sacó la conclusión de la necesidad de instaurar en todos los países lazaretos para preservarlos de la contaminación de las epidemias.

(145) GODBER, Joyce, *op. cit.*, pp. 12-13.

Durante los duros días pasados en régimen de confinamiento, en vez de lamentarse de la dureza de su situación, aprovecha la experiencia para completar la información que ansiaba. Pero la aflicción que iba a soportar el Sheriff británico no iba a ser meramente física. Es necesario recordar que fueron aquellos duros días del confinamiento dentro del lazareto veneciano cuando recibe la noticia que su único hijo de veintidós años había perdido la razón y había sido internado en un asilo. Parece difícil calibrar cual fue la especial disposición de espíritu que poseía Howard para continuar con aquella labor recopiladora de datos sobre el centro, obviando todo aquel infierno de sufrimiento físico y espiritual en el que se hallaba rodeado.

Las infaustas noticias acerca de su hijo provocaron que volviera precipitadamente por Trieste y Viena (momento en el que se desarrolla la ya comentada entrevista con el emperador José II), para posteriormente alcanzar Inglaterra en febrero de 1787. Ese mismo año una vez que hubo retornado de su último calamitoso viaje, vuelve a inspeccionar las cárceles inglesas. Su primera preocupación se relacionó con sus preocupaciones domésticas ordenando los asuntos de su hacienda. Posteriormente se vuelca en la tarea de emprender otro viaje en orden a volver inspeccionar las prisiones del Reino Unido, contras­tando amargamente lo poco que realmente había conseguido cambiar en las prisiones después de tanto esfuerzo reformador, pese a sus éxitos parlamentarios.

Al mismo tiempo estuvo ocupado en la preparación para la publicación de los resultados de su reciente viaje. El trabajo fue su segundo libro que fue publicado en 1789 en Warrington, bajo título un *Account of the principles Lazarettos in Europe* (146) «*Balance de los Lazarettos principales en Europa: con varios documentos, concerniente a la peste, junto con otras observaciones respecto a algunas prisiones y hospitales extranjeros, y las observaciones adicionales del estado de éstos en Gran Bretaña e Irlanda*». A su vez ese mismo año se publica su traducción del Edicto del gran Duque de la Toscana (147) sobre la reforma penitenciaria.

(146) «*An account of the principal lazarettos in Europe with various papers relative to the plague: together with further observation on some foreign prison and additional remarks on the present state of those in Great Britain and Ireland*».

(147) Dicho Gran Duque fue Leopoldo II (1747-1792), que subió al trono como emperador de Austria tras la muerte (el 20 de febrero de 1790) sin descendientes de su hermano José II, sin embargo durante su brevísimo reinado las circunstancias históricas, guerras contra la Convención y la inestabilidad del momento le impidieron aplicar sus audaces proyectos.

IV. LA MUERTE DE HOWARD

En julio de 1789 habiendo oído que los hospitales militares rusos estaban en un estado escandaloso, decidió emprender el qué iba a ser su último viaje a efectos de comprobar la situación. García Basalo (148) comenta que su primitivo propósito era ir a Rusia, pasar por Asia y volver por África. El presentía que esta ausencia iba a ser definitiva y que jamás volvería ver su amada patria (149). Por ello sintió una especial aflicción de abandonar Cardington (150), y se preocupó de dejar sus asuntos en orden, brindando una cariñosa despedida a sus queridos amigos. El cinco de julio acompañado de su fiel sirviente Thomasson, Howard levanta velas rumbo a Holanda alejándose de las costas de la verde Inglaterra. Tras arribar en Ámsterdam viaja a través de Alemania llegando a Rusia. En ese momento el imperio ruso se encontraba disputando dos guerras una frente a Suecia y otra frente al imperio turco (151).

Viajando por tierra a San Petersburgo y Moscú, continua su marcha hacia el sur, pasando por Kremenchug donde examina su prisión y su hospital militar constatando la existencia de numerosos soldados heridos. Howard escribió sobre el hospital militar cerca de Ochakov: *«incluso un corazón de piedra debería sangrar ante semejante espectáculo»*. Seguidamente visita los principales hospitales militares que se

(148) GARCÍA BASALO, J. Carlos, *op. cit.*, p. 237.

(149) Así escribe a un amigo: *«no nos veremos más en este mundo, cumplo un deber sagrado y me abandono completamente a la voluntad de Dios»*.

(150) La ciudad rural de Cardington es una típica pacífica ciudad rural inglesa que se ve envuelta alrededor de un destellante verde. Por todas partes hay recordatorios acerca de la generosidad de la gran familia de cerveceros de Cardington. Como vimos el fundador de la fábrica y de la saga Samuel Whitbread fue primo y amigo íntimo de Howard. Ambos se dedicaron a adecentar las casas del lugar, e instruir a los niños y darles una formación religiosa. Dentro de la villa se conserva la que dicen fue la casa del célebre reformador, una típica construcción rural del siglo XVIII; está situada al norte del pueblo, en el camino que lleva a la iglesia, no lejos de la misma. Permanecen aún las casas para pobres que construyó a lo largo del lado occidental colina entre los años 1763 y 1764. La iglesia local contiene muchos monumentos con dedicatorias a la familia de Whitbread y hay varias placas conmemorativas, una de ellas incluye dedicatorias a Sir William Gascoigne, interventor de la casa de cardenal Wolsey, con su escudo heráldico. No lejos de allí nos encontramos un monumento dedicado a nuestro biografiado.

(151) La guerra con Suecia (1788-1790) terminó con la victoria del imperio de los zares que se adjudicó los territorios del sur de Finlandia. La guerra ruso-turca (1787-1792) también acabó con victoria rusa que se adjudicó las zonas costeras del Mar Negro, fundándose Odessa en 1793. Rusia contó con el apoyo del Imperio austriaco desde el 9 de febrero de 1788, en virtud de una alianza entre Catalina II y José II.

ponen en su ruta, alcanzando en octubre Jersón en Ucrania [en inglés Kherson (152)]. La guerra unida a otros pequeños desastres había provocado la aparición de un brote de enfermedades infecciosas.

Detenido forzosamente en esta ciudad que se veía azotada por el tifus, aguardó una tregua en la guerra para poder viajar a Constantinopla (153). Durante sus últimos tres meses de vida no malgastó el tiempo en la bella ciudad ucraniana. Así, siguiendo su pauta personal de no lamentarse y continuar trabajando, aprovecha el evento de la forzosa parada para ocuparse de los prisioneros con tifus (los historiadores rusos se refieren concretamente a un tifus abdominal) también denominado fiebre asiática (154). El filántropo sólo atiende a los pobres y siempre sin cobrar nada por ello. Durante su estancia en la ciudad que le verá morir se alojó en una casa de dos plantas sita en la calle Suvorova (155), perteneciente al comerciante francés Dophiné, que actualmente ha desaparecido.

Me he topado con dos versiones acerca de la muerte de Howard: la primera (que considero más fiable y completa) obedece a Negrescu (156)

(152) La ciudad fue fundada en 1778 (once años ante de la visita de Howard) por Gregoriy Potyemkin como avanzadilla de la marina rusa del Mar Negro en su lucha contra los turcos. La historia de esta ciudad creada de la nada a finales del siglo XVIII está conectada de cerca con los nombres de Alexander Suvorov, Fyodor Ushakov, John Howard y Grigory Potemkin. Debido a su posición geográfica (a 23 millas del Mar Negro) Jersón es un punto de confluencia entre la estepa y el río Dnieper con el Mar Negro donde se comercia con diversas mercancías tales como los cereales y el aceite. En el siglo XX adquiere una imagen industrial debido a sus industrias navales, textiles y de maquinaria agrícola. Jersón es famoso por el Museo local histórico-arqueológico (fundado a finales del siglo del XIX) y su pinacoteca cuenta con una rica colección de pintura rusa y ucraniana de los tres siglos pasados. No se halla situada en la península de Crimea como impropriamente señalan la generalidad de los autores.

(153) PIMENOVA, E., *John Howard. El amigo de los detenidos* (trad. del ruso por Olga Chejún Gudín). Ed. de Popova O.N., 1897, p. 18. En Jersón cada día visitaba por este orden: el hospital militar, la cárcel y el hospital de la cuarentena (sito en el actual barrio de Ostrov o de la isla).

(154) Cfr. GARRIDO GUZMÁN, Luis, *Compendio de Ciencia Penitenciaria*, ed. Universidad de Valencia, 1971. Más concretamente GERNET M.N., *Historia de la prisión zarista 1762-1825* (trad. del ruso por Olga Chejún Gudín), Tomo I, ed. del Estado de la literatura jurídico, Moscú, 1951, pp. 250-255, y SLIOZBERG, *op. cit.*, p. 72, hablan de tifus abdominal. El nombre técnico en medicina es tifus exantemático tal como refiere GARCÍA VALDÉS, Carlos, *Teoría de la pena*, ed. Tecnos, 3.ª ed., Madrid, 1985, p. 83.

(155) AFANASIEV-CHUZHBSKY, Alexander, *El viaje a la Rusia del sur* (trad. del ruso por Olga Chejún Gudín), ed. SPB, Moscú, 1863, p. 74.

(156) NEGRESCU, V., *La vida y muerte del filántropo Howard en Jersón* (trad. del ruso por Olga Chejún Gudín), ed. Administración provincial de Jersón, núm. 44, 1851, p. 46.

y Bely (157). Los autores relatan como en enero Fiodor Komstandiús –un rico hacendado del pueblo de Sadovo–le pidió ayuda en aras de atender a su hermana que se estaba muriendo de tífus. En un primer momento Howard se niega a hacerlo pues considera que su deber era curar tan sólo a los pobres. Mas posteriormente cambió de opinión decidiendo visitar a esta joven por dos veces y ya en la segunda visita se sintió mal. El mismo día cayó en la cama con fiebre tifoidea.

La segunda es aportada por García Basalo (158), aunque paralela a la anterior es discrepante en algún punto, el autor refiere como la epidemia de tífus había estallado en las afueras de la ciudad y Howard tuvo que enfrentarse a la enfermedad. Lo hace valientemente pues los padres de una joven enferma le ruegan que la asista en su enfermedad, consecuente con la nobleza de espíritu Howard no va a negarse a tamaña peligrosa petición, contrayendo, como era previsible, la fatídica enfermedad.

Sea como fuere, el fundador de la ciudad el duque de Tavriya, Potemkin (159), dispuso que su mejor médico acudiera a la residencia

(157) BELY, D., *Leyenda y hechos ciertos del gran viajero inglés John Howard en Jersón* (trad. del ruso por Olga Chejún Gudín), Rev. Inmuebles de la Ciudad, de 17 de enero-2 de febrero de 1997, p. 11.

(158) GARCÍA BASALO, J. Carlos, *op. cit.*, p. 238.

(159) Gregoriy Alexandrovich Potemkin (1739-1791). Perteneciente a la pequeña nobleza de Esmolenko fue estudiante de teología en Moscú de donde sería expulsado por indisciplina. Indirectamente involucrado en el golpe de Estado que llevo al poder a Catalina II, irá progresivamente escalando puestos en la Administración (siendo nombrado por la soberana conde mientras que el Emperador austriaco José II le otorgara el título de príncipe del Imperio). Convertido en amante y favorito de la Soberana alcanzará tal grado de intimidad con la misma que colaborará con ella en la elección de sus futuros amantes, existiendo entre ellos siempre un peculiar vínculo. Como gobernador militar de las provincias del sur alcanzaría sonoros éxitos militares sobre los turcos, fundando en 1778 Jersón, en 1785 Ekaterinoslav (ambas sobre el Dnieper) y Sebastopol en 1784. Un año antes había ocupado militarmente la península de Crimea. Sin embargo fracasa en su ofensiva sobre Otchakov en 1788. Muere sólo un año más tarde que Howard (el 5 de octubre de 1791) en la misma ciudad, Jersón. Como hombre ilustrado y máximo representante de la Zarina en la zona sur veló porque no perturbaran al renombrado británico durante su estancia en la ciudad. Al igual que el cadáver del filántropo su cuerpo permanece enterrado en Jersón –ciudad a la que se hallaba especialmente unido– concretamente en la denominada Catedral de Santa Catalina, situada enfrente de la cárcel de la ciudad, siendo enterrado dentro de la basílica el día 23 de noviembre por orden expresa de la soberana. Igualmente a lo acontecido con el inglés, la ciudad instauró un monumento en su honor, cuya turbulenta trayectoria es paralela a la estatua de Howard y a la turbulenta historia de Ucrania. La historia del monumento comienza cuando en 1791 Catalina II ordena construir un monolito de mármol, a instancias del sobrino de Potemkin, Samoylov, que lo subvenciona y erige una estatua en su honor en 1836 (que costó 170.000 rublos, suma fabulosa para la época). Tras ser sustraído por las tropas nazis invasoras

del filántropo, pero ya era demasiado tarde (160). El galeno certifica su próximo final indicando que ya no se puede hacer nada por su cuerpo que sólo se puede salvar su alma. Para ello propone que se coloquen velas a todos los santos en la iglesia de Santa Catalina, a media noche envían a un soldado para hacerlo. Durante la mañana del día 20 de enero de 1790, a la edad de sesenta y cuatro años, Howard muere víctima del tifus complicado con una pulmonía.

Fue sepultado bajo el rito anglicano. Bentham escribió de su muerte: «*vivió como un apóstol, murió como un mártir*». La inscripción sobre su tumba (161) describe de un modo simple, desnudo y escueto la esencia de quien fue John Howard. Su último deseo (162) fue coherente a su modo de vida:

«*dejadme yacer en la tierra tranquilamente, colocad un reloj de sol sobre mi tumba y dejad que sea olvidado*».

En Jersón, la ciudad que le vio morir, se erigió en los alrededores de la iglesia ortodoxa de Todos los Santos (163) un monumento en la

que lo arrancaron de su zócalo, el monumento –actualmente convertido en un nudo pedestal– se encuentra en el bulevar Potemkin enfrente del teatro de la ópera, donde lleva varios años esperando ser objeto de reconstrucción.

(160) Datos obtenidos de la obra: *Descripción de los monumentos en Jersón de John Howard y al Mariscal de campo, duque de Potemkin de Tavriya* (trad. Olga Chejún Gudín) Trabajos del Comité estadístico de la Provincia de Jersón, Libro I, parte II, Jersón, 1863, pp. 285-288.

(161) Pese a que TEETERS, Neeogley K., «The monuments to John Howard at Kherson in the Ukraine», en *The prison Journal*, Philadelphia, vol. XXIX, núm. 3 [sic 4], octubre de 1949, pp. 86-89, afirma que fue destruido. Como veremos los historiadores rusos y ucranianos, en base a estudios *in situ* más fidedignos discrepan con esta historia dado que el monumento sólo sufrió daños y fue posteriormente objeto de rehabilitación (Vid. nota. 149).

(162) ERIKSON, Thorsten, *op. cit.*, p. 41.

(163) VORONOV, Nikolai, «El monumento que abrió la época», *Revista Arte* núm. 43, noviembre de 1999, pp. 10-11. El monumento en el sepulcro de Howard fue erigido con la financiación de Dophiné. Existen inscripciones en ruso y latín con la inscripción: «*John Howard. Quiquiera usted sea, aquí tienes un amigo*». El monumento consiste en un obelisco de granito blanco con un medallón de bronce con su retrato y el reloj de sol anhelado por Howard, a propuesta del Zar Alejandro I, que aprovechó la ocasión para mejorar sus relaciones con Inglaterra. En la obra *Descripción de los monolitos en Jersón de John Howard y el mariscal de campo, duque de Potemkin de Tavriya*, *op. cit.*, p. 285, fue erigido en 1818 (Voronov lo sitúa en 1826). El monumento fue diseñado por el académico de la Academia de Arte de San Petersburgo Vasiliy Stasov, el cual facilitó al Zar dos proyectos de los cuales el monarca eligió uno. Con el dinero recolectado por la iniciativa de M. S. Vorontsov, a la sazón gobernador-general de Novorossiysk, quien organizó colectas entre habitantes de Odesa, Jersón y de otras ciudades. El Gobernador del área de Jersón de este tiempo Karl Sen-Pri ofreció no tocar el monumento sito en la tumba de Stepanovka y cons-

confluencia de la Avenida Ushakova y la calle de Pugacheva (164). La primera es la calle principal que confluye como vía principal de la ciudad desembocando en el río Dnieper que baña la ciudad, convergiendo con el antiguo carril del ferrocarril al muelle. La calle debe su nombre al almirante Ushakov que residió en esta ciudad. Junto a la tumba hay un monumento blanco con la forma de obelisco en su memoria (165). En el mismo encontramos su epitafio que bien

truir otro monumento en la entrada de la ciudad enfrente del lugar donde se construía el Centro de internamiento de la ciudad, actualmente situado en la calle principal de la ciudad (Ushakova). A finales de mayo de 1820 acabaron la construcción del obelisco, que estaba construido con piedra blanca y tenía incrustado un reloj de sol de cobre dorado. La inscripción en ruso dice: «Howard. Murió el 20 de enero de 1790 próximo a los sesenta y cinco años de edad». Alrededor del monumento se colocó una verja circular hecha con la misma piedra la cual quedaba cerrada con una puerta de hierro. Mientras construían el monumento el duque de Gloucester envió una copia de escayola con el retrato de Howard que existe en la Catedral de San Pablo en Londres. En julio de 1821 el escultor V. P. Yekimov de la Real Academia de Arte de San Petersburgo hizo una copia en bronce del medallón del referido retrato pero en el lado frontal no había sitio para ubicar el medallón por lo que el arquitecto de Jersón, Grechina, ofreció intercalar un cubo de piedra en el monumento para colocar el medallón. También este mismo arquitecto ofreció subir cinco escalones el obelisco para que se pudiera divisar desde fuera de la verja. Una parte del dinero destinado a la reconstrucción del monumento fue financiado por el gobernador de Jersón, August Fiodorovich Komstadius. Éste era hijo del terrateniente Fiodor Komstadius que como vimos fue quien solicitó la ayuda de Howard para asistir a su hermana y que desencadenó la muerte de Howard. Desde 1828 el monumento ha sido conservado incólume. Una medalla conmemorativa fue confeccionada por orden de las autoridades de Jersón en el aniversario del segundo centenario de la muerte del británico. El centenario del aniversario de la muerte de Howard fue celebrado en Petersburgo (entonces Leníngrado) y Jersón.

(164) PIVOROVICH, V. B., *Por las calles del viejo Jersón* (trad. del ruso por Olga Chejún), ed. Persei, 2002, p. 76. Además del monumento Jersón le ha dedicado una calle en su honor y varios establecimientos comerciales ostentan el nombre del inglés.

(165) REVENOK, Nikolay, «Con relación a la restauración del monumento de John Howard en Jersón» (trad. del ruso por Olga Chejún), *Revista ucraniana de historia y medicina*, núm. 13, Kiev, 2001, p. 69. Según el autor este lugar fue elegido por el viajante inglés, enfermo de la referida epidemia de tifus, no perdió la conciencia y el uso razón incluso hasta el último momento. Su póstumo deseo para enterrar su cuerpo «no lejos de Jersón», donde «hoy a una aldehuela que me gusta mucho». «Enterradme en esa aldea. Yo no quiero monumentos ni inscripciones, pero yo desearía tener un reloj de sol bajo mi tumba». Según A. LEVSHIN, [«Sobre el homenaje del reo en el aniversario de la muerte de John Howard», en el *Libro Homenaje del centenario de la muerte de Howard. Agenda memorial de la Administración pública de Jersón*, año 1890, ed. Jodúshina, 1892, pp. 15-16]: «el deseo del difunto fue cumplido y su cuerpo fue colocado en el lado izquierdo del río Vyrovchina (junto al parque de Sumiensi)». El primer monumento fue erigido sobre la tumba a principios de 1790. En 1817 el zar Alejandro I ordenó «construir un monu-

lo pudiera ser de todas las personas de bien que han pasado por nuestro planeta y que como afirma Godber (166) es consecuente con la forma en que vivió:

«*Ad sepulchrum stas, quisquis es, amici*» (167)

mento que se situaría enfrente de la tumba de Howard en forma de reloj de sol». Pero en 1818 el Zar decidió construir un monumento especial –un obelisco– en las inmediaciones de Jersón, a las afueras de la vecina ciudad de Nikolaev, pero este propósito no se llegó a realizar. En 1825 se empezaron a recolectar fondos para la reconstrucción de un panteón mortuario. Numerosos admiradores rusos de Howard remitieron sumas que sobrepasaron sustancialmente la cantidad presupuestada. Probablemente, sus materiales no fueron demasiado resistentes, dado que el monumento se encontraba casi destruido en 1830. En 1831 un reloj de sol de mármol construido en Italia fue traído a través de Odesa y pronto fue colocado en el panteón mortuario. Levshin conversa con un testigo presencial acerca de como se encontraba el monumento antes de 1839. Asimismo refleja cómo quedó el monumento tras su reconstrucción en 1857 describiéndole como sigue: «había un monumento cuadrado de mármol con un pedestal con tres escalones de piedra. Con una altura de un arshin y medio (antigua medida rusa de 0,71 metros, 28 pulgadas), su anchura y longitud se hizo de 3/4 arshin. Había una inscripción en latín en lado norte «Johannes Howard. Ad sepulchrum stas, quisquis es, amici», en el lado derecho figura «1790»; en el lado sur – «Ivan Howard. Whoever you be, your friend lies here». El reloj de sol permaneció en la cara superior. El monumento fue rodeado por un elevado cuadrado de mármol vallado. La tumba de Howard compuesta de una cripta que contenía un ataúd sobre su superficie. [Información obtenida de: *La tumba de Howard*, Boletín histórico-Literario (trad. Olga Chejún Gudín) 1893, núms. 5-6, pp. 874-875]. La tumba permaneció incólume sobreviviendo a las revoluciones y guerras civiles hasta 1944. Conforme al testimonio de los paisanos del lugar las tropas nazis durante su retirada destrozaron, cuan bárbaros, la parte superficial de la tumba pero la cripta permaneció inalterada. Añade VORONOV, (*op. cit.*, pp. 10-11), que los alemanes utilizaron los materiales de la tumba para construir un puente sobre el barranco. En 1950 los soviéticos utilizaron la villa de Stepanovka y sus alrededores como cantera para reconstruir Jersón, y un bulldozer destruyó la cripta durante los trabajos en la cantera. Los trabajadores y lugareños observaron diversos huesos humanos, con excepción de la calavera, que se encontraba fuera del féretro. Los restos fueron removidos hacia una gran carretilla utilizada durante los trabajos de construcción. Ese mismo año último de la vida de Stalin, en plena guerra fría entre el Reino Unido y la URSS, el jefe del partido comunista de Stepanovka consciente de la trascendencia de los hechos solicitó la reconstrucción de la tumba del inglés a Nikita Jrushev, que por aquel entonces ocupaba el puesto de jefe del partido comunista del Comité Central de Kiev (pocos meses antes de sustituir a Malenkov en la jefatura de la URSS) quien se lo concedió. En 1976, con ocasión del 250 aniversario del nacimiento de Howard, el público solicitó la reconstrucción del monumento. En la actualidad esta colocada una lápida de mármol negro que nos recuerda al héroe.

(166) Leído literalmente por el autor como sigue, GODBER, Joyce, J., *op. cit.*, 1977, p. 15) lo traduce al inglés de forma diferente a como señala el panteón: «*Who-soever thou art, thou standest at the grave of thy friend*».

(167) «*Quien quiera que seas, estas ante la tumba de un amigo*».

Sorprendentemente puedo afirmar por mi experiencia personal (168) que esta ciudad ucraniana (que ha conocido tantos regímenes políticos y situaciones) siempre ha sido consciente de la grandeza del hombre allí enterrado y nunca ha dejado de honrar la memoria del británico (169).

Howard no deseaba que sus cenizas se movieran de Jersón pues –tal como afirmó– en ningún lugar había encontrado unas cárceles más limpias y ordenadas que en el lugar donde le tocó morir (hemos de reseñar que el Director de dicho centro era Mordinov). Aunque detrás de esta petición no se hallaban ajena su propia ideología y forma de ser; así, Freeman (170) le atribuye esta frase:

«No trasladéis mis cenizas a Inglaterra porque allí como aquí voy a estar a la misma distancia del cielo. Yo no quiero monumentos ni epitafios sólo quisiera que en mi tumba pusiérais un reloj de sol».

Por propio deseo fue enterrado en la aldea Stepanovka (171) en los arrabales de Jersón, cercano al jersonense barrio de Shumenskiy. Concretamente fue enterrado en la que fuera dacha de Dophiné, en el margen izquierdo del río Vioriovchina. Existen diversas leyendas sobre este tema entre los lugareños (172), y la tumba como la propia

(168) Este sentimiento no es una mera estimación subjetiva, así con motivo del centenario de la muerte de Howard, ya en 1890 el gobierno zarista ruso convocó un concurso literario para premiar al mejor ensayo «sobre la importancia de John Howard en la historia de la reforma penitenciaria» (cfr. «Sobre el homenaje del centenario de la muerte de John Howard», *Libro homenaje de la Administración pública de Jersón del año 1890* (trad. Olga Chejún Gudín), ed. Jodúshina, Jersón, 1892, pp. 15-16).

(169) En el año 2000 con ocasión del 210 aniversario de la trágica muerte en Jersón de John Howard, la ciudad ucraniana, pese a que se hallaba envuelta una dura crisis económica y política, no dudo en realizar un apropiado homenaje a este filántropo demostrando que nunca olvidaron la generosidad con que el inglés a su vez les trató.

(170) FREEMAN, J, *Prision, pasado y futuro. En conmemoración del bicentenario de la muerte de John Howard. The State of prison*, Londres, 1978.

(171) En el momento del enterramiento en Stepanovka en una aldea sita donde comienza la estepa en la parte norte de la ciudad (actualmente se encuentra en la parte sur del pueblo). Howard eligió esta aldea porque le complació la enorme paz que desprendía. Bajo mi experiencia personal puedo afirmar que esta circunstancia no ha variado, pese la agitada historia de Ucrania estos doscientos años, la referida aldea conserva ese espíritu calmo que tanto cautivó a Howard. Tan ese así que fue elegida en su día para situar el Hospital psiquiátrico de toda la comarca de Jersón. El *Dictionary of National Biography*, vol. X, p. 47 refiere que antiguamente esta aldea se denominaba Dophinovka, dato que es desconocido por alguno de los propios habitantes del lugar.

(172) BELY, D, *Leyendas y hechos ciertos del gran inglés de Jersón, John Howard* (trad. del ruso por Olga Chejún Gudín), Rev. Inmuebles de la ciudad, Jersón,

Ucrania ha sufrido múltiples avatares (173). Pese a ello, las crónicas refieren que posteriormente sus restos fueron trasladados a la actual calle de Nekrasova donde colocaron un obelisco blanco con el reloj de sol y las verjas alrededor (174). Puedo afirmar por haberlo visto con mis propios ojos que la tumba se halla situada en un barranco enfrente de la clínica psiquiátrica de la comarca.

17 de enero-22 de febrero de 1997, p. 11. Así el autor refiere como existe una leyenda según la cual sus restos fueron robados por la «druzhina» (especie de guardia personal palaciega) del duque Potozky por la noche y trasladados al pueblo de Kavelvka cerca de la ciudad de Nemirov. La mujer del duque era una famosa filántropa que se cartaba (al igual que hacía la Zarina) con todos los famosos ilustrados e innovadores de su época. Cuando tuvo noticia de que los restos de Howard estaban dentro del imperio ruso, decidió que deberían permanecer enterrados en sus dominios. A tal efecto irrumpieron por la noche fuertemente armados los cosacos del duque quienes desenterraron el ataúd, apoderándose de los restos del filántropo y llevándose a Podolie, donde los enterraron y colocaron en un busto de bronce. Esta historia fue descubierta en 1990 en los archivos polacos, por el etnógrafo oriundo de Jersón, Yevgeniy Maslenko. En el mismo año consiguió hablar con los sucesores de los duques de Potozky que vivían por aquel entonces en París, quienes confirmaron la veracidad de la historia. Concluye el autor que probablemente en el pueblo de Kavalevka permanezca enterrado sólo el corazón de Howard, dado que era muy común en Rusia en esta época dejar el cuerpo en el lugar del óbito y trasladar el cuerpo al sitio que había sido más importante de la vida de una persona. Así por ejemplo, Potemkin, duque de Tavriya, permanece enterrado debajo del suelo de la iglesia de Santa Catalina de Jersón, mientras que su corazón fue trasladado al Palacio de invierno de San Petersburgo.

(173) AFANASIEV-CHUZHINSKY, Alexander, *op. cit.*, p. 74. En el año 1863 el autor, escritor y etnógrafo, viaja a Jersón para comprobar el estado en que se hallaba la tumba de Howard y si todavía los restos del filántropo inglés permanecían en el lugar. Mantiene una larga entrevista con el vigilante quien le relata que hacía unos años que el panteón no poseía verjas y nadie sabía quien estaba allí enterrado, habiéndose extendido entre los campesinos el rumor que al lado del cadáver había una bolsa con mucho dinero. Lógicamente no tardaron en acudir ladrones que al parecer llegaron a abrir el ataúd sin encontrar nada relevante, siendo algunos de ellos presos por la justicia. Ante estos hechos el alcalde de Jersón ordenó a su delegado en la aldea de Stepanovka corroborar que los restos del británico permanecían en su lugar. El delegado refirió a su superior que había visto un esqueleto con una peluca y un traje bordado, que pudiera ser de un noble pues portaba una sortija con piedras preciosas en los dedos. Tras este suceso por orden del general gobernador Ilnskiy el panteón fue arreglado y cerrado con verjas al público. Enfrente de la tumba se construyó una casita donde se situó a un vigilante que evitaría ulteriores profanaciones. Conversando con él (un anciano tuerto), Afanashiev comenta que se quejaba que durante cinco años no había percibido ningún emolumento, y que incluso tuvo que comprar la cerradura de la verja con su propio dinero.

(174) AFANASIEV-CHUZHINSKY, Alexander, *op. cit.*, p. 73. En el monumento de Stepanovka estaba colocado originariamente el famoso epitafio ya tan comentado con el reloj de sol, pude apreciar que está compuesto de cuatro columnas de piedra clara unidas por unas barras muy altas a modo de red de hierro, en el centro existe un monolito no puntiagudo de mármol blanco.

Tal como ha señalado la doctrina [García Valdés (175) y Fernández García (176)] Howard muere víctima de su propio destino presa de las fiebres carcelarias o tifoideas [tifus exantemático (177)]. Una vez muerto aparecieron los tributos que no pudo disfrutar mientras vivió erigiéndosele un monumento en la catedral de San Pablo en Londres (178). Siendo la primera vez que un ciudadano recibió tamaño honor. Su amigo Samuel Whitbread, que le conocía bien escribió: «*desde el trono a la mazmorra, su nombre era mencionado con respeto, gratitud y admiración*» (179). Es destacable como muestra de su talante humano que el jardinero en su vivienda en Cardington, Joshua Crockford, incluso 23 años después de su muerte, no podía hablar de su patrón sin romper a llorar (180).

Galvete (181) refleja bien el *leitmotiv* de la obra de Howard:

«*La idea reformista de Howard no brotó de una inteligencia privilegiada, ni de un espíritu ambicioso sino que fue fruto de un corazón purificado por la continua practica de la virtud, y de una piedad fortalecida, por sufrimientos y desengaños*».

(175) GARCÍA VALDÉS, Carlos, *Introducción a la penología*, *op. cit.*, p. 83.

(176) FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio, en Coords. Berdugo de la Torre, Ignacio/Zúñiga Rodríguez, Laura, *Manual de Derecho Penitenciario*, ed. Colex/Universidad de Salamanca, Madrid, 2001, p. 111.

(177) *Vid.* nota 154.

(178) Cuando las noticias de su muerte finalmente llegaron a Inglaterra, el grupo que había estado interesado en una estatua conmemorativa se tornó más activo en su propósito. Pese a que él era un disidente de la religión anglicana oficial, suya fue la primera estatua de un heterodoxo colocada en la Catedral anglicana de San Pablo. Dicho templo fue reconstruido por Sir Christopher Wren después del gran incendio de Londres en 1666. En su pedestal su primo Samuel Whitbread hizo esculpir la siguiente inscripción: «*Este hombre extraordinario tuvo la fortuna de ser honrado mientras vivió. En el grado que sus virtudes merecen recibe el agradecimiento de los Parlamentos británico e irlandés por sus eminentes servicios a su país y a la humanidad. Nuestras prisiones y hospitales mejoraron por obra de su sabiduría, gracias a la fuerza de su testimonio unido a la solidez de su juicio, y el aprecio que el manifestó a cada parte de mundo civilizado que el atravesó para reducir la cantidad de miseria humana, del trono a la mazmorra su nombre fue mencionado con respeto, gratitud y admiración. Su modestia venció los diversos intentos de los que en vida procuramos erigir esta estatua que el público consagra ahora a su memoria. El nació en Hackney en el condado de de Middelsex, el 20 de septiembre de 1776*». En la entrada de esta catedral se erige esta estatua de mármol que representa a un hombre frágil, vestido con las ropas clásicas de viejo romano que porta una carta en una mano y unas llaves en la otra, llevando grillos pesados en sus pies. Con este monumento el parlamento británico oficialmente agradeció los servicios excelentes que Howard rindió a su patria y a la humanidad.

(179) LEIGH, Gordon. T., *op. cit.*, p. 11.

(180) GODBER, Joyce, *op. cit.*, p. 15.

(181) GALVETE, Javier, *op. cit.*, p. 189.

V. HOWARD EN ESPAÑA

Pese a que Howard sólo viajó una vez a nuestro país, su visita va a tener importantes consecuencias. La evolución del sistema penitenciario español –tal como describe Bejerano (182)– se encontraba relacionada con la labor de Manuel de Lardizabal que representaba a un grupo de ilustrados reformistas que actuaban en el marco de la Corte del rey Carlos III. Jiménez de Asúa (183) afirma que en nuestro país hubo auténticos precusores de John Howard tales como Chaves, Sandoval y Cerdán de Tallada. No sin cierta exageración afirma que su mérito es tan descollante o más que el de nuestro biografiado, pese a ello reconoce que sus obras no tuvieron en el mundo la repercusión y resonancia del libro del Sheriff de Bedford.

Entra por Badajoz procedente de Lisboa, el domingo 9 de marzo de 1783, trae cartas de presentación para el Conde de Campomanes del embajador de España en Lisboa Conde Fernández Núñez. Aparte del tiempo que debe dedicar a las entrevistas preliminares con funcionarios y magistrados, durante su estancia alcanza a visitar 45 instituciones (184), 18 prisiones y casas de corrección, 19 hospitales y 8 establecimientos diversos (185). Sus primeras observaciones vienen referidas a la cárcel de Badajoz (186), donde se menciona la suciedad y destaca la importancia de que exista en España un abundante número de instituciones de caridad que provoca que existieran menos pobres y, en consecuencia, que la población carcelaria fuera más reducida.

(182) BEJERANO GUERRA, Fernando, *op. cit.*, p. 122.

(183) JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *op. cit.*, p. 259. También ANTÓN ONECA, José, «Los fines de la pena según los penalistas de la ilustración», en *REP*, núm. 166, julio-septiembre, 1964, p. 422, aunque no refiriéndose directamente a Howard afirma: «Lardizábal aventaja notablemente a Beccaria y a los otros reformadores de aquel tiempo, al desenvolver como ellos la concepción utilitaria, pero insertando en lugar preferente el elemento ético de la corrección, derivado de la tradición senequista y cristiana española».

(184) GARCÍA BASALO, J. Carlos, *op. cit.*, p. 238.

(185) Como prueba de la dureza del viaje, el propio Howard afirma: el modo de viajar con mulas resulta muy lento entre Lisboa y Madrid (400 millas) anduve 14 días, rara vez pude conseguir el lujo de un poco de leche para mi té (HOWARD, D. L., *John Howard, Prison reformer*, Ltd. 11-14 Stanhope de Christopher Johnson Caterwoul, London West, 1958, núm.1, p. 6).

(186) CUELLO CALÓN, Eugenio, «Lo que Howard vio en España. Las cárceles y prisiones españolas a finales del siglo XVIII», *REP* núm.1, 1945, p. 15. El autor refiere que Howard observa que «los encadenados estaban agobiados y afligidos, mendigaban por las puertas de la prisión, pues sólo vivían de la limosna o de los pobres trabajos que ejecutaban».

En Madrid realiza visitas tanto a sus tres cárceles como a los hospicios. En los referidos hospicios trabajaban debidamente separados por sexos (187) todos los desheredados del sistema: criminales, mendigos, lisiados, y prostitutas.

La visión general que nos refiere Howard es netamente positiva (188). Uno de los aspectos que más le impresionaron fue la costumbre de realizar inspecciones periódicas a las cárceles, esta práctica es incluida en sus propuestas de innovación por Howard para todas las prisiones, puede ser considerada el precedente inmediato de un Cuerpo de inspectores que actúan con carácter profesional. Lo más relevante es que durante las visitas que efectuaban dos miembros del Consejo Privado se podía revisar las sentencias dictadas por los jueces inferiores.

En cuanto a la cárcel de Corte (189) fue enjuiciada de un modo bastante más negativo (190) [juzgándola sin embargo mejor que Salillas (191)] la describe como un lugar lúgubre donde existen celdas con lechos de piedra, provistas de anillas destinadas al posible encadenamiento de los presos. A las mujeres se las eximía de estar encadenadas. Le sorprende la situación de la enfermería que estaba muy bien acondicionada con una cama para cada enfermo, con una buena alimentación con excelente pan. Encuentra la cárcel muy limpia y le sorprende la humanidad del carcelero (192). Así concluye Howard

(187) CUELLO CALÓN, Eugenio, *op. cit.*, p. 15.

(188) BEJERANO GUERRA, Fernando, *op. cit.*, p. 122. La inculpación de los pedigüenios y ociosos surgidos de las revueltas callejeras en la protesta por la subida del alza del pan y a la prohibición del sombrero chambergo y la capa. Los presos fueron encerrados a causa de un procedimiento «ad hoc» y sumarísimo, instaurado para la ocasión en la madrileña Puerta del Sol.

(189) TÉLLEZ AGUILERA, Abel, *Los sistemas penitenciarios y sus prisiones*, *op. cit.*, pp. 99-100. La conceptúa como la cárcel española más importante de su época, esta sita en la Plaza de Santa Cruz actual sede del Ministerio de Asuntos Exteriores. En su fachada se podía leer la rúbrica: «Reinando Felipe IV, año de 1634, se fabricó en esta Cárcel de Corte para comodidad y seguridad de sus presos».

(190) Howard señala que el edificio no era excesivamente deficiente, aunque existen habitaciones a nivel de la calzada que comparten tres o cuatro individuos. Constata que la prisión en ocasiones tiene tan sólo un interno, que el patio estaba pavimentado en el centro y tenía una fuente con una cubeta para lavar ropa.

(191) SALILLAS, Rafael, *Evolución penitenciaria en España*, tomo I, Imprenta Clásica Española, Madrid, 1918, pp. 318 y ss. La describe como un antiguo matadero de reses porcinas y salazón de tocino que no revestía las mínimas condiciones para ser utilizado como una prisión.

(192) BEJERANO GUERRA, Fernando, *op. cit.*, p. 123. Según este autor Howard ya contaba con excelentes informes remitidos por prisioneros ingleses que habían estado en esa cárcel.

que los prisioneros parecen sanos y contentos, «*cuan sano y contento se puede estar en una prisión*». Sin embargo como indica Cuello Calón (193) un informe tan positivo contrasta con el hecho de que pocos años después estallara un motín en esa misma prisión.

Posteriormente visita la Cárcel de la Villa (194), las condiciones son bastantes más negativas sobre todo por la suciedad. Seguidamente procede a examinar la cárcel del Prado, y la cárcel de la Corona que estaba reservada para los eclesiásticos y allí vivían según Howard «*cinco sacerdotes con sus mujeres*» (195).

Dentro de este periplo europeo, en España visito la Casa de corrección de San Fernando del Jarama destinada a la reforma de los mendigos y pequeños delincuentes que como refieren Salillas (196), Tomás y Valiente (197), Bueno Arús (198), Martínez Galindo (199), Sanz Delgado (200), Cuello Calón (201), Quintano Ripollés (202) y

(193) CUELLO CALÓN, Eugenio, *op. cit.*, p. 14. Poco después de la visita el 16 de abril de 1786, ciento tres presos de esta cárcel misteriosamente armados y municionados se arrojaron sobre la guardia sorprendiéndola y haciendo fuego a la calle desde las ventanas. Fue necesaria la intervención de las fuerzas de la milicia, incluso con piezas de artillería para sofocar la rebelión de los presos, que no se rindieron sino después de un violento combate en el que hubo gran número de muertos y heridos.

(194) Fue construida en 1542 y estaba sita en la puerta de Guadalajara, a mediados del siglo XVII empezó a construirse un nuevo edificio próximo a la Casa de la Villa (para más información *vid.* SÁNCHEZ GÓMEZ, Rosa Isabel, «Delincuencia y seguridades el Madrid de Carlos II», Madrid, 1998, pp. 198 y ss.), la impresión de Howard sobre este establecimiento es bastante negativa.

(195) HOWARD, John, *The state of prisons in England and Wales*, *op. cit.*, p. 156.

(196) SALILLAS, Rafael, *Evolución penitenciaria en España*, *op. cit.*, pp. 124 y ss.

(197) Cfr. TOMÁS y VALIENTE, Francisco, *El derecho penal en la monarquía absoluta*, Madrid, 1964, p. 392.

(198) Cfr. BUENO ARÚS, Francisco, «Historia del derecho penitenciario español», *Lecciones de Derecho penitenciario*, Universidad de Alcalá, 2.^a ed, Salamanca, 1989, p. 16. El autor igualmente refiere que fue creada por Olavide en 1766, para 300 hombres y 500 mujeres que pretendían cumplir «una función de recuperación y utilidad mediante un régimen moderado, benigno y educador».

(199) Cfr. MARTÍNEZ GALINDO, Gema, *Galerías, corrigendas y presas. Nacimiento y consolidación de las cárceles de mujeres en España (1608-1913)* Ed. Edisofer, S. L., Madrid, 2002, pp. 123-124. La autora refiere que a Howard lo que le pareció más positivo [como ya había acontecido en Holanda] es la utilización del trabajo con fines educativos entendiendo el trabajo como corrección y que además elogió algo muy importante en sus observaciones: la limpieza.

(200) SANZ DELGADO, Enrique, *El humanitarismo penitenciario español en el siglo XIX*, Edisofer, S. L., Madrid, 2003, p. 159.

(201) Cfr. CUELLO CALÓN, Eugenio, *op. cit.*, p. 17. El autor refiere que «Howard tuvo sinceras palabras de elogio cuando no de encendida alabanza al citado centro».

(202) Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, «El estado de las prisiones en España, por John Howard», en *REP*, núm. 81, diciembre de 1945, pp. 83 y ss.

Fraille (203) mereció grandes elogios de nuestro autor. Esta Casa de Corrección es la experiencia penitenciaria más positiva de Howard en nuestro país. Ubicada a ocho millas de Madrid, nace en 1766 para dar cobijo a la masa de población desplazadas tras el motín de Esquilache (204). Relata que en el establecimiento estaba habitado por trescientos hombres y quinientas cuarenta y siete mujeres (205). A nuestro país dedica la sección XVIII de su libro *Etat des prisons, des hopitaux et des maisons de force*, del tomo II (como vimos la versión francesa es la que fue manejada por los ilustrados españoles), donde relata los resultados de su visita a los establecimientos penales españoles dentro de ellos como refiere García Valdés (206) hace expresa mención de la profunda impresión positiva que le causó esta cárcel.

Los hombres debían de realizar múltiples operaciones: acarreaban piedras, trabajaban en los hornos de cal, lavaban ropa de casa e hilaban telas; las celdas eran espaciosas, las enfermerías situadas en la parte alta eran muy amplias. Los presos recibían uniforme, dos pares de mantas y de zapatos. En la estancia de los hombres reinaba una gran limpieza, en las celdas de las mujeres aún más. En cuanto al alcohol estaban prohibidas terminantemente la venta de licores espirituosos, sin embargo en la taberna de la prisión se vendía vino a un precio prefijado por las autoridades. En la taberna había médico y capellán. Howard elogia el celo y la sensibilidad del Director (207) al que considera humano, sensible y solícito. Las presas estaban bajo la Dirección de una mujer que, al igual que el Director, siempre vivía en el Centro. Elogia especialmente el orden, el hecho de mantener del hábito de la subordinación, la rigurosa separación de sexos (208) y la equidad en la distribución de alimentos y vestidos pero sobre todo el hecho de mantener siempre ocupados con un trabajo a todos los reclusos.

(203) Cfr. FRAILE, Pedro, *Un espacio para castigar. La cárcel y la ciencia penitenciaria en España (siglos XVIII-XIX)*, ed. Del Serbal, Barcelona, 1987, pp. 103 y ss.

(204) TÉLLEZ AGUILERA, Abel, *Los Sistemas Penitenciarios y sus prisiones*, *op. cit.*, p. 44.

(205) MARTÍNEZ GALINDO, Gema, *op. cit.*, pp. 123-124, comentando este dato la autora refiere que cada hombre o mujer disponía de su propio lecho, con colchón y dos mantas.

(206) GARCÍA VALDÉS, Carlos, *Estudios de Derecho penitenciario*, ed. Tecnos, Madrid, 1981, p. 37.

(207) Cfr. TÉLLEZ AGUILERA, Abel, *El humanitarismo penitenciario español*, *op. cit.*, p. 159. El autor destaca cómo ensalza las aptitudes humanas del Director.

(208) CANTERAS MURILLO, Andrés, «Cárceles de mujeres en España: Origen, características y desarrollo histórico» en *REP*, núm. 237, 1987, p. 29.

Como refiere Téllez Aguilera (209) observa con agrado cómo se cumplen varios de los principios por él propugnados para la reforma del sistema penitenciario: separación interior por sexos, buena higiene y alimentación (210), asistencia médica y religiosa, existencia de talleres de telar, carpintería y sastrería para cada uno de los internos, dirección basada en el celo y la humanidad. Estos postulados hacían de este centro de reclusión la piedra angular de nuestro sistema penitenciario que contrasta con otros centros (211). A su vez Bejerano (212) destaca que Howard contempló con satisfacción la existencia de un orden y la falta de corrupción. Por eso la doctrina (213) considera a este establecimiento «la piedra angular sobre la que se desarrolla el derecho penitenciario en nuestro país». Este dato reviste especial importancia, dado que como refiere Téllez Aguilera (214) «el que hoy tengamos el sistema penitenciario más humano de Europa es fruto de una tradición secular». No obstante, tampoco se pueden olvidar aspectos negativos de este establecimiento, así, el afán correccionalista desembocó en una indeterminación de los periodos de reclusión. Reaccionando contra esta medida se originaron numerosas protestas que desembocaron en un plante el 22 de febrero de 1786 (casi tres años después de la visita de Howard), que concluyó con la fuga de nueve presas a las que siguieron numerosas personas (215).

(209) TÉLLEZ AGUILERA, Abel, *Los Sistemas Penitenciarios y sus prisiones*, *op. cit.*, p. 45.

(210) BEJERANO GUERRA, Fernando, *op. cit.*, p. 155. La alimentación era buena, los reclusos recibían diariamente 20 onzas de pan, además, presos vigilaban para que los presos recibieran su ración íntegra.

(211) TÉLLEZ AGUILERA, Abel, *Los Sistemas Penitenciarios y sus prisiones...*, *op. cit.*, p. 45. Así no observa lo mismo en Madrid, Badajoz, Toledo, Valladolid o Burgos, en donde el encadenamiento, la suciedad, el hacinamiento y la mala alimentación e higiene era el denominador común.

(212) BEJERANO GUERRA, Fernando, *op. cit.*, pp. 155 y ss. El régimen interno tendía a la conservación del orden y a mantener el hábito de la subordinación. Previendo de todo fraude, de toda disipación relativa a la distribución de alimentos, con la imposición de una rigurosa separación de sexos, previniendo que todo preso siempre estuviera ocupado desempeñando un trabajo evitando la ociosidad, medidas que redundaban en alcanzar estos propósitos.

(213) Cfr. TÉLLEZ AGUILERA, Abel, *Los Sistemas Penitenciarios y sus prisiones...*, *op. cit.*, p. 45, y MARTÍNEZ GALINDO, *op. cit.*, pp. 123 y 124.

(214) TÉLLEZ AGUILERA, Abel, «Retos del siglo XXI para el sistema penitenciario español», en *ADPCP*, vol. LII, 1999 (2002), p. 326.

(215) Cfr. SANZ DELGADO, Enrique, *El humanitarismo penitenciario español*, *op. cit.*, p. 151. El autor refiere que instruido el expediente para el esclarecimiento del incidente, a iniciativa de Campomanes y Floridablanca se dictó con fecha de 28 de marzo del mismo año una Pragmática obligando a los jueces a que se fijara el tiempo determinado para el cumplimiento de la condena.

También Howard visitó las dos cárceles de Toledo, así como los presidios de Pamplona, Burgos y Valladolid. Su única decepción –como señala Bejerano (216)– fue el no haberle permitido satisfacer su curiosidad, autorizándole a visitar las cárceles de la Inquisición. Gracias a la amabilidad del Conde de Campomanes, se le concedió una entrevista con miembros del Santo Oficio, siendo recibido por dos inquisidores, sus secretarios y dos magistrados teniendo acceso a la observación directa de cierta documentación, pudiendo presenciar con inmediatez la actuación del Tribunal, así como la estancia donde se apilaban los libros antiguos. La razón (217) que le proporcionó el Santo Oficio fue que las visitas sólo se efectuaban una vez al mes. Abandona nuestro país, al que nunca volverá; sin embargo parece que el reformador se forjó una idea muy positiva de los españoles (218). El viaje español de Howard según Salillas (219) tuvo trascendentales consecuencias entre nuestros ilustrados.

VI. EL LEGADO

Pese a que han transcurrido más de doscientos años de su muerte, la sombra del legado de este inglés permanece aún vigente. Howard traspasó los límites de las naciones y de los cercos carcelarios para horrorizarse y horripilar mostrando tanta miseria y desgracia reunidas. En el Siglo de las Luces nos aportó las sinrazones del mundo que le tocó vivir, donde una persona podía pasar, en aras de los inciertos golpes de fortuna, de la opulencia a la quiebra y la cárcel.

Howard fue consciente al realizar tan duros viajes y enfrentarse a situaciones tan miserables del valor que comportaba su testimonio,

(216) BEJERANO GUERRA, Fernando, *op. cit.*, p. 123.

(217) GARCÍA BASALO, J. Carlos, *op. cit.*, p. 261. El autor refiere que hubo una entrevista con el Inquisidor General, quien le dio esta excusa.

(218) GARCÍA BASALO, J. Carlos, *op. cit.*, p. 249. Así escribe a su amigo el reverendo Thomas Smith, ministro de la iglesia de Bedford, una carta donde revela su simpatía por los españoles, que le parecen muy cuerdos y honrados. Disfrutaba del trato con la gente, que le parece amable, lo que le hace llegar a la convicción de que uno puede viajar muy bien por el país (aunque el viaje le resulta muy incómodo no hay lechos donde sentarse, resulta muy difícil encontrar leche para su té, etc.).

(219) SALILLAS, Rafael, *Evolución penitenciaria en España, op. cit.*, pp. 102-128. Así, el autor, tras afirmar en la p. 102 «el libro de Howard fue prontamente conocido a través de la versión de la obra publicada en París en 1788», refiere en la p. 128: «el libro de Howard impresionó inmediatamente a las personas dispuestas en nuestro país a tomar a empeño la iniciativa en la reforma de las prisiones».

suministrando al mundo los resultados de su investigación, que no es otra cosa que una visión detallada de lo que presencié en su recorrido por las cárceles. En otras palabras, Howard se encontró con lo que nadie quería ver por la dureza que reportaba, pero es precisamente por esto por lo que su testimonio aparece como especialmente interesante para sus coetáneos. Con esta labor logró sensibilizar de la realidad de la situación de las cárceles a los hombres de gobierno, que hasta ese entonces no se preocupaban de este tema.

Howard comprende la importancia de la arquitectura penitenciaria y apuesta decididamente por el sistema celular. No en vano dibuja de su propio puño los planos de diversos presidios y lazaretos. Se percibe que los diseños arquitectónicos existentes eran técnicamente contrarios a la idea con que fueron edificados; presidios que atentaban contra la salud del prisionero; penitenciarías que no disciplinaban, sino que pervertían y corrompían al preso. La humanidad reconocerá por siempre la obra de Howard, pues gracias a sus propuestas fueron erigidos nuevos edificios que remediaron los males por los que atravesaban los presos en aquellas viejas mazmorras; sostuvo que las construcciones debían ser ubicadas en lugares fuera de la ciudad, que estuvieran mejor ventiladas y dispusieran de hospitales. Reclamó que las habitaciones para los presos fueran limpias e higiénicas; que se les brindara ropa y comida y que los gobiernos se hicieran cargo de ellos. Paralelamente a esto, indicó que era deber de la sociedad asegurarle al preso ropa y alimentos suficientes. Planteó la introducción del trabajo en las cárceles para que con los frutos del mismo se cubrieran los gastos derivados de la marcha de la prisión; congruente con su espíritu pietista, aconsejó que los presos debieran recibir instrucción religiosa. En todo latía la idea de una mayor humanidad en el trato. Consecuente con esta visión humanista concluyó que sólo así podría ponerse fin a la propagación del crimen y salvar al delincuente devolviéndolo a la sociedad como un individuo útil y preparado para la convivencia.

Las bases principales sobre las que se debe estructurar un sistema penitenciario fueron pertinazmente proyectadas por este británico. La importancia que daba al trabajo buscaba evitar a toda costa la ociosidad y orientar el establecimiento para el retorno del individuo a la sociedad. Al igual que se hace hoy en día, se percató de que la formación laboral es un elemento capital de todo sistema reinsertador. Tomando como base toda actuación posterior recalcó la necesidad de la limpieza y salubridad de las cárceles. Expone la necesidad de ordenar el centro según las características de los reclusos, clasificando a los presos según su sexo, edad y el tipo de condena. Reflexiona sobre la necesidad de instaurar órganos de control, entendiendo que por

muy perfecto que sea el sistema siempre degenera, por lo que considera necesario instaurar órganos permanentes de revisión, cuya imparcialidad y profesionalidad en su actuación será decisiva. Asimismo, aboga por establecer una normativa regimental clara y precisa, que deberá ser objeto de publicidad. Reacciona contra la privatización penitenciaria, pues entiende con gran acierto –bajo mi punto de vista– que siempre va vinculada a un menoscabo para las condiciones de los reclusos.

Pero lo más importante no son las pautas concretas y contingentes que aporta, sino que todo en Howard dimana una visión humanizadora, todas las medidas propuestas aliadas con la lógica buscan perfeccionar el sistema para hacer más digna la vida de los internos. En conclusión, después de Howard para los penitenciaristas no hay nada absolutamente nuevo.

Ya desde el principio, como comenta Hibbert (220), las proposiciones de nuestro reformador de que sólo los prisioneros fueran puestos a trabajar durante el día y confinados durante la noche, atrajeron la aprobación y atención de dos abogados de gran influencia: Sir William Eden (que luego sería el primer barón de Auckland) y Sir William Blackstone cuya monumental obra «Comentarios a las leyes de Inglaterra», había sido recientemente publicada, consideraron juntos la construcción de varias prisiones nuevas basadas en los nuevos planteamientos. La *Penitentiary Act* incorpora las inquietudes de Howard, Eden y Blackstone, que enfoca al trabajo como una terapia reinsertadora, y procurando no hacer uso de la deportación.

Directamente, tras su muerte –como refiere Serrano Butragueño (221)– se aceptaron muchas de sus propuestas reformadoras, primero en la prisión inglesa de Pentonville (1842) y, posteriormente, en el continente en prisiones como Burschal (1848) o Moabit (1849).

Como sostiene García Valdés (222), desde el plano sistemático su generosa semilla –una de esas ideas-fuerza de las que ha hablado Besta– prende en Europa dictándose leyes y erigiéndose prisiones según sus enseñanzas y advertencias, y sobre todo en América del Norte.

Las ideas protestantes europeas que simbolizaba el inglés cruzan el Atlántico [o como refiere Téllez (223) se «exportan»] sobre todo, y

(220) HIBBERT, Christopher, *op. cit.*, pp. 160 y 161.

(221) SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio, y «“La pena de prisión a examen”. *Diario 4674, de 18 de noviembre de 1998, D-299*», *Revista Jurídica La Ley*, recopilación tomo VI, p. 2136.

(222) GARCÍA VALDÉS, Carlos, *Teoría de la pena, op. cit.*, p. 84.

(223) TÉLLEZ AGUILERA, Abel, *Los Sistemas Penitenciarios y sus prisiones, Derecho y realidad, op. cit.*, pp. 60 y 61.

más trascendentalmente, en América del Norte. Cadalso y Manzano (224) refleja que las preocupaciones de Franklin por el tema de prisiones provenían de su viaje a Londres, donde asumió como propias las ideas de Howard. En efecto, las ideas prenden especialmente dentro de los cuáqueros colonizadores (225), en especial en Benjamin Franklin, quien mantuvo contactos con la sociedad londinense para la mejora de las prisiones, encargada de difundir los grandes postulados del gran filántropo inglés. Por eso, junto a Jefferson (que venía de Francia de efectuar su misión diplomática en París), deciden fundar en 1787 en Pensilvania la sociedad «The Philadelphia Society for Allienating the miseries of the public prisons». Como refiere Antón Oneca (226) su inspiración está netamente conectada al espíritu del filántropo británico y desde allí sus pensamientos se difundirán por todo el mundo. La razón de que las ideas prendieran en este lugar se remontan a la actividad penitenciaria del fundador de la Colonia, y pastor cuáquero William Penn, quien introdujo las ideas humanizadoras cuando el territorio era aún una colonia.

En 1866 la asociación inglesa howariana fue fundada para continuar la labor de Howard, labor continuada por la Liga para la Reforma Penal. Estas dos organizaciones se fusionaron para formar la Liga de Howard para la reforma penal en 1921. Una rama de estos grupos de defensa de los derechos de los presos apareció en Canadá hacia el fin del siglo XIX y el comienzo del siglo XX, pero el primero en usar su nombre fue la Vancouver John Howard Society en 1929. En 1935, se convirtió en la John Howard Society de la Columbia Británica (227).

También en Canadá se funda la Sociedad de John Howard en Alberta, que apareció en la escena pública en 1949, cuyo primario

(224) CADALSO Y MANZANO, Fernando, *Instituciones penitenciarias en los Estados Unidos*, Madrid, 1913, p. 116. Es necesario destacar la importancia que se produce en esta sociedad, pues en ella se mezclan las ideas de la Francia prerrevolucionaria con los postulados británicos humanitarios de Howard. Ésta es una de las razones por la que en el siglo XIX Estados Unidos fuera el caldo de cultivo donde germinaron las ideas más avanzadas en esta materia.

(225) En la propia Inglaterra fue decisivo el influjo cuáquero. Un decenio después de la muerte de Howard, las prisiones inglesas, incluso las de mujeres, seguían estando en pésimas condiciones y no había lenguaje que pudiera describir sus sufrimientos. Hemos de rememorar nuevamente la labor de Elisabeth Fry, la más ferviente seguidora de Howard, cuya biografía hemos analizado profusamente en la nota a pie de página número 96.

(226) ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal*, 2.^a ed., Akal/Iure, Madrid, 1986, pp. 59 y 60.

(227) LEIGH, Gordon. T., *op. cit.*, p. 12

propósito era asistir a los presos para posteriormente reintegrarlos a la sociedad. La sociedad de prisiones fue reformada en 1983 y enfocada hacia la prevención del crimen y la mejora de las técnicas para hacer frente al fenómeno delictivo. Sus ideas penitenciarias son desarrolladas en la actualidad por la John Howard Society, la cual publica programas educativos y resocializadores y a la par promueve la prevención del crimen a través de importantes cambios constructivos en el proceso de justicia criminal. Tampoco hemos de olvidar su aportación al campo de la sanidad y de la enseñanza de ideas destinadas a proporcionar mejoras formativas a los profesionales que las desempeñan.

En conclusión, se ha tejido un extenso ramaje de sociedades filantrópicas, casi todas en el ámbito anglosajón, que se autoproclaman continuadoras de la labor de Howard y comparten su lucha por hacer más humano y digno el mundo penitenciario. Por ende, sería un error considerar a Howard meramente como un personaje histórico, su figura no puede ser relegada a haber desempeñado un papel primordial durante el derecho penitenciario de su siglo (228). Muy por el contrario, su estela ha perdurado a través del tiempo en Gran Bretaña, Estados Unidos y Canadá con decenas de organizaciones que todavía llevan no solamente su nombre, sino también el bacilo de su espíritu reformador, que ansía constantemente perfeccionar las condiciones de vida de los sujetos a procesos judiciales. Hoy sólo en Canadá existen cincuenta y tres sociedades reconocidas con la evocación de John Howard, cuyo principal propósito radica en proponer mejoras en los procesos de justicia criminal. Hay algo que atrae en Howard, que incentiva a seguir su estela, resulta difícil entender cómo un ser humano tan humilde y retraído, con su ejemplo, fue capaz de generar una fuerza tan popular y poderosa que tiende a propagarse consiguiendo que las sociedades que portan su nombre se multipliquen con el tiempo.

Pese a ser Howard un hombre profundamente religioso, concretamente un ferviente protestante, las sociedades que reclaman su legado son de la más variada ideología. Este dato revela que el modelo marcado por el británico es un ejemplo solidario que le hace atrayente para cualquier persona, y como muy bien refleja su epitafio (quien quiera que seas) y su vida [se preocupa por todos los países (protestantes, ortodoxos, católicos e islámicos)]. Tampoco distingue entre

(228) Así opina por ejemplo FERNÁNDEZ GARCÍA, Julio, en Coords. Berdugo de la Torre, Ignacio/Zúñiga Rodríguez, Laura, *Manual de Derecho Penitenciario*, Colex/Universidad de Salamanca, Madrid, 2001, p. 111.

ricos y pobres, desprecia las Cortes y los honores mundanos para acudir a las mazmorras con los más denigrados y desfavorecidos. En definitiva, no hay odio en Howard sino sólo compasión, por eso acertadamente a sus viajes se les ha denominado «la geografía del dolor». Esta compasión se materializa no en un sentimiento grandilocuente, vacuo y magnánimo, sino en un trabajo diario, cotidiano y efectivo. Lo que quiero significar es que el que conoce a Howard encuentra a un ser universal, pues el incierto futuro de la humanidad depende de la solidaridad. Si en el siglo XIX se luchó por la libertad, en el XX por la igualdad, la meta a alcanzar en el siglo XXI va a ser la fraternidad universal, por eso considero, como ya anticipé, que nos encontramos ante un hombre adelantado a su época, que intuyó cosas que en los duros días de aquel duro siglo parecían imposibles de percibir.

El ser humano necesita ejemplos positivos, olvidar a los grandes contribuye a matar su legado. La intención de este trabajo investigador ha sido concienciar a todos los juristas de las vicisitudes a las que se tuvo que enfrentar este hombre en pro de alcanzar una mejora de las condiciones de coexistencia de todos los seres humanos. Entiendo que ésta es la meta a la que estamos destinados los juristas: armonizar la vida social cuando el diálogo se torna en imposible. La vida del británico posee ciertamente un sentido, y se hace necesario difundir el mensaje que se oculta tras una vida cargada de tanto esfuerzo filantrópico.

Defender la memoria de un extranjero cuando hay tantos españoles ocultos tras el tupido velo del olvido (Lardizábal, Abadía, Montesinos, Arenal, Kent, Cadalso o Salillas) puede causar cierta sorpresa. Para los que creen en el mensaje universal de la lucha por la defensa de la dignidad del hombre, esta crítica carece de sentido, pues ellos no se detienen ante las fronteras. Así lo entendió este calvinista anglosajón, quien dejando de lado los prejuicios, atravesó nuestras fronteras y visitó nuestro entonces católico e inquisitorial país en aras de preocuparse por la situación de nuestros presos, como ya lo había hecho con los presidiarios de suyo propio.

John Howard una vez escribió a un amigo, «Cuando yo me haya ido, alguien más continuará mi labor y verá el final del túnel» (229). Uno se pregunta si el calificativo «clarividente» debería añadirse a la lista de atributos de Howard. Después de su muerte de este pequeño y decidido hombre, decenas de sociedades que adoptando su nombre continúan con su compromiso en pro de la humanidad y de la justicia, no resignándose a la muerte de su memoria.

(229) LEIGH, Gordon. T., *op. cit.*, p. 4.

Howard no quiso reconocimientos en vida, pero tras su muerte no pudo evitar que su estela indeleble marcara un rumbo a todos aquellos que propugnan la defensa de la dignidad humana. Estas sociedades ligadas a Howard empezaron a trabajar durante la Revolución Industrial, han continuado su labor durante la Revolución tecnológica y permanecerán con vida mientras una nueva Revolución consiga la plena solidaridad entre los hombres, en la que todos seamos hermanos, tal como proclamó un coetáneo de Howard: Schiller.

SECCIÓN LEGISLATIVA

Disposiciones

MARÍA DEL CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Universidad de Alcalá

LEY ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO

(«BOE» núm. 313, de 29 de diciembre de 2004)

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I

La violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión.

Nuestra Constitución incorpora en su artículo 15 el derecho de todos a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Además, continúa nuestra Carta Magna, estos derechos vinculan a todos los poderes públicos y sólo por ley puede regularse su ejercicio.

La Organización de Naciones Unidas en la IV Conferencia Mundial de 1995 reconoció ya que la violencia contra las mujeres es un obstáculo para lograr los objetivos de igualdad, desarrollo y paz y viola y menoscaba el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Además la define ampliamente como una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres. Existe ya incluso una definición técnica del síndrome de la mujer maltratada que consiste en «las agresiones sufridas por la mujer como consecuencia de los condicionantes socioculturales que actúan sobre el género masculino y femenino, situándola en una posición de subordinación al hombre y manifestadas en los tres ámbitos básicos de relación de la persona: maltrato en el seno de las relaciones de pareja, agresión sexual en la vida social y acoso en el medio laboral».

En la realidad española, las agresiones sobre las mujeres tienen una especial incidencia, existiendo hoy una mayor conciencia que en épocas anteriores sobre ésta, gracias, en buena medida, al esfuerzo realizado por las organizaciones de mujeres en

su lucha contra todas las formas de violencia de género. Ya no es un «delito invisible», sino que produce un rechazo colectivo y una evidente alarma social.

II

Los poderes públicos no pueden ser ajenos a la violencia de género, que constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en nuestra Constitución. Esos mismos poderes públicos tienen, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Constitución, la obligación de adoptar medidas de acción positiva para hacer reales y efectivos dichos derechos, removiendo los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud.

En los últimos años se han producido en el derecho español avances legislativos en materia de lucha contra la violencia de género, tales como la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros; la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, o la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica, además de las leyes aprobadas por diversas Comunidades Autónomas, dentro de su ámbito competencial. Todas ellas han incidido en distintos ámbitos civiles, penales, sociales o educativos a través de sus respectivas normativas.

La Ley pretende atender a las recomendaciones de los organismos internacionales en el sentido de proporcionar una respuesta global a la violencia que se ejerce sobre las mujeres. Al respecto se puede citar la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer de 1979; la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia sobre la mujer, proclamada en diciembre de 1993 por la Asamblea General; las Resoluciones de la última Cumbre Internacional sobre la Mujer celebrada en Pekín en septiembre de 1995; la Resolución WHA49.25 de la Asamblea Mundial de la Salud declarando la violencia como problema prioritario de salud pública proclamada en 1996 por la OMS; el informe del Parlamento Europeo de julio de 1997; la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1997, y la Declaración de 1999 como Año Europeo de Lucha Contra la Violencia de Género, entre otros. Muy recientemente, la Decisión número 803/2004/CE, del Parlamento Europeo, por la que se aprueba un programa de acción comunitario (2004-2008) para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre la infancia, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo (programa Daphne II), ha fijado la posición y estrategia de los representantes de la ciudadanía de la Unión al respecto.

El ámbito de la Ley abarca tanto los aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales y de atención posterior a las víctimas, como la normativa civil que incide en el ámbito familiar o de convivencia, donde principalmente se producen las agresiones, así como el principio de subsidiariedad en las Administraciones Públicas. Igualmente, se aborda con decisión la respuesta punitiva que deben recibir todas las manifestaciones de violencia que esta Ley regula.

La violencia de género se enfoca por la Ley de un modo integral y multidisciplinar, empezando por el proceso de socialización y educación.

La conquista de la igualdad y el respeto a la dignidad humana y la libertad de las personas tienen que ser un objetivo prioritario en todos los niveles de socialización.

La Ley establece medidas de sensibilización e intervención en el ámbito educativo. Se refuerza, con referencia concreta al ámbito de la publicidad, una imagen que respete la igualdad y la dignidad de las mujeres. Se apoya a las víctimas a través del reconocimiento de derechos como el de la información, la asistencia jurídica gratuita y otros de protección social y apoyo económico. Proporciona por tanto una respuesta legal integral que abarca tanto las normas procesales, creando nuevas instancias, como normas sustantivas penales y civiles, incluyendo la debida formación de los operadores sanitarios, policiales y jurídicos responsables de la obtención de pruebas y de la aplicación de la ley.

Se establecen igualmente medidas de sensibilización e intervención en el ámbito sanitario para optimizar la detección precoz y la atención física y psicológica de las víctimas, en coordinación con otras medidas de apoyo.

Las situaciones de violencia sobre la mujer afectan también a los menores que se encuentran dentro de su entorno familiar, víctimas directas o indirectas de esta violencia. La Ley contempla también su protección no sólo para la tutela de los derechos de los menores, sino para garantizar de forma efectiva las medidas de protección adoptadas respecto de la mujer.

III

La Ley se estructura en un título preliminar, cinco títulos, veinte disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y siete disposiciones finales.

En el título preliminar se recogen las disposiciones generales de la Ley, que se refieren a su objeto y principios rectores.

En el título I se determinan las medidas de sensibilización, prevención y detección e intervención en diferentes ámbitos. En el educativo se especifican las obligaciones del sistema para la transmisión de valores de respeto a la dignidad de las mujeres y a la igualdad entre hombres y mujeres. El objetivo fundamental de la educación es el de proporcionar una formación integral que les permita conformar su propia identidad, así como construir una concepción de la realidad que integre a la vez el conocimiento y valoración ética de la misma.

En la Educación Secundaria se incorpora la educación sobre la igualdad entre hombres y mujeres y contra la violencia de género como contenido curricular, incorporando en todos los Consejos Escolares un nuevo miembro que impulse medidas educativas a favor de la igualdad y contra la violencia sobre la mujer.

En el campo de la publicidad, ésta habrá de respetar la dignidad de las mujeres y su derecho a una imagen no estereotipada, ni discriminatoria, tanto si se exhibe en los medios de comunicación públicos como en los privados. De otro lado, se modifica la acción de cesación o rectificación de la publicidad legitimando a las instituciones y asociaciones que trabajan a favor de la igualdad entre hombres y mujeres para su ejercicio.

En el ámbito sanitario se contemplan actuaciones de detección precoz y apoyo asistencial a las víctimas, así como la aplicación de protocolos sanitarios ante las agresiones derivadas de la violencia objeto de esta Ley, que se remitirán a los Tribunales correspondientes con objeto de agilizar el procedimiento judicial. Asimismo, se crea, en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, una Comisión encargada de apoyar técnicamente, coordinar y evaluar las medidas sanitarias establecidas en la Ley.

En el título II, relativo a los derechos de las mujeres víctimas de violencia, en su capítulo I, se garantiza el derecho de acceso a la información y a la asistencia social integrada, a través de servicios de atención permanente, urgente y con especialización de prestaciones y multidisciplinariedad profesional. Con el fin de coadyuvar a la puesta en marcha de estos servicios, se dotará un Fondo al que podrán acceder las Comunidades Autónomas, de acuerdo con los criterios objetivos que se determinen en la respectiva Conferencia Sectorial.

Asimismo, se reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita, con el fin de garantizar a aquellas víctimas con recursos insuficientes para litigar una asistencia letrada en todos los procesos y procedimientos, relacionados con la violencia de género, en que sean parte, asumiendo una misma dirección letrada su asistencia en todos los procesos. Se extiende la medida a los perjudicados en caso de fallecimiento de la víctima.

Se establecen, asimismo, medidas de protección en el ámbito social, modificando el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, para justificar las ausencias del puesto de trabajo de las víctimas de la violencia de género, posibilitar su movilidad geográfica, la suspensión con reserva del puesto de trabajo y la extinción del contrato.

En idéntico sentido se prevén medidas de apoyo a las funcionarias públicas que sufran formas de violencia de las que combate esta Ley, modificando los preceptos correspondientes de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

Se regulan, igualmente, medidas de apoyo económico, modificando el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, para que las víctimas de la violencia de género generen derecho a la situación legal de desempleo cuando resuelvan o suspendan voluntariamente su contrato de trabajo.

Para garantizar a las víctimas de violencia de género que carezcan de recursos económicos unas ayudas sociales en aquellos supuestos en que se estime que la víctima debido a su edad, falta de preparación general especializada y circunstancias sociales no va a mejorar de forma sustancial su empleabilidad, se prevé su incorporación al programa de acción específico creado al efecto para su inserción profesional. Estas ayudas, que se modularán en relación a la edad y responsabilidades familiares de la víctima, tienen como objetivo fundamental facilitarle unos recursos mínimos de subsistencia que le permitan independizarse del agresor; dichas ayudas serán compatibles con las previstas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y Contra la Libertad Sexual.

En el título III, concerniente a la Tutela Institucional, se procede a la creación de dos órganos administrativos. En primer lugar, la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer, en el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, a la que corresponderá, entre otras funciones, proponer la política del Gobierno en relación con la violencia sobre la mujer y coordinar e impulsar todas las actuaciones que se realicen en dicha materia, que necesariamente habrán de comprender todas aquellas actuaciones que hagan efectiva la garantía de los derechos de las mujeres. También se crea el Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, como un órgano colegiado en el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, y que tendrá como principales funciones servir como centro de análisis de la situación y evolución de la violencia sobre la mujer, así como asesorar y colaborar con el Delegado en la elaboración de propuestas y medidas para erradicar este tipo de violencia.

En su título IV la Ley introduce normas de naturaleza penal, mediante las que se pretende incluir, dentro de los tipos agravados de lesiones, uno específico que incre-

mente la sanción penal cuando la lesión se produzca contra quien sea o haya sido la esposa del autor, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. También se castigarán como delito las coacciones leves y las amenazas leves de cualquier clase cometidas contra las mujeres mencionadas con anterioridad.

Para la ciudadanía, para los colectivos de mujeres y específicamente para aquellas que sufren este tipo de agresiones, la Ley quiere dar una respuesta firme y contundente y mostrar firmeza plasmándolas en tipos penales específicos.

En el título V se establece la llamada Tutela Judicial para garantizar un tratamiento adecuado y eficaz de la situación jurídica, familiar y social de las víctimas de violencia de género en las relaciones intrafamiliares.

Desde el punto de vista judicial, nos encontramos ante un fenómeno complejo, en el que es necesario intervenir desde distintas perspectivas jurídicas, que tienen que abarcar desde las normas procesales y sustantivas hasta las disposiciones relativas a la atención a las víctimas, intervención que sólo es posible a través de una legislación específica.

Una Ley para la prevención y erradicación de la violencia sobre la mujer ha de ser una Ley que recoja medidas procesales que permitan procedimientos ágiles y sumarios, como el establecido en la Ley 27/2003, de 31 de julio, pero, además, que compagine, en los ámbitos civil y penal, medidas de protección a las mujeres y a sus hijos e hijas, y medidas cautelares para ser ejecutadas con carácter de urgencia.

La normativa actual, civil, penal, publicitaria, social y administrativa presenta muchas deficiencias, debidas fundamentalmente a que hasta el momento no se ha dado a esta cuestión una respuesta global y multidisciplinar. Desde el punto de vista penal, la respuesta nunca puede ser un nuevo agravio para la mujer.

En cuanto a las medidas jurídicas asumidas para garantizar un tratamiento adecuado y eficaz de la situación jurídica, familiar y social de las víctimas de violencia sobre la mujer en las relaciones intrafamiliares, se han adoptado las siguientes: conforme a la tradición jurídica española, se ha optado por una fórmula de especialización dentro del orden penal, de los Jueces de Instrucción, creando los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y excluyendo la posibilidad de creación de un orden jurisdiccional nuevo o la asunción de competencias penales por parte de los Jueces Civiles. Estos Juzgados conocerán de la instrucción y, en su caso, del fallo de las causas penales en materia de violencia sobre la mujer, así como de aquellas causas civiles relacionadas, de forma que unas y otras en la primera instancia sean objeto de tratamiento procesal ante la misma sede. Con ello se asegura la mediación garantista del debido proceso penal en la intervención de los derechos fundamentales del presunto agresor, sin que con ello se reduzcan lo más mínimo las posibilidades legales que esta Ley dispone para la mayor, más inmediata y eficaz protección de la víctima, así como los recursos para evitar reiteraciones en la agresión o la escalada en la violencia.

Respecto de la regulación expresa de las medidas de protección que podrá adoptar el Juez de violencia de género, se ha optado por su inclusión expresa, ya que no están recogidas como medidas cautelares en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que sólo regula la prohibición de residencia y la de acudir a determinado lugar para los delitos recogidos en el artículo 57 del Código Penal (art. 544 bis LECrim, introducido por la Ley Orgánica 14/1999). Además se opta por la delimitación temporal de estas medidas (cuando son medidas cautelares) hasta la finalización del proceso. Sin embargo, se añade la posibilidad de que cualquiera de estas medidas de protección pueda ser utilizada como medida de seguridad, desde el principio o durante la ejecución de la sentencia, incrementando con ello la lista del artículo 105 del Código Penal

(introducido por la Ley Orgánica 11/1999), y posibilitando al Juez la garantía de protección de las víctimas más allá de la finalización del proceso.

Se contemplan normas que afectan a las funciones del Ministerio Fiscal, mediante la creación del Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer, encargado de la supervisión y coordinación del Ministerio Fiscal en este aspecto, así como mediante la creación de una Sección equivalente en cada Fiscalía de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales, a las que se adscribirán Fiscales con especialización en la materia. Los Fiscales intervendrán en los procedimientos penales por los hechos constitutivos de delitos o faltas cuya competencia esté atribuida a los Juzgados de Violencia de Género, además de intervenir en los procesos civiles de nulidad, separación o divorcio, o que versen sobre guarda y custodia de los hijos menores en los que se aleguen malos tratos al cónyuge o a los hijos.

En sus disposiciones adicionales la Ley lleva a cabo una profunda reforma del ordenamiento jurídico para adaptar las normas vigentes al marco introducido por el presente texto. Con objeto de armonizar las normas anteriores y ofrecer un contexto coordinado entre los textos legales, parte de la reforma integral se ha llevado a cabo mediante la modificación de normas existentes. En este sentido, las disposiciones adicionales desarrollan las medidas previstas en el articulado, pero integrándolas directamente en la legislación educativa, publicitaria, laboral, de Seguridad Social y de Función Pública; asimismo, dichas disposiciones afectan, en especial, al reconocimiento de pensiones y a la dotación del Fondo previsto en esta Ley para favorecer la asistencia social integral a las víctimas de violencia de género.

En materia de régimen transitorio, se extiende la aplicación de la presente Ley a los procedimientos en tramitación en el momento de su entrada en vigor, aunque respetando la competencia judicial de los órganos respectivos.

Por último, la presente Ley incluye en sus disposiciones finales las habilitaciones necesarias para el desarrollo normativo de sus preceptos.

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo 1. *Objeto de la Ley.*

1. La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.

2. Por esta Ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a sus víctimas.

3. La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.

Artículo 2. *Principios rectores.*

A través de esta Ley se articula un conjunto integral de medidas encaminadas a alcanzar los siguientes fines:

a) Fortalecer las medidas de sensibilización ciudadana de prevención, dotando a los poderes públicos de instrumentos eficaces en el ámbito educativo, servicios sociales, sanitario, publicitario y mediático.

b) Consagrar derechos de las mujeres víctimas de violencia de género, exigibles ante las Administraciones Públicas, y así asegurar un acceso rápido, transparente y eficaz a los servicios establecidos al efecto.

c) Reforzar hasta la consecución de los mínimos exigidos por los objetivos de la ley los servicios sociales de información, de atención, de emergencia, de apoyo y de recuperación integral, así como establecer un sistema para la más eficaz coordinación de los servicios ya existentes a nivel municipal y autonómico.

d) Garantizar derechos en el ámbito laboral y funcional que concilien los requerimientos de la relación laboral y de empleo público con las circunstancias de aquellas trabajadoras o funcionarias que sufran violencia de género.

e) Garantizar derechos económicos para las mujeres víctimas de violencia de género, con el fin de facilitar su integración social.

f) Establecer un sistema integral de tutela institucional en el que la Administración General del Estado, a través de la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer, en colaboración con el Observatorio Estatal de la Violencia sobre la Mujer, impulse la creación de políticas públicas dirigidas a ofrecer tutela a las víctimas de la violencia contemplada en la presente Ley.

g) Fortalecer el marco penal y procesal vigente para asegurar una protección integral, desde las instancias jurisdiccionales, a las víctimas de violencia de género.

h) Coordinar los recursos e instrumentos de todo tipo de los distintos poderes públicos para asegurar la prevención de los hechos de violencia de género y, en su caso, la sanción adecuada a los culpables de los mismos.

i) Promover la colaboración y participación de las entidades, asociaciones y organizaciones que desde la sociedad civil actúan contra la violencia de género.

j) Fomentar la especialización de los colectivos profesionales que intervienen en el proceso de información, atención y protección a las víctimas.

k) Garantizar el principio de transversalidad de las medidas, de manera que en su aplicación se tengan en cuenta las necesidades y demandas específicas de todas las mujeres víctimas de violencia de género.

TÍTULO PRIMERO

Medidas de sensibilización, prevención y detección

Artículo 3. *Planes de sensibilización.*

1. Desde la responsabilidad del Gobierno del Estado y de manera inmediata a la entrada en vigor de esta Ley, con la consiguiente dotación presupuestaria, se pondrá en marcha un Plan Nacional de Sensibilización y Prevención de la Violencia de Género que como mínimo recoja los siguientes elementos:

Que introduzca en el escenario social las nuevas escalas de valores basadas en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y de la igualdad entre hombres y mujeres, así como en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia, todo ello desde la perspectiva de las relaciones de género.

Dirigido tanto a hombres como a mujeres, desde un trabajo comunitario e intercultural.

Que contemple un amplio programa de formación complementaria y de reciclaje de los profesionales que intervienen en estas situaciones.

Controlado por una Comisión de amplia participación, que se creará en un plazo máximo de un mes, en la que se ha de asegurar la presencia de los afectados, las ins-

tuciones, los profesionales y de personas de reconocido prestigio social relacionado con el tratamiento de estos temas.

2. Los poderes públicos, en el marco de sus competencias, impulsarán además campañas de información y sensibilización específicas con el fin de prevenir la violencia de género.

3. Las campañas de información y sensibilización contra esta forma de violencia se realizarán de manera que se garantice el acceso a las mismas de las personas con discapacidad.

CAPÍTULO PRIMERO

EN EL ÁMBITO EDUCATIVO

Artículo 4. *Principios y valores del sistema educativo.*

1. El sistema educativo español incluirá entre sus fines la formación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y de la igualdad entre hombres y mujeres, así como en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia.

Igualmente, el sistema educativo español incluirá, dentro de sus principios de calidad, la eliminación de los obstáculos que dificultan la plena igualdad entre hombres y mujeres y la formación para la prevención de conflictos y para la resolución pacífica de los mismos.

2. La Educación Infantil contribuirá a desarrollar en la infancia el aprendizaje en la resolución pacífica de conflictos.

3. La Educación Primaria contribuirá a desarrollar en el alumnado su capacidad para adquirir habilidades en la resolución pacífica de conflictos y para comprender y respetar la igualdad entre sexos.

4. La Educación Secundaria Obligatoria contribuirá a desarrollar en el alumnado la capacidad para relacionarse con los demás de forma pacífica y para conocer, valorar y respetar la igualdad de oportunidades de hombres y mujeres.

5. El Bachillerato y la Formación Profesional contribuirán a desarrollar en el alumnado la capacidad para consolidar su madurez personal, social y moral, que les permita actuar de forma responsable y autónoma y para analizar y valorar críticamente las desigualdades de sexo y fomentar la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres.

6. La Enseñanza para las personas adultas incluirá entre sus objetivos desarrollar actividades en la resolución pacífica de conflictos y fomentar el respeto a la dignidad de las personas y a la igualdad entre hombres y mujeres.

7. Las Universidades incluirán y fomentarán en todos los ámbitos académicos la formación, docencia e investigación en igualdad de género y no discriminación de forma transversal.

Artículo 5. *Escolarización inmediata en caso de violencia de género.*

Las Administraciones competentes deberán prever la escolarización inmediata de los hijos que se vean afectados por un cambio de residencia derivado de actos de violencia de género.

Artículo 6. *Fomento de la igualdad.*

Con el fin de garantizar la efectiva igualdad entre hombres y mujeres, las Administraciones educativas velarán para que en todos los materiales educativos se eliminen los estereotipos sexistas o discriminatorios y para que fomenten el igual valor de hombres y mujeres.

Artículo 7. *Formación inicial y permanente del profesorado.*

Las Administraciones educativas adoptarán las medidas necesarias para que en los planes de formación inicial y permanente del profesorado se incluya una formación específica en materia de igualdad, con el fin de asegurar que adquieren los conocimientos y las técnicas necesarios que les habiliten para:

- a) La educación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y de la igualdad entre hombres y mujeres y en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia.
- b) La educación en la prevención de conflictos y en la resolución pacífica de los mismos, en todos los ámbitos de la vida personal, familiar y social.
- c) La detección precoz de la violencia en el ámbito familiar, especialmente sobre la mujer y los hijos e hijas.
- d) El fomento de actitudes encaminadas al ejercicio de iguales derechos y obligaciones por parte de mujeres y hombres, tanto en el ámbito público como privado, y la corresponsabilidad entre los mismos en el ámbito doméstico.

Artículo 8. *Participación en los Consejos Escolares.*

Se adoptarán las medidas precisas para asegurar que los Consejos Escolares impulsen la adopción de medidas educativas que fomenten la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres. Con el mismo fin, en el Consejo Escolar del Estado se asegurará la representación del Instituto de la Mujer y de las organizaciones que defienden los intereses de las mujeres, con implantación en todo el territorio nacional.

Artículo 9. *Actuación de la inspección educativa.*

Los servicios de inspección educativa velarán por el cumplimiento y aplicación de los principios y valores recogidos en este capítulo en el sistema educativo destinados a fomentar la igualdad real entre mujeres y hombres.

CAPÍTULO II

EN EL ÁMBITO DE LA PUBLICIDAD Y DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Artículo 10. *Publicidad ilícita.*

De acuerdo con lo establecido en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, se considerará ilícita la publicidad que utilice la imagen de la mujer con carácter vejatorio o discriminatorio.

Artículo 11.

El Ente público al que corresponda velar para que los medios audiovisuales cumplan sus obligaciones adoptará las medidas que procedan para asegurar un tratamiento de la mujer conforme con los principios y valores constitucionales, sin perjuicio de las posibles actuaciones por parte de otras entidades.

Artículo 12. *Titulares de la acción de cesación y rectificación.*

La Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer, el Instituto de la Mujer u órgano equivalente de cada Comunidad Autónoma, el Ministerio Fiscal y las Asociaciones que tengan como objetivo único la defensa de los intereses de la mujer estarán legitimados para ejercitar ante los Tribunales la acción de cesación de publicidad ilícita por utilizar en forma vejatoria la imagen de la mujer, en los términos de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

Artículo 13. *Medios de comunicación.*

1. Las Administraciones Públicas velarán por el cumplimiento estricto de la legislación en lo relativo a la protección y salvaguarda de los derechos fundamentales, con especial atención a la erradicación de conductas favorecedoras de situaciones de desigualdad de las mujeres en todos los medios de comunicación social, de acuerdo con la legislación vigente.

2. La Administración pública promoverá acuerdos de autorregulación que, contando con mecanismos de control preventivo y de resolución extrajudicial de controversias eficaces, contribuyan al cumplimiento de la legislación publicitaria.

Artículo 14.

Los medios de comunicación fomentarán la protección y salvaguarda de la igualdad entre hombre y mujer, evitando toda discriminación entre ellos.

La difusión de informaciones relativas a la violencia sobre la mujer garantizará, con la correspondiente objetividad informativa, la defensa de los derechos humanos, la libertad y dignidad de las mujeres víctimas de violencia y de sus hijos. En particular, se tendrá especial cuidado en el tratamiento gráfico de las informaciones.

CAPÍTULO III

EN EL ÁMBITO SANITARIO

Artículo 15. *Sensibilización y formación.*

1. Las Administraciones sanitarias, en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, promoverán e impulsarán actuaciones de los profesionales sanitarios para la detección precoz de la violencia de género y propondrán las medidas que estimen necesarias a fin de optimizar la contribución del sector sanitario en la lucha contra este tipo de violencia.

2. En particular, se desarrollarán programas de sensibilización y formación continuada del personal sanitario con el fin de mejorar e impulsar el diagnóstico precoz, la asistencia y la rehabilitación de la mujer en las situaciones de violencia de género a que se refiere esta Ley.

3. Las Administraciones educativas competentes asegurarán que en los ámbitos curriculares de las licenciaturas y diplomaturas, y en los programas de especialización de las profesiones sociosanitarias, se incorporen contenidos dirigidos a la capacitación para la prevención, la detección precoz, intervención y apoyo a las víctimas de esta forma de violencia.

4. En los Planes Nacionales de Salud que procedan se contemplará un apartado de prevención e intervención integral en violencia de género.

Artículo 16. *Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.*

En el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud se constituirá, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la presente Ley, una Comisión contra la violencia de género que apoye técnicamente y oriente la planificación de las medidas sanitarias contempladas en este capítulo, evalúe y proponga las necesarias para la aplicación del protocolo sanitario y cualesquiera otras medidas que se estimen precisas para que el sector sanitario contribuya a la erradicación de esta forma de violencia.

La Comisión contra la Violencia de Género del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud estará compuesta por representantes de todas las Comunidades Autónomas con competencia en la materia.

La Comisión emitirá un informe anual que será remitido al Observatorio Estatal de la Violencia sobre la Mujer y al Pleno del Consejo Interterritorial.

TÍTULO II

Derechos de las mujeres víctimas de violencia de género

CAPÍTULO PRIMERO

DERECHO A LA INFORMACIÓN, A LA ASISTENCIA SOCIAL INTEGRAL Y A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

Artículo 17. *Garantía de los derechos de las víctimas.*

1. Todas las mujeres víctimas de violencia de género, con independencia de su origen, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, tienen garantizados los derechos reconocidos en esta Ley.

2. La información, la asistencia social integral y la asistencia jurídica a las víctimas de la violencia de género, en los términos regulados en este capítulo, contribuyen a hacer reales y efectivos sus derechos constitucionales a la integridad física y moral, a la libertad y seguridad y a la igualdad y no discriminación por razón de sexo.

Artículo 18. *Derecho a la información.*

1. Las mujeres víctimas de violencia de género tienen derecho a recibir plena información y asesoramiento adecuado a su situación personal, a través de los servicios, organismos u oficinas que puedan disponer las Administraciones Públicas.

Dicha información comprenderá las medidas contempladas en esta Ley relativas a su protección y seguridad, y los derechos y ayudas previstos en la misma, así como

la referente al lugar de prestación de los servicios de atención, emergencia, apoyo y recuperación integral.

2. Se garantizará, a través de los medios necesarios, que las mujeres con discapacidad víctimas de violencia de género tengan acceso integral a la información sobre sus derechos y sobre los recursos existentes. Esta información deberá ofrecerse en formato accesible y comprensible a las personas con discapacidad, tales como lengua de signos u otras modalidades u opciones de comunicación, incluidos los sistemas alternativos y aumentativos.

3. Asimismo, se articularán los medios necesarios para que las mujeres víctimas de violencia de género, que por sus circunstancias personales y sociales puedan tener una mayor dificultad para el acceso integral a la información, tengan garantizado el ejercicio efectivo de este derecho.

Artículo 19. *Derecho a la asistencia social integral.*

1. Las mujeres víctimas de violencia de género tienen derecho a servicios sociales de atención, de emergencia, de apoyo y acogida y de recuperación integral. La organización de estos servicios por parte de las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales, responderá a los principios de atención permanente, actuación urgente, especialización de prestaciones y multidisciplinariedad profesional.

2. La atención multidisciplinar implicará especialmente:

- a) Información a las víctimas.
- b) Atención psicológica.
- c) Apoyo social.
- d) Seguimiento de las reclamaciones de los derechos de la mujer.
- e) Apoyo educativo a la unidad familiar.
- f) Formación preventiva en los valores de igualdad dirigida a su desarrollo personal y a la adquisición de habilidades en la resolución no violenta de conflictos.
- g) Apoyo a la formación e inserción laboral.

3. Los servicios adoptarán fórmulas organizativas que, por la especialización de su personal, por sus características de convergencia e integración de acciones, garanticen la efectividad de los indicados principios.

4. Estos servicios actuarán coordinadamente y en colaboración con los Cuerpos de Seguridad, los Jueces de Violencia sobre la Mujer, los servicios sanitarios y las instituciones encargadas de prestar asistencia jurídica a las víctimas, del ámbito geográfico correspondiente. Estos servicios podrán solicitar al Juez las medidas urgentes que consideren necesarias.

5. También tendrán derecho a la asistencia social integral a través de estos servicios sociales los menores que se encuentren bajo la patria potestad o guarda y custodia de la persona agredida. A estos efectos, los servicios sociales deberán contar con personal específicamente formado para atender a los menores, con el fin de prevenir y evitar de forma eficaz las situaciones que puedan comportar daños psíquicos y físicos a los menores que viven en entornos familiares donde existe violencia de género.

6. En los instrumentos y procedimientos de cooperación entre la Administración General del Estado y la Administración de las Comunidades Autónomas en las materias reguladas en este artículo, se incluirán compromisos de aportación, por parte de la Administración General del Estado, de recursos financieros referidos específicamente a la prestación de los servicios.

7. Los organismos de igualdad orientarán y valorarán los programas y acciones que se lleven a cabo y emitirán recomendaciones para su mejora.

Artículo 20. *Asistencia jurídica.*

1. Las mujeres víctimas de violencia de género que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, en los términos establecidos en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, tienen derecho a la defensa y representación gratuitas por Abogado y Procurador en todos los procesos y procedimientos administrativos que tengan causa directa o indirecta en la violencia padecida. En estos supuestos una misma dirección letrada asumirá la defensa de la víctima. Este derecho asistirá también a los causahabientes en caso de fallecimiento de la víctima. En todo caso, se garantizará la defensa jurídica, gratuita y especializada, de forma inmediata a todas las víctimas de violencia de género que lo soliciten, sin perjuicio de que si no se les reconoce con posterioridad el derecho a la asistencia jurídica gratuita, éstas deberán abonar al abogado los honorarios devengados por su intervención.

2. En todo caso, cuando se trate de garantizar la defensa y asistencia jurídica a las víctimas de violencia de género, se procederá de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

3. Los Colegios de Abogados, cuando exijan para el ejercicio del turno de oficio cursos de especialización, asegurarán una formación específica que coadyuve al ejercicio profesional de una defensa eficaz en materia de violencia de género.

4. Igualmente, los Colegios de Abogados adoptarán las medidas necesarias para la designación urgente de letrado de oficio en los procedimientos que se sigan por violencia de género.

CAPÍTULO II

DERECHOS LABORALES Y PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Artículo 21. *Derechos laborales y de Seguridad Social.*

1. La trabajadora víctima de violencia de género tendrá derecho, en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores, a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica, al cambio de centro de trabajo, a la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo y a la extinción del contrato de trabajo.

2. En los términos previstos en la Ley General de la Seguridad Social, la suspensión y la extinción del contrato de trabajo previstas en el apartado anterior darán lugar a situación legal de desempleo. El tiempo de suspensión se considerará como período de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de Seguridad Social y de desempleo.

3. Las empresas que formalicen contratos de interinidad para sustituir a trabajadoras víctimas de violencia de género que hayan suspendido su contrato de trabajo o ejercitado su derecho a la movilidad geográfica o al cambio de centro de trabajo, tendrán derecho a una bonificación del 100 por 100 de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, durante todo el período de suspensión de la trabajadora sustituida o durante seis meses en los supuestos de movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo. Cuando se produzca la reincorporación, ésta se realizará en las mismas condiciones existentes en el momento de la suspensión del contrato de trabajo.

4. Las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género se considerarán justificadas, cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o servicios de salud, según

proceda, sin perjuicio de que dichas ausencias sean comunicadas por la trabajadora a la empresa a la mayor brevedad.

5. A las trabajadoras por cuenta propia víctimas de violencia de género que cesen en su actividad para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, se les suspenderá la obligación de cotización durante un período de seis meses, que les serán considerados como de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de Seguridad Social. Asimismo, su situación será considerada como asimilada al alta.

A los efectos de lo previsto en el párrafo anterior, se tomará una base de cotización equivalente al promedio de las bases cotizadas durante los seis meses previos a la suspensión de la obligación de cotizar.

Artículo 22. *Programa específico de empleo.*

En el marco del Plan de Empleo del Reino de España, se incluirá un programa de acción específico para las víctimas de violencia de género inscritas como demandantes de empleo.

Este programa incluirá medidas para favorecer el inicio de una nueva actividad por cuenta propia.

Artículo 23. *Acreditación de las situaciones de violencia de género ejercida sobre las trabajadoras.*

Las situaciones de violencia que dan lugar al reconocimiento de los derechos regulados en este capítulo se acreditarán con la orden de protección a favor de la víctima. Excepcionalmente, será título de acreditación de esta situación el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género hasta tanto se dicte la orden de protección.

CAPÍTULO III

DERECHOS DE LAS FUNCIONARIAS PÚBLICAS

Artículo 24. *Ámbito de los derechos.*

La funcionaria víctima de violencia de género tendrá derecho a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica de centro de trabajo y a la excedencia en los términos que se determinen en su legislación específica.

Artículo 25. *Justificación de las faltas de asistencia.*

Las ausencias totales o parciales al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género sufrida por una mujer funcionaria se considerarán justificadas en los términos que se determine en su legislación específica.

Artículo 26. *Acreditación de las situaciones de violencia de género ejercida sobre las funcionarias.*

La acreditación de las circunstancias que dan lugar al reconocimiento de los derechos de movilidad geográfica de centro de trabajo, excedencia y reducción o reordenación del tiempo de trabajo, se realizará en los términos establecidos en el artículo 23.

CAPÍTULO IV

DERECHOS ECONÓMICOS

Artículo 27. *Ayudas sociales.*

1. Cuando las víctimas de violencia de género careciesen de rentas superiores, en cómputo mensual, al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias, recibirán una ayuda de pago único, siempre que se presuma que debido a su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales, la víctima tendrá especiales dificultades para obtener un empleo y por dicha circunstancia no participará en los programas de empleo establecidos para su inserción profesional.

2. El importe de esta ayuda será equivalente al de seis meses de subsidio por desempleo. Cuando la víctima de la violencia ejercida contra la mujer tuviera reconocida oficialmente una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100, el importe sería equivalente a doce meses de subsidio por desempleo.

3. Estas ayudas, financiadas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, serán concedidas por las Administraciones competentes en materia de servicios sociales. En la tramitación del procedimiento de concesión deberá incorporarse informe del Servicio Público de Empleo referido a la previsibilidad de que por las circunstancias a las que se refiere el apartado 1 de este artículo, la aplicación del programa de empleo no incida de forma sustancial en la mejora de la empleabilidad de la víctima.

La concurrencia de las circunstancias de violencia se acreditará de conformidad con lo establecido en el artículo 23 de esta Ley.

4. En el caso de que la víctima tenga responsabilidades familiares, su importe podrá alcanzar el de un período equivalente al de dieciocho meses de subsidio, o de veinticuatro meses si la víctima o alguno de los familiares que conviven con ella tiene reconocida oficialmente una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100, en los términos que establezcan las disposiciones de desarrollo de la presente Ley.

5. Estas ayudas serán compatibles con cualquiera de las previstas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual.

Artículo 28. *Acceso a la vivienda y residencias públicas para mayores.*

Las mujeres víctimas de violencia de género serán consideradas colectivos prioritarios en el acceso a viviendas protegidas y residencias públicas para mayores, en los términos que determine la legislación aplicable.

TÍTULO III

Tutela institucional

Artículo 29. *La Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer.*

1. La Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer, adscrita al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, formulará las políticas públicas en relación con la violencia de género a desarrollar por el Gobierno y coordinará e impulsará cuantas acciones se realicen en dicha materia, trabajando en colaboración y coordinación con las Administraciones con competencia en la materia.

2. El titular de la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer estará legitimado ante los órganos jurisdiccionales para intervenir en defensa de los derechos y de los intereses tutelados en esta Ley en colaboración y coordinación con las Administraciones con competencias en la materia.

3. Reglamentariamente se determinará el rango y las funciones concretas del titular de la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer.

Artículo 30. *Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer.*

1. Se constituirá el Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, como órgano colegiado adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, al que corresponderá el asesoramiento, evaluación, colaboración institucional, elaboración de informes y estudios, y propuestas de actuación en materia de violencia de género. Estos informes, estudios y propuestas considerarán de forma especial la situación de las mujeres con mayor riesgo de sufrir violencia de género o con mayores dificultades para acceder a los servicios. En cualquier caso, los datos contenidos en dichos informes, estudios y propuestas se consignarán desagregados por sexo.

2. El Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer remitirá al Gobierno y a las Comunidades Autónomas, con periodicidad anual, un informe sobre la evolución de la violencia ejercida sobre la mujer en los términos a que se refiere el artículo 1 de la presente Ley, con determinación de los tipos penales que se hayan aplicado, y de la efectividad de las medidas acordadas para la protección de las víctimas. El informe destacará, asimismo, las necesidades de reforma legal con objeto de garantizar que la aplicación de las medidas de protección adoptadas puedan asegurar el máximo nivel de tutela para las mujeres.

3. Reglamentariamente se determinarán sus funciones, su régimen de funcionamiento y su composición, en la que se garantizará, en todo caso, la participación de las Comunidades Autónomas, las entidades locales, los agentes sociales, las asociaciones de consumidores y usuarios, y las organizaciones de mujeres con implantación en todo el territorio del Estado, así como de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas.

Artículo 31. *Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.*

1. El Gobierno establecerá, en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, unidades especializadas en la prevención de la violencia de género y en el control de la ejecución de las medidas judiciales adoptadas.

2. El Gobierno, con el fin de hacer más efectiva la protección de las víctimas, promoverá las actuaciones necesarias para que las Policías Locales, en el marco de su colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, cooperen en asegurar el cumplimiento de las medidas acordadas por los órganos judiciales cuando éstas sean algunas de las previstas en la presente Ley o en el artículo 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o en el artículo 57 del Código Penal.

3. La actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad habrá de tener en cuenta el Protocolo de Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de Coordinación con los órganos judiciales para la protección de la violencia doméstica y de género.

4. Lo dispuesto en el presente artículo será de aplicación en las Comunidades Autónomas que cuenten con cuerpos de policía que desarrollen las funciones de protección de las personas y bienes y el mantenimiento del orden y la seguridad ciudadana dentro del territorio autónomo, en los términos previstos en sus Estatutos, en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y en sus

leyes de policía, y todo ello con la finalidad de hacer más efectiva la protección de las víctimas.

Artículo 32. *Planes de colaboración.*

1. Los poderes públicos elaborarán planes de colaboración que garanticen la ordenación de sus actuaciones en la prevención, asistencia y persecución de los actos de violencia de género, que deberán implicar a las Administraciones sanitarias, la Administración de Justicia, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y los servicios sociales y organismos de igualdad.

2. En desarrollo de dichos planes, se articularán protocolos de actuación que determinen los procedimientos que aseguren una actuación global e integral de las distintas Administraciones y servicios implicados, y que garanticen la actividad probatoria en los procesos que se sigan.

3. Las Administraciones con competencias sanitarias promoverán la aplicación, permanente actualización y difusión de protocolos que contengan pautas uniformes de actuación sanitaria, tanto en el ámbito público como privado, y, en especial, del Protocolo aprobado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

Tales protocolos impulsarán las actividades de prevención, detección precoz e intervención continuada con la mujer sometida a violencia de género o en riesgo de padecerla.

Los protocolos, además de referirse a los procedimientos a seguir, harán referencia expresa a las relaciones con la Administración de Justicia en aquellos casos en que exista constatación o sospecha fundada de daños físicos o psíquicos ocasionados por estas agresiones o abusos.

4. En las actuaciones previstas en este artículo se considerará de forma especial la situación de las mujeres que, por sus circunstancias personales y sociales puedan tener mayor riesgo de sufrir la violencia de género o mayores dificultades para acceder a los servicios previstos en esta Ley, tales como las pertenecientes a minorías, las inmigrantes, las que se encuentran en situación de exclusión social o las mujeres con discapacidad.

TÍTULO IV

Tutela Penal

Artículo 33. *Suspensión de penas.*

El párrafo segundo del apartado 1, 6.ª, del artículo 83 del Código Penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, queda redactado de la forma siguiente:

«Si se tratase de delitos relacionados con la violencia de género, el Juez o Tribunal condicionará, en todo caso, la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1.ª, 2.ª y 5.ª de este apartado.»

Artículo 34. *Comisión de delitos durante el período de suspensión de la pena.*

El apartado 3 del artículo 84 del Código Penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, queda redactado de la forma siguiente:

«3. En el supuesto de que la pena suspendida fuera de prisión por la comisión de delitos relacionados con la violencia de género, el incumplimiento por parte del

reo de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1.^a, 2.^a y 5.^a del apartado 1 del artículo 83 determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena.»

Artículo 35. *Sustitución de penas.*

El párrafo tercero del apartado 1 del artículo 88 del Código Penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, queda redactado de la forma siguiente:

«En el caso de que el reo hubiera sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad. En estos supuestos, el Juez o Tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1.^a y 2.^a del apartado 1 del artículo 83 de este Código.»

Artículo 36. *Protección contra las lesiones.*

Se modifica el artículo 148 del Código Penal, que queda redactado de la siguiente forma:

«Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido:

- 1.º Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado.
- 2.º Si hubiere mediado ensañamiento o alevosía.
- 3.º Si la víctima fuere menor de doce años o incapaz.
- 4.º Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.
- 5.º Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.»

Artículo 37. *Protección contra los malos tratos.*

El artículo 153 del Código Penal queda redactado como sigue:

«1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de

un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.

3. Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

4. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.»

Artículo 38. *Protección contra las amenazas.*

Se añaden tres apartados, numerados como 4, 5 y 6, al artículo 171 del Código Penal, que tendrán la siguiente redacción:

«4. El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Igual pena se impondrá al que de modo leve amenace a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

5. El que de modo leve amenace con armas u otros instrumentos peligrosos a alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las contempladas en el apartado anterior de este artículo, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.

Se impondrán las penas previstas en los apartados 4 y 5, en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

6. No obstante lo previsto en los apartados 4 y 5, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.»

Artículo 39. *Protección contra las coacciones.*

El contenido actual del artículo 172 del Código Penal queda numerado como apartado 1 y se añade un apartado 2 a dicho artículo, con la siguiente redacción:

«2. El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos

en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Igual pena se impondrá al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

Se impondrá la pena en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

No obstante lo previsto en los párrafos anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.»

Artículo 40. *Quebrantamiento de condena.*

Se modifica el artículo 468 del Código Penal, que queda redactado de la siguiente forma:

«1. Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año, si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses, en los demás casos.

2. Se impondrá, en todo caso, la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2.»

Artículo 41. *Protección contra las vejaciones leves.*

El artículo 620 del Código Penal queda redactado como sigue:

«Serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días:

1.º Los que de modo leve amenacen a otro con armas u otros instrumentos peligrosos, o los saquen en riña, como no sea en justa defensa, salvo que el hecho sea constitutivo de delito.

2.º Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito.

Los hechos descritos en los dos números anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

En los supuestos del número 2.º de este artículo, cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, la pena será la de localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias.»

Artículo 42. *Administración penitenciaria.*

1. La Administración penitenciaria realizará programas específicos para internos condenados por delitos relacionados con la violencia de género.

2. Las Juntas de Tratamiento valorarán, en las progresiones de grado, concesión de permisos y concesión de la libertad condicional, el seguimiento y aprovechamiento de dichos programas específicos por parte de los internos a que se refiere el apartado anterior.

TÍTULO V

Tutela judicial

CAPÍTULO PRIMERO

DE LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

Artículo 43. *Organización territorial.*

Se adiciona un artículo 87 bis en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, con la siguiente redacción:

«1. En cada partido habrá uno o más Juzgados de Violencia sobre la Mujer, con sede en la capital de aquél y jurisdicción en todo su ámbito territorial. Tomarán su designación del municipio de su sede.

2. No obstante lo anterior, podrán establecerse, excepcionalmente, Juzgados de Violencia sobre la Mujer que extiendan su jurisdicción a dos o más partidos dentro de la misma provincia.

3. El Consejo General del Poder Judicial podrá acordar, previo informe de las Salas de Gobierno, que, en aquellas circunscripciones donde sea conveniente en función de la carga de trabajo existente, el conocimiento de los asuntos referidos en el artículo 87 ter de la presente Ley Orgánica corresponda a uno de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, o de Instrucción en su caso, determinándose en esta situación que uno solo de estos órganos conozca de todos estos asuntos dentro del partido judicial, ya sea de forma exclusiva o conociendo también de otras materias.

4. En los partidos judiciales en que exista un solo Juzgado de Primera Instancia e Instrucción será éste el que asuma el conocimiento de los asuntos a que se refiere el artículo 87 ter de esta Ley.»

Artículo 44. *Competencia.*

Se adiciona un artículo 87 ter en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, con la siguiente redacción:

«1. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán, en el orden penal, de conformidad, en todo caso, con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de los siguientes supuestos:

a) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su

esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género.

b) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior.

c) De la adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de Guardia.

d) Del conocimiento y fallo de las faltas contenidas en los títulos I y II del libro III del Código Penal, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra *a)* de este apartado.

2. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer podrán conocer en el orden civil, en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los siguientes asuntos:

a) Los de filiación, maternidad y paternidad.

b) Los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio.

c) Los que versen sobre relaciones paterno-filiales.

d) Los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar.

e) Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores.

f) Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción.

g) Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

3. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer tendrán de forma exclusiva y excluyente competencia en el orden civil cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos:

a) Que se trate de un proceso civil que tenga por objeto alguna de las materias indicadas en el número 2 del presente artículo.

b) Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género, en los términos a que hace referencia el apartado 1.a) del presente artículo.

c) Que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género.

d) Que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género.

4. Cuando el Juez apreciara que los actos puestos en su conocimiento, de forma notoria, no constituyen expresión de violencia de género, podrá inadmitir la pretensión, remitiéndola al órgano judicial competente.

5. En todos estos casos está vedada la mediación.»

Artículo 45. *Recursos en materia penal.*

Se adiciona un nuevo ordinal 4.º al artículo 82.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, con la siguiente redacción:

«De los recursos que establezca la Ley contra las resoluciones en materia penal dictadas por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer de la provincia. A fin de facilitar el conocimiento de estos recursos, y atendiendo al número de asuntos existentes, deberán especializarse una o varias de sus secciones de conformidad con lo previsto en el artículo 98 de la citada Ley Orgánica. Esta especialización se extenderá a aquellos supuestos en que corresponda a la Audiencia Provincial el enjuiciamiento en primera instancia de asuntos instruidos por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer de la provincia.»

Artículo 46. *Recursos en materia civil.*

Se adiciona un nuevo párrafo al artículo 82.4 en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, con la siguiente redacción:

«Las Audiencias Provinciales conocerán, asimismo, de los recursos que establezca la Ley contra las resoluciones dictadas en materia civil por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer de la provincia. A fin de facilitar el conocimiento de estos recursos, y atendiendo al número de asuntos existentes, podrán especializarse una o varias de sus secciones de conformidad con lo previsto en el artículo 98 de la citada Ley Orgánica.»

Artículo 47. *Formación.*

El Gobierno, el Consejo General del Poder Judicial y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, asegurarán una formación específica relativa a la igualdad y no discriminación por razón de sexo y sobre violencia de género en los cursos de formación de Jueces y Magistrados, Fiscales, Secretarios Judiciales, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Médicos Forenses. En todo caso, en los cursos de formación anteriores se introducirá el enfoque de la discapacidad de las víctimas.

Artículo 48. *Jurisdicción de los Juzgados.*

Se modifica el apartado 1 del artículo 4 de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial, que queda redactado de la siguiente forma:

«1. Los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción y los Juzgados de Violencia sobre la Mujer tienen jurisdicción en el ámbito territorial de su respectivo partido.

No obstante lo anterior, y atendidas las circunstancias geográficas, de ubicación y población, podrán crearse Juzgados de Violencia sobre la Mujer que atiendan a más de un partido judicial.»

Artículo 49. *Sede de los Juzgados.*

Se modifica el artículo 9 de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial, que queda redactado de la siguiente forma:

«Los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción y los Juzgados de Violencia sobre la Mujer tienen su sede en la capital del partido.»

Artículo 50. *Planta de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.*

Se adiciona un artículo 15 bis en la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial, con la siguiente redacción:

«1. La planta inicial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer será la establecida en el anexo XIII de esta Ley.

2. La concreción de la planta inicial y la que sea objeto de desarrollo posterior será realizada mediante Real Decreto de conformidad con lo establecido en el artículo 20 de la presente Ley y se ajustará a los siguientes criterios:

a) Podrán crearse Juzgados de Violencia sobre la Mujer en aquellos partidos judiciales en los que la carga de trabajo así lo aconseje.

b) En aquellos partidos judiciales en los que, en atención al volumen de asuntos, no se considere necesario el desarrollo de la planta judicial, se podrán transformar algunos de los Juzgados de Instrucción y de Primera Instancia e Instrucción en funcionamiento en Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

c) Asimismo, cuando se considere, en función de la carga de trabajo, que no es precisa la creación de un órgano judicial específico, se determinará, de existir varios, qué Juzgados de Instrucción o de Primera Instancia e Instrucción asumirán el conocimiento de las materias de violencia sobre la mujer en los términos del artículo 1 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género con carácter exclusivo junto con el resto de las correspondientes a la jurisdicción penal o civil, según la naturaleza del órgano en cuestión.

3. Serán servidos por Magistrados los Juzgados de Violencia sobre la Mujer que tengan su sede en la capital de la provincia y los demás Juzgados que así se establecen en el anexo XIII de esta Ley.»

Artículo 51. *Plazas servidas por Magistrados.*

El apartado 2 del artículo 21 de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial, tendrá la siguiente redacción:

«2. El Ministro de Justicia podrá establecer que los Juzgados de Primera Instancia y de Instrucción o de Primera Instancia e Instrucción y los Juzgados de Violencia sobre la Mujer sean servidos por Magistrados, siempre que estén radicados en un partido judicial superior a 150.000 habitantes de derecho o experimenten aumentos de población de hecho que superen dicha cifra, y el volumen de cargas competenciales así lo exija.»

Artículo 52. *Constitución de los Juzgados.*

Se incluye un nuevo artículo 46 ter en la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial, con la siguiente redacción:

«1. El Gobierno, dentro del marco de la Ley de Presupuestos Generales del Estado, oído el Consejo General del Poder Judicial y, en su caso, la Comunidad Autónoma afectada, procederá de forma escalonada y mediante Real Decreto a la constitución, compatibilización y transformación de Juzgados de Instrucción y de Primera Instancia e Instrucción para la plena efectividad de la planta de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

2. En tanto las Comunidades Autónomas no fijen la sede de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, ésta se entenderá situada en aquellas poblaciones que se establezcan en el anexo XIII de la presente Ley.»

Artículo 53. *Notificación de las sentencias dictadas por Tribunales.*

Se adiciona un nuevo párrafo en el artículo 160 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con el contenido siguiente:

«Cuando la instrucción de la causa hubiera correspondido a un Juzgado de Violencia sobre la Mujer la sentencia será remitida al mismo por testimonio de forma inmediata, con indicación de si la misma es o no firme.»

Artículo 54. *Especialidades en el supuesto de juicios rápidos.*

Se adiciona un nuevo artículo 779 bis en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con el contenido siguiente:

«1. En el supuesto de que la competencia corresponda al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, las diligencias y resoluciones señaladas en los artículos anteriores deberán ser practicadas y adoptadas durante las horas de audiencia.

2. La Policía Judicial habrá de realizar las citaciones a que se refiere el artículo 796, ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, en el día hábil más próximo, entre aquellos que se fijen reglamentariamente.

No obstante el detenido, si lo hubiere, habrá de ser puesto a disposición del Juzgado de Instrucción de Guardia, a los solos efectos de regularizar su situación personal, cuando no sea posible la presentación ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer que resulte competente.

3. Para la realización de las citaciones antes referidas, la Policía Judicial fijará el día y la hora de la comparecencia coordinadamente con el Juzgado de Violencia sobre la Mujer. 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 asegurar esta coordinación.»

Artículo 55. *Notificación de las sentencias dictadas por Juzgado de lo Penal.*

Se adiciona un apartado 5 en el artículo 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con el contenido siguiente:

«5. Cuando la instrucción de la causa hubiera correspondido a un Juzgado de Violencia sobre la Mujer la sentencia será remitida al mismo por testimonio de forma inmediata. Igualmente se le remitirá la declaración de firmeza y la sentencia de segunda instancia cuando la misma fuera revocatoria, en todo o en parte, de la sentencia previamente dictada.»

Artículo 56. *Especialidades en el supuesto de juicios rápidos en materia de faltas.*

Se adiciona un nuevo apartado 5 al artículo 962 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con el contenido siguiente:

«5. En el supuesto de que la competencia para conocer corresponda al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, la Policía Judicial habrá de realizar las citaciones a que se refiere este artículo ante dicho Juzgado en el día hábil más próximo. Para la reali-

zación de las citaciones antes referidas, la Policía Judicial fijará el día y la hora de la comparecencia coordinadamente con el Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

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 asegurar esta coordinación.»

CAPÍTULO II

NORMAS PROCESALES CIVILES

Artículo 57. Pérdida de la competencia objetiva cuando se produzcan actos de violencia sobre la mujer.

Se adiciona un nuevo artículo 49 bis en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, cuya redacción es la siguiente:

«Artículo 49 bis. Pérdida de la competencia cuando se produzcan actos de violencia sobre la mujer.

1. Cuando un Juez, que esté conociendo en primera instancia de un procedimiento civil, tuviese noticia de la comisión de un acto de violencia de los definidos en el artículo 1 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que haya dado lugar a la iniciación de un proceso penal o a una orden de protección, tras verificar la concurrencia de los requisitos previstos en el párrafo tercero del artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, deberá inhibirse, remitiendo los autos en el estado en que se hallen al Juez de Violencia sobre la Mujer que resulte competente, salvo que se haya iniciado la fase del juicio oral.

2. Cuando un Juez que esté conociendo de un procedimiento civil, tuviese noticia de la posible comisión de un acto de violencia de género, que no haya dado lugar a la iniciación de un proceso penal, ni a dictar una orden de protección, tras verificar que concurren los requisitos del párrafo tercero del artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, deberá inmediatamente citar a las partes a una comparecencia con el Ministerio Fiscal que se celebrará en las siguientes veinticuatro horas a fin de que éste tome conocimiento de cuantos datos sean relevantes sobre los hechos acaecidos. Tras ella, el Fiscal, de manera inmediata, habrá de decidir si procede, en las veinticuatro horas siguientes, a denunciar los actos de violencia de género o a solicitar orden de protección ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer que resulte competente. En el supuesto de que se interponga denuncia o se solicite la orden de protección, el Fiscal habrá de entregar copia de la denuncia o solicitud en el Tribunal, el cual continuará conociendo del asunto hasta que sea, en su caso, requerido de inhibición por el Juez de Violencia sobre la Mujer competente.

3. Cuando un Juez de Violencia sobre la Mujer que esté conociendo de una causa penal por violencia de género tenga conocimiento de la existencia de un proceso civil, y verifique la concurrencia de los requisitos del párrafo tercero del artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, requerirá de inhibición al Tribunal Civil, el cual deberá acordar de inmediato su inhibición y la remisión de los autos al órgano requirente.

A los efectos del párrafo anterior, el requerimiento de inhibición se acompañará de testimonio de la incoación de diligencias previas o de juicio de faltas, del auto de admisión de la querrela, o de la orden de protección adoptada.

4. En los casos previstos en los apartados 1 y 2 de este artículo, el Tribunal Civil remitirá los autos al Juzgado de Violencia sobre la Mujer sin que sea de aplicación lo previsto en el artículo 48.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo las partes desde ese momento comparecer ante dicho órgano.

En estos supuestos no serán de aplicación las restantes normas de esta sección, ni se admitirá declinatoria, debiendo las partes que quieran hacer valer la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer presentar testimonio de alguna de las resoluciones dictadas por dicho Juzgado a las que se refiere el párrafo final del número anterior.

5. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer ejercerán sus competencias en materia civil de forma exclusiva y excluyente, y, en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

CAPÍTULO III

NORMAS PROCESALES PENALES

Artículo 58. *Competencias en el orden penal.*

Se modifica el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que queda redactado de la siguiente forma:

«Fuera de los casos que expresa y limitadamente atribuyen la Constitución y las leyes a Jueces y Tribunales determinados, serán competentes:

1. Para el conocimiento y fallo de los juicios de faltas, el Juez de Instrucción, salvo que la competencia corresponda al Juez de Violencia sobre la Mujer de conformidad con el número quinto de este artículo. Sin embargo, conocerá de los juicios por faltas tipificadas en los artículos 626, 630, 632 y 633 del Código Penal, el Juez de Paz del lugar en que se hubieran cometido. También conocerán los Jueces de Paz de los juicios por faltas tipificadas en el artículo 620.1.º y 2.º del Código Penal, excepto cuando el ofendido fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2 del mismo Código.

2. Para la instrucción de las causas, el Juez de Instrucción del partido en que el delito se hubiere cometido, o el Juez de Violencia sobre la Mujer, o el Juez Central de Instrucción respecto de los delitos que la Ley determine.

3. 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 de lo Penal correspondiente a la circunscripción del Juzgado de Violencia sobre la Mujer en su caso, 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, o del Juez de Violencia sobre la Mujer competente en su caso, 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.

4. Para el conocimiento y fallo de las causas en los demás casos la Audiencia Provincial de la circunscripción donde el delito se haya cometido, o la Audiencia Provincial correspondiente a la circunscripción del Juzgado de Violencia sobre la Mujer en su caso, o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

No obstante, en los supuestos de competencia de la Audiencia Provincial, si el delito fuere de los atribuidos al Tribunal de Jurado, el conocimiento y fallo corresponderá a éste.

5. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer serán competentes en las siguientes materias, en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en esta Ley:

a) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género.

b) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior.

c) De la adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de Guardia.

d) Del conocimiento y fallo de las faltas contenidas en los títulos I y II del libro III del Código Penal, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a) de este apartado.»

Artículo 59. *Competencia territorial.*

Se adiciona un nuevo artículo 15 bis en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuya redacción es la siguiente:

«En el caso de que se trate de algunos de los delitos o faltas cuya instrucción o conocimiento corresponda al Juez de Violencia sobre la Mujer, la competencia territorial vendrá determinada por el lugar del domicilio de la víctima, sin perjuicio de la adopción de la orden de protección, o de medidas urgentes del artículo 13 de la presente Ley que pudiera adoptar el Juez del lugar de comisión de los hechos.»

Artículo 60. *Competencia por conexión.*

Se adiciona un nuevo artículo 17 bis en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuya redacción es la siguiente:

«La competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se extenderá a la instrucción y conocimiento de los delitos y faltas conexas siempre que la conexión tenga su origen en alguno de los supuestos previstos en los números 3.º y 4.º del artículo 17 de la presente Ley.»

CAPÍTULO IV

MEDIDAS JUDICIALES DE PROTECCIÓN Y DE SEGURIDAD DE LAS VÍCTIMAS

Artículo 61. *Disposiciones generales.*

1. Las medidas de protección y seguridad previstas en el presente capítulo serán compatibles con cualesquiera de las medidas cautelares y de aseguramiento que se pueden adoptar en los procesos civiles y penales.

2. En todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente, de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, del Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida, deberá pronunciarse, en todo caso, sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas en este capítulo, determinando su plazo, si procediera su adopción.

Artículo 62. *De la orden de protección.*

Recibida la solicitud de adopción de una orden de protección, el Juez de Violencia sobre la Mujer y, en su caso, el Juez de Guardia, actuarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Artículo 63. *De la protección de datos y las limitaciones a la publicidad.*

1. En las actuaciones y procedimientos relacionados con la violencia de género se protegerá la intimidad de las víctimas; en especial, sus datos personales, los de sus descendientes y los de cualquier otra persona que esté bajo su guarda o custodia.

2. Los Jueces competentes podrán acordar, de oficio o a instancia de parte, que las vistas se desarrollen a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas.

Artículo 64. *De las medidas de salida del domicilio, alejamiento o suspensión de las comunicaciones.*

1. El Juez podrá ordenar la salida obligatoria del inculcado por violencia de género del domicilio en el que hubiera estado conviviendo o tenga su residencia la unidad familiar, así como la prohibición de volver al mismo.

2. El Juez, con carácter excepcional, podrá autorizar a que la persona protegida concierte, con una agencia o sociedad pública allí donde la hubiere y que incluya entre sus actividades la del arrendamiento de viviendas, la permuta del uso atribuido de la vivienda familiar de la que sean copropietarios, por el uso de otra vivienda, durante el tiempo y en las condiciones que se determinen.

3. El Juez podrá prohibir al inculcado que se aproxime a la persona protegida, lo que le impide acercarse a la misma en cualquier lugar donde se encuentre, así como acercarse a su domicilio, a su lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella.

Podrá acordarse la utilización de instrumentos con la tecnología adecuada para verificar de inmediato su incumplimiento.

El Juez fijará una distancia mínima entre el inculcado y la persona protegida que no se podrá rebasar, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal.

4. La medida de alejamiento podrá acordarse con independencia de que la persona afectada, o aquellas a quienes se pretenda proteger, hubieran abandonado previamente el lugar.

5. El Juez podrá prohibir al inculcado toda clase de comunicación con la persona o personas que se indique, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal.

6. Las medidas a que se refieren los apartados anteriores podrán acordarse acumulada o separadamente.

Artículo 65. *De las medidas de suspensión de la patria potestad o la custodia de menores.*

El Juez podrá suspender para el inculcado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia, respecto de los menores a que se refiera.

Artículo 66. *De la medida de suspensión del régimen de visitas.*

El Juez podrá ordenar la suspensión de visitas del inculcado por violencia de género a sus descendientes.

Artículo 67. *De la medida de suspensión del derecho a la tenencia, porte y uso de armas.*

El Juez podrá acordar, respecto de los inculcados en delitos relacionados con la violencia a que se refiere esta Ley, la suspensión del derecho a la tenencia, porte y uso de armas, con la obligación de depositarlas en los términos establecidos por la normativa vigente.

Artículo 68. *Garantías para la adopción de las medidas.*

Las medidas restrictivas de derechos contenidas en este capítulo deberán adoptarse mediante auto motivado en el que se aprecie su proporcionalidad y necesidad, y, en todo caso, con intervención del Ministerio Fiscal y respeto de los principios de contradicción, audiencia y defensa.

Artículo 69. *Mantenimiento de las medidas de protección y seguridad.*

Las medidas de este capítulo podrán mantenerse tras la sentencia definitiva y durante la tramitación de los eventuales recursos que correspondiesen. En este caso, deberá hacerse constar en la sentencia el mantenimiento de tales medidas.

CAPÍTULO V

DEL FISCAL CONTRA LA VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

Artículo 70. *Funciones del Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer.*

Se añada un artículo 18 quáter en la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, con la siguiente redacción:

«1. El Fiscal General del Estado nombrará, oído el Consejo Fiscal, como delegado, un Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer, con categoría de Fiscal de Sala, que ejercerá las siguientes funciones:

a) Practicar las diligencias a que se refiere el artículo 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, e intervenir directamente en aquellos procesos penales de espe-

cial trascendencia apreciada por el Fiscal General del Estado, referentes a los delitos por actos de violencia de género comprendidos en el artículo 87 ter.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

b) Intervenir, por delegación del Fiscal General del Estado, en los procesos civiles comprendidos en el artículo 87 ter.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

c) Supervisar y coordinar la actuación de las Secciones contra la Violencia sobre la Mujer, y recabar informes de las mismas, dando conocimiento al Fiscal Jefe de las Fiscalías en que se integren.

d) Coordinar los criterios de actuación de las diversas Fiscalías en materias de violencia de género, para lo cual podrá proponer al Fiscal General del Estado la emisión de las correspondientes instrucciones.

e) Elaborar semestralmente, y presentar al Fiscal General del Estado, para su remisión a la Junta de Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, y al Consejo Fiscal, un informe sobre los procedimientos seguidos y actuaciones practicadas por el Ministerio Fiscal en materia de violencia de género.

2. Para su adecuada actuación se le adscribirán los profesionales y expertos que sean necesarios para auxiliarlo de manera permanente u ocasional.»

Artículo 71. *Secciones contra la Violencia sobre la Mujer.*

Se sustituyen los párrafos segundo y tercero del apartado 1 del artículo 18 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, por el siguiente texto:

«En la Fiscalía de la Audiencia Nacional y en cada Fiscalía de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales existirá una Sección de Menores a la que se encomendarán las funciones y facultades que al Ministerio Fiscal atribuye la Ley Orgánica reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y otra Sección contra la Violencia sobre la Mujer en cada Fiscalía de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales. A estas Secciones serán adscritos Fiscales que pertenezcan a sus respectivas plantillas, teniendo preferencia aquellos que por razón de las anteriores funciones desempeñadas, cursos impartidos o superados o por cualquier otra circunstancia análoga se hayan especializado en la materia. No obstante, cuando las necesidades del servicio así lo aconsejen podrán actuar también en otros ámbitos o materias.

En las Fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia y en las Audiencias Provinciales podrán existir las adscripciones permanentes que se determinen reglamentariamente.

A la Sección contra la Violencia sobre la Mujer se atribuyen las siguientes funciones:

a) Intervenir en los procedimientos penales por los hechos constitutivos de delitos o faltas cuya competencia esté atribuida a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

b) Intervenir directamente en los procesos civiles cuya competencia esté atribuida a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

En la Sección contra la Violencia sobre la Mujer deberá llevarse un registro de los procedimientos que se sigan relacionados con estos hechos que permitirá la consulta de los Fiscales cuando conozcan de un procedimiento de los que tienen atribuida la competencia, al efecto en cada caso procedente.»

Artículo 72. *Delegados de la Jefatura de la Fiscalía.*

Se adiciona un apartado 6 al artículo 22 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, que queda redactado de la siguiente forma:

«6. En aquellas Fiscalías en las que el número de asuntos de que conociera así lo aconsejara y siempre que resultara conveniente para la organización del servicio, previo informe del Consejo Fiscal, podrán designarse delegados de la Jefatura con el fin de asumir las funciones de dirección y coordinación que le fueran específicamente encomendadas. La plantilla orgánica determinará el número máximo de delegados de la Jefatura que se puedan designar en cada Fiscalía. En todo caso, en cada Fiscalía habrá un delegado de Jefatura que asumirá las funciones de dirección y coordinación, en los términos previstos en este apartado, en materia de infracciones relacionadas con la violencia de género, delitos contra el medio ambiente y vigilancia penitenciaria, con carácter exclusivo o compartido con otras materias.

Tales delegados serán nombrados y, en su caso, relevados mediante resolución dictada por el Fiscal General del Estado, a propuesta motivada del Fiscal Jefe respectivo, oída la Junta de Fiscalía. Cuando la resolución del Fiscal General del Estado sea discrepante con la propuesta del Fiscal Jefe respectivo, deberá ser motivada.

Para la cobertura de estas plazas será preciso, con carácter previo a la propuesta del Fiscal Jefe correspondiente, realizar una convocatoria entre los Fiscales de la plantilla. A la propuesta se acompañará relación del resto de los Fiscales que hayan solicitado el puesto con aportación de los méritos alegados.»

Disposición adicional primera. *Pensiones y ayudas.*

1. Quien fuera condenado, por sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas o de lesiones, cuando la ofendida por el delito fuera su cónyuge o ex cónyuge, perderá la condición de beneficiario de la pensión de viudedad que le corresponda dentro del Sistema Público de Pensiones causada por la víctima, salvo que, en su caso, medie reconciliación entre ellos.

2. A quien fuera condenado, por sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas o de lesiones cuando la ofendida por el delito fuera su cónyuge o ex cónyuge, o estuviera o hubiera estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, no le será abonable, en ningún caso, la pensión por orfandad de la que pudieran ser beneficiarios sus hijos dentro del Sistema Público de Pensiones, salvo que, en su caso, hubiera mediado reconciliación entre aquéllos.

3. No tendrá la consideración de beneficiario, a título de víctima indirecta, de las ayudas previstas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, quien fuera condenado por delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas, cuando la ofendida fuera su cónyuge o ex cónyuge o persona con la que estuviera o hubiera estado ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al momento del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia.

Disposición adicional segunda. *Protocolos de actuación.*

El Gobierno y las Comunidades Autónomas, que hayan asumido competencias en materia de justicia, organizarán en el ámbito que a cada una le es propio los servicios forenses de modo que cuenten con unidades de valoración forense integral encargadas de diseñar protocolos de actuación global e integral en casos de violencia de género.

Disposición adicional tercera. *Modificación de la Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación.*

Uno. Las letras *b)* y *g)* del artículo 2 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, quedarán redactadas de la forma siguiente:

«*b)* La formación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales, de la igualdad entre hombres y mujeres y en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia.»

«*g)* La formación para la paz, la cooperación y la solidaridad entre los pueblos y para la prevención de conflictos y para la resolución pacífica de los mismos y no violencia en todos los ámbitos de la vida personal, familiar y social.»

Dos. Se incorporan tres nuevas letras en el apartado 1 del artículo 31 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, que quedarán redactadas de la forma siguiente:

«*k)* Las organizaciones de mujeres con implantación en todo el territorio del Estado.

l) El Instituto de la Mujer.

«*m)* Personalidades de reconocido prestigio en la lucha para la erradicación de la violencia de género.»

Tres. La letra *e)* del apartado 1 del artículo 32 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, quedará redactada de la forma siguiente:

«*e)* Las disposiciones que se refieran al desarrollo de la igualdad de derechos y oportunidades y al fomento de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres en la enseñanza.»

Cuatro. El apartado 1 del artículo 33 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, quedará redactado de la forma siguiente:

«1. El Consejo Escolar del Estado elaborará y hará público anualmente un informe sobre el sistema educativo, donde deberán recogerse y valorarse los diversos aspectos del mismo, incluyendo la posible situación de violencia ejercida en la comunidad educativa. Asimismo, se informará de las medidas que en relación con la prevención de violencia y fomento de la igualdad entre hombres y mujeres establezcan las Administraciones educativas.»

Cinco. Se incluye un nuevo séptimo guión en el apartado 1 del artículo 56 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, con la siguiente redacción:

«Una persona, elegida por los miembros del Consejo Escolar del centro, que impulse medidas educativas que fomenten la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres.»

Seis. Se adiciona una nueva letra *m*) en el artículo 57 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, con la siguiente redacción:

«*m*) Proponer medidas e iniciativas que favorezcan la convivencia en el centro, la igualdad entre hombres y mujeres, y la resolución pacífica de conflictos en todos los ámbitos de la vida personal, familiar y social.»

Disposición adicional cuarta. *Modificación de la Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema Educativo.*

Uno. Se modifica la letra *b*) del apartado 1 del artículo 1 de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, que quedará redactado de la siguiente forma:

«*b*) La formación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales, de la igualdad entre hombres y mujeres, y en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia.»

Dos. Se modifica la letra *e*) y se añade la letra *l*) en el apartado 3 del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, que quedarán redactadas de la siguiente forma:

«*e*) El fomento de los hábitos de comportamiento democrático y las habilidades y técnica en la prevención de conflictos y en la resolución pacífica de los mismos.»

«*l*) La formación para la prevención de conflictos y para la resolución pacífica de los mismos en todos los ámbitos de la vida personal, familiar y social.»

Tres. Se modifica el apartado 3 del artículo 34 de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, que quedará redactada de la siguiente forma:

«3. La metodología didáctica de la formación profesional específica promoverá la integración de contenidos científicos, tecnológicos y organizativos. Asimismo, favorecerá en el alumno la capacidad para aprender por sí mismo y para trabajar en equipo, así como la formación en la prevención de conflictos y para la resolución pacífica de los mismos en todos los ámbitos de la vida personal, familiar y social.»

Disposición adicional quinta. *Modificación de la Ley Orgánica de Calidad de la Educación.*

Uno. Se adiciona una nueva letra *b*), con el consiguiente desplazamiento de los actuales, y tres nuevas letras *n*), *ñ*) y *o*) en el artículo 1 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, con el siguiente contenido:

«*b*) La eliminación de los obstáculos que dificultan la plena igualdad entre hombres y mujeres.»

«*n*) La formación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales, de la igualdad entre hombres y mujeres y en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia.

«*ñ*) La formación para la prevención de conflictos y para la resolución pacífica de los mismos y no violencia en todos los ámbitos de la vida personal familiar y social.

«*o*) El desarrollo de las capacidades afectivas.»

Dos. Se adicionan dos nuevas letras *e)* y *f)*, con el consiguiente desplazamiento de las actuales, en el apartado 2 del artículo 12 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, con el siguiente contenido:

«*e)* Ejercitarse en la prevención de los conflictos y en la resolución pacífica de los mismos.

f) Desarrollar sus capacidades afectivas.»

Tres. Se adicionan tres nuevas letras *b)*, *c)* y *d)*, con el consiguiente desplazamiento de las actuales, en el apartado 2 del artículo 15 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, con el siguiente contenido:

«*b)* Adquirir habilidades en la prevención de conflictos y en la resolución pacífica de los mismos que permitan desenvolverse con autonomía en el ámbito familiar y doméstico, así como en los grupos sociales en los que se relacionan.

c) Comprender y respetar la igualdad entre sexos.

d) Desarrollar sus capacidades afectivas.»

Cuatro. Se adicionan tres nuevas letras *b)*, *c)* y *d)*, con el consiguiente desplazamiento de las actuales, en el apartado 2 del artículo 22 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, con el siguiente contenido:

«*b)* Conocer, valorar y respetar la igualdad de oportunidades de hombres y mujeres.

c) Relacionarse con los demás sin violencia, resolviendo pacíficamente los conflictos.

d) Desarrollar sus capacidades afectivas.»

Cinco. Se modifica la letra *f)* del apartado 1 y se añade un nuevo apartado 5 en el artículo 23 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, que queda redactado de la forma siguiente:

«*f)* Ética e igualdad entre hombres y mujeres.»

«5. La asignatura de Ética incluirá contenidos específicos sobre la igualdad entre hombres y mujeres.»

Seis. Se adicionan dos nuevas letras *b)* y *c)*, con el consiguiente desplazamiento de las actuales, en el apartado 2 del artículo 34 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, con el siguiente contenido:

«*b)* Consolidar una madurez personal, social y moral que les permita actuar de forma responsable, autónoma y prever y resolver pacíficamente los conflictos personales, familiares y sociales.

c) Fomentar la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres y analizar y valorar críticamente las desigualdades entre ellos.»

Siete. Se adiciona un nuevo apartado 3 en el artículo 40 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, con el siguiente contenido:

«3. Con el fin de promover la efectiva igualdad entre hombres y mujeres, las Administraciones educativas velarán para que todos los currículos y los materiales educativos reconozcan el igual valor de hombres y mujeres y se elaboren a partir de presupuestos no discriminatorios para las mujeres. Asimismo, deberán fomentar el respeto en la igualdad de derechos y obligaciones.»

Ocho. Se adicionan dos nuevas letras *e*) y *f*) en el apartado 2 del artículo 52 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, con el siguiente contenido:

«*e*) Desarrollar habilidades en la resolución pacífica de los conflictos en las relaciones personales, familiares y sociales.

f) Fomentar el respeto a la dignidad de las personas y a la igualdad entre hombres y mujeres.»

Nueve. Se modifica la letra *d*) del artículo 56 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, que queda redactada de la forma siguiente:

«*d*) La tutoría del alumnado para dirigir su aprendizaje, transmitirles valores y ayudarlos, en colaboración con los padres, a superar sus dificultades y resolver pacíficamente sus conflictos.»

Diez. Se adiciona una nueva letra *g*), con el consiguiente desplazamiento de la letra *g*) actual, que pasará a ser una nueva letra *h*), en el apartado 2 del artículo 81 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, con el contenido siguiente:

«*g*) Una persona que impulse medidas educativas que fomenten la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, residente en la ciudad donde se halle emplazado el centro y elegida por el Consejo Escolar del centro.»

Once. Se modifica la letra *k*) en el apartado 1 del artículo 82 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, que queda redactado de la forma siguiente:

«*k*) Proponer medidas e iniciativas que favorezcan la convivencia en el centro, la igualdad entre hombres y mujeres, y la resolución pacífica de conflictos en todos los ámbitos de la vida personal, familiar y social.»

Doce. Se añade una nueva letra *g*) al apartado 1 del artículo 105 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, que queda redactada de la forma siguiente:

«*g*) Velar por el cumplimiento y aplicación de las medidas e iniciativas educativas destinadas a fomentar la igualdad real entre mujeres y hombres.»

Disposición adicional sexta. *Modificación de la Ley General de Publicidad.*

Uno. Se modifica el artículo 3, letra *a*), de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, que quedará redactado de la siguiente forma:

«Es ilícita:

a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus artículos 18 y 20, apartado 4. Se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.»

Dos. Se adiciona un nuevo apartado 1 bis en el artículo 25 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, con el contenido siguiente:

«1 bis. Cuando una publicidad sea considerada ilícita por afectar a la utilización vejatoria o discriminatoria de la imagen de la mujer, podrán solicitar del anunciante su cesación y rectificación:

- a) La Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer.
- b) El Instituto de la Mujer o su equivalente en el ámbito autonómico.
- c) Las asociaciones legalmente constituidas que tengan como objetivo único la defensa de los intereses de la mujer y no incluyan como asociados a personas jurídicas con ánimo de lucro.
- d) Los titulares de un derecho o interés legítimo.»

Tres. Se adiciona una disposición adicional a la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, con el contenido siguiente:

«La acción de cesación cuando una publicidad sea considerada ilícita por afectar a la utilización vejatoria o discriminatoria de la imagen de la mujer se ejercerá en la forma y en los términos previstos en los artículos 26 y 29, excepto en materia de legitimación, que la tendrán, además del Ministerio Fiscal, las personas y las instituciones a que se refiere el artículo 25.1 bis de la presente Ley.»

Disposición adicional séptima. *Modificación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.*

Uno. Se introduce un nuevo apartado 7 en el artículo 37 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, con el siguiente contenido:

«7. La trabajadora víctima de violencia de género tendrá derecho, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario o a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa.

Estos derechos se podrán ejercitar en los términos que para estos supuestos concretos se establezcan en los convenios colectivos o en los acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores, o conforme al acuerdo entre la empresa y la trabajadora afectada. En su defecto, la concreción de estos derechos corresponderá a la trabajadora, siendo de aplicación las reglas establecidas en el apartado anterior, incluidas las relativas a la resolución de discrepancias.»

Dos. Se introduce un nuevo apartado 3 bis en el artículo 40 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, con el siguiente contenido:

«3 bis La trabajadora víctima de violencia de género que se vea obligada a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venía prestando sus servicios, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrá derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional o categoría equivalente, que la empresa tenga vacante en cualquier otro de sus centros de trabajo.

En tales supuestos, la empresa estará obligada a comunicar a la trabajadora las vacantes existentes en dicho momento o las que se pudieran producir en el futuro.

El traslado o el cambio de centro de trabajo tendrán una duración inicial de seis meses, durante los cuales la empresa tendrá la obligación de reservar el puesto de trabajo que anteriormente ocupaba la trabajadora.

Terminado este período, la trabajadora podrá optar entre el regreso a su puesto de trabajo anterior o la continuidad en el nuevo. En este último caso, decaerá la mencionada obligación de reserva.»

Tres. Se introduce una nueva letra *n*) en el artículo 45, apartado 1, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, con el contenido siguiente:

«*n*) Por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género.»

Cuatro. Se introduce un nuevo apartado 6, en el artículo 48 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, con el siguiente contenido:

«6. En el supuesto previsto en la letra *n*) del apartado 1 del artículo 45, el período de suspensión tendrá una duración inicial que no podrá exceder de seis meses, salvo que de las actuaciones de tutela judicial resultase que la efectividad del derecho de protección de la víctima requiriese la continuidad de la suspensión. En este caso, el juez podrá prorrogar la suspensión por períodos de tres meses, con un máximo de dieciocho meses.»

Cinco. Se introduce una nueva letra *m*) en el artículo 49, apartado 1, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, con el contenido siguiente:

«*m*) Por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género.»

Seis. Se modifica el párrafo segundo de la letra *d*) del artículo 52 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, con el siguiente contenido:

«No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral, cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda.»

Siete. Se modifica la letra *b*) del apartado 5 del artículo 55, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, con el siguiente contenido:

«*b*) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra *a*); la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4 y 5 del artículo 37 de esta Ley, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado

la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 de la misma; y la de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, en los términos y condiciones reconocidos en esta Ley.»

Disposición adicional octava. *Modificación de la Ley General de la Seguridad Social.*

Uno. Se añade un apartado 5 en el artículo 124 de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, con el siguiente contenido:

«5. El período de suspensión con reserva del puesto de trabajo, contemplado en el artículo 48.6 del Estatuto de los Trabajadores, tendrá la consideración de período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte o supervivencia, maternidad y desempleo.»

Dos. Se modifica la letra *e)* del apartado 1.1, así como el apartado 1.2 del artículo 208 de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, con el siguiente contenido:

«1.1.*e)* Por resolución voluntaria por parte del trabajador, en los supuestos previstos en los artículos 40, 41.3, 49.1.*m)* y 50 del Estatuto de los Trabajadores.»

«1.2. Cuando se suspenda su relación laboral en virtud de expediente de regulación de empleo, o de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal, o en el supuesto contemplado en la letra *n)* del apartado 1 del artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores.»

Tres. Se modifica el apartado 2 del artículo 210 de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, con el siguiente contenido:

«2. A efectos de determinación del período de ocupación cotizada a que se refiere el apartado anterior, se tendrán en cuenta todas las cotizaciones que no hayan sido computadas para el reconocimiento de un derecho anterior, tanto de nivel contributivo como asistencial. No obstante, no se considerará como derecho anterior el que se reconozca en virtud de la suspensión de la relación laboral prevista en el artículo 45.1.*n)* del Estatuto de los Trabajadores.

No se computarán las cotizaciones correspondientes al tiempo de abono de la prestación que efectúe la entidad gestora o, en su caso, la empresa, excepto cuando la prestación se perciba en virtud de la suspensión de la relación laboral prevista en el artículo 45.1.*n)* del Estatuto de los Trabajadores, tal como establece el artículo 124.5 de esta Ley.»

Cuatro. Se modifica el apartado 2 del artículo 231 de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, con el siguiente contenido:

«2. A los efectos previstos en este título, se entenderá por compromiso de actividad el que adquiera el solicitante o beneficiario de las prestaciones de buscar activamente empleo, aceptar una colocación adecuada y participar en acciones específicas

de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad, así como de cumplir las restantes obligaciones previstas en este artículo.

Para la aplicación de lo establecido en el párrafo anterior, el Servicio Público de Empleo competente tendrá en cuenta la condición de víctima de violencia de género, a efectos de atemperar, en caso necesario, el cumplimiento de las obligaciones que se deriven del compromiso suscrito.»

Cinco. Se introduce una nueva disposición adicional en la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, con el siguiente contenido:

«Disposición adicional cuadragésima segunda. *Acreditación de situaciones legales de desempleo.*

La situación legal de desempleo prevista en el artículo 208.1.1.e) y 208.1.2 de la presente Ley, cuando se refieren, respectivamente, a los artículos 49.1.m) y 45.1.n) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se acreditará por comunicación escrita del empresario sobre la extinción o suspensión temporal de la relación laboral, junto con la orden de protección a favor de la víctima o, en su defecto, junto con el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios sobre la condición de víctima de violencia de género.»

Disposición adicional novena. *Modificación de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública.*

Uno. El apartado 3 del artículo 1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, tendrá la siguiente redacción:

«3. Se consideran bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, dictadas al amparo del artículo 149.1.18.^a de la Constitución, y en consecuencia aplicables al personal de todas las Administraciones Públicas, los siguientes preceptos: artículos: 3.2.e) y f); 6; 7; 8; 11; 12; 13.2, 3 y 4; 14.4 y 5; 16; 17; 18.1 a 5; 19.1 y 3; 20.1.a), b), párrafo primero, c), e), g), en sus párrafos primero a cuarto, e i), 2 y 3; 21; 22.1, a excepción de los dos últimos párrafos; 23; 24; 25; 26; 29, a excepción del último párrafo de sus apartados 5, 6 y 7; 30.5; 31; 32; 33; disposiciones adicionales tercera, 2 y 3, cuarta, duodécima y decimoquinta; disposiciones transitorias segunda, octava y novena.»

Dos. Se añade un nuevo apartado 3 al artículo 17 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública:

«3. En el marco de los Acuerdos que las Administraciones Públicas suscriban con la finalidad de facilitar la movilidad entre los funcionarios de las mismas, se tendrá especial consideración en los casos de movilidad geográfica de las funcionarias víctimas de violencia de género.»

Tres. Se añade una letra i) al apartado 1 del artículo 20 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, con el siguiente contenido:

«i) La funcionaria víctima de violencia sobre la mujer que se vea obligada a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venía prestando sus servicios, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social inte-

gral, tendrá derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo propio de su Cuerpo o Escala y de análogas características que se encuentre vacante y sea de necesaria provisión. En tales supuestos la Administración Pública competente en cada caso estará obligada a comunicarle las vacantes de necesaria provisión ubicadas en la misma localidad o en las localidades que la interesada expresamente solicite.»

Cuatro. Se añade un nuevo apartado 8 en el artículo 29 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, con el siguiente contenido:

«8. Excedencia por razón de violencia sobre la mujer funcionaria.

Las funcionarias públicas víctimas de violencia de género, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrán derecho a solicitar la situación de excedencia sin necesidad de haber prestado un tiempo mínimo de servicios previos y sin que resulte de aplicación ningún plazo de permanencia en la misma. Durante los seis primeros meses tendrán derecho a la reserva del puesto de trabajo que desempeñaran, siendo computable dicho período a efectos de ascensos, trienios y derechos pasivos.

Esto, no obstante, cuando de las actuaciones de tutela judicial resultase que la efectividad del derecho de protección de la víctima lo exigiere, se podrá prorrogar por períodos de tres meses, con un máximo de dieciocho, el período en el que, de acuerdo con el párrafo anterior, se tendrá derecho a la reserva del puesto de trabajo, con idénticos efectos a los señalados en dicho párrafo.»

Cinco. Se añade un nuevo apartado 5 al artículo 30 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, con el siguiente contenido:

«5. En los casos en los que las funcionarias víctimas de violencia de género tuvieran que ausentarse por ello de su puesto de trabajo, estas faltas de asistencia, totales o parciales, tendrán la consideración de justificadas por el tiempo y en las condiciones en que así lo determinen los servicios sociales de atención o salud, según proceda.

Las funcionarias víctimas de violencia sobre la mujer, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrán derecho a la reducción de la jornada con disminución proporcional de la retribución, o a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que sean aplicables, en los términos que para estos supuestos establezca la Administración Pública competente en cada caso.»

Disposición adicional décima. *Modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial.*

Uno. Se modifica el apartado segundo del artículo 26 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que queda redactado de la siguiente forma:

«Artículo 26.

Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, de lo Mercantil, de Violencia sobre la Mujer, de lo Penal, de lo Contencioso-Administrativo, de lo Social, de Menores y de Vigilancia Penitenciaria.»

Dos. Se modifica la rúbrica del capítulo V del título IV del libro I de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que queda redactada de la siguiente forma:

«Capítulo V. De los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, de lo Mercantil, de lo Penal, de Violencia sobre la Mujer, de lo Contencioso-Administrativo, de lo Social, de Vigilancia Penitenciaria y de Menores.»

Tres. Se modifica el apartado 1 del artículo 87 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que queda redactado de la siguiente forma:

«Artículo 87.

1. Los Juzgados de Instrucción conocerán, en el orden penal:

a) De la instrucción de las causas por delito cuyo enjuiciamiento corresponda a las Audiencias Provinciales y a los Juzgados de lo Penal, excepto de aquellas causas que sean competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

b) Les corresponde asimismo dictar sentencia de conformidad con la acusación en los casos establecidos por la Ley.

c) Del conocimiento y fallo de los juicios de faltas, salvo los que sean competencia de los Jueces de Paz, o de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

d) De los procedimientos de "habeas corpus".

e) De los recursos que establezca la Ley contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de Paz del partido y de las cuestiones de competencia entre éstos.

f) De la adopción de la orden de protección a las víctimas de violencia sobre la mujer cuando esté desarrollando funciones de guardia, siempre que no pueda ser adoptada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer.»

Tres bis. Se adiciona un nuevo párrafo en el apartado 2, del artículo 89 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con el contenido siguiente:

«A fin de facilitar el conocimiento de los asuntos instruidos por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, y atendiendo al número de asuntos existentes, deberán especializarse uno o varios Juzgados en cada provincia, de conformidad con lo previsto en el artículo 98 de la presente Ley.»

Cuatro. Se modifica el apartado 1 del artículo 210 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que queda redactado de la siguiente forma:

«1. Los Jueces de Primera Instancia y de Instrucción, de lo Mercantil, de lo Penal, de Violencia sobre la Mujer, de lo Contencioso-Administrativo, de Menores y de lo Social se sustituirán entre sí en las poblaciones donde existan varios del mismo orden jurisdiccional, en la forma que acuerde la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia, a propuesta de la Junta de Jueces.»

Cinco. Se adiciona un nuevo párrafo en el apartado 3 en el artículo 211 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que queda redactado de la siguiente forma:

«Los Jueces de Violencia sobre la Mujer serán sustituidos por los Jueces de Instrucción o de Primera Instancia e Instrucción, según el orden que establezca la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia respectivo.»

Disposición adicional undécima. *Evaluación de la aplicación de la Ley.*

El Gobierno, en colaboración con las Comunidades Autónomas, a los tres años de la entrada en vigor de esta Ley Orgánica elaborará y remitirá al Congreso de los

Diputados un informe en el que se hará una evaluación de los efectos de su aplicación en la lucha contra la violencia de género.

Disposición adicional duodécima. *Modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.*

Se añade una disposición adicional cuarta a la Ley de Enjuiciamiento Criminal con el contenido siguiente:

«1. Las referencias que se hacen al Juez de Instrucción y al Juez de Primera Instancia en los apartados 1 y 7 del artículo 544 ter de esta Ley, en la redacción dada por la Ley 27/2003, de 31 de julio, Reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica, se entenderán hechas, en su caso, al Juez de Violencia sobre la Mujer.

2. Las referencias que se hacen al Juez de Guardia en el título III del libro IV, y en los artículos 962 a 971 de esta Ley, se entenderán hechas, en su caso, al Juez de Violencia sobre la Mujer.»

Disposición adicional decimotercera. *Dotación del Fondo.*

Con el fin de coadyuvar a la puesta en funcionamiento de los servicios establecidos en el artículo 19 de esta Ley, y garantizar la equidad interterritorial en su implantación, durante los dos años siguientes a la entrada en vigor de esta Ley, se dotará un Fondo al que podrán acceder las Comunidades Autónomas, de acuerdo con los criterios objetivos que se determinen en la respectiva Conferencia Sectorial. Ello, no obstante, la Comunidad Autónoma del País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra se regirán, en estos aspectos financieros, por sus regímenes especiales de Concerto Económico y de Convenio.

Las Comunidades Autónomas, en uso de sus competencias, durante el año siguiente a la aprobación de esta Ley, realizarán un diagnóstico conjuntamente con las Administraciones Locales, sobre el impacto de la violencia de género en su Comunidad, así como una valoración de necesidades, recursos y servicios necesarios, para implementar el artículo 19 de esta Ley.

La dotación del Fondo se hará de conformidad con lo que dispongan las respectivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

Disposición adicional decimocuarta. *Informe sobre financiación.*

Sin perjuicio de la responsabilidad financiera de las Comunidades Autónomas, conforme a lo establecido en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, y de acuerdo con el principio de lealtad institucional en los términos del artículo 2.1.e) de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, los Ministerios competentes, a propuesta de los órganos interterritoriales correspondientes, elaborarán informes sobre las repercusiones económicas de la aplicación de esta Ley. Dichos informes serán presentados al Ministerio de Hacienda que los trasladará al Consejo de Política Fiscal y Financiera.

Disposición adicional decimoquinta. *Convenios en materia de vivienda.*

Mediante convenios con las Administraciones competentes, el Gobierno podrá promover procesos específicos de adjudicación de viviendas protegidas a las víctimas de violencia de género.

Disposición adicional decimosesta. *Coordinación de los Servicios Públicos de Empleo.*

En el desarrollo de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, se tendrá en cuenta la necesaria coordinación de los Servicios Públicos de Empleo para facilitar el acceso al mercado de trabajo de las víctimas de violencia de género cuando, debido al ejercicio del derecho de movilidad geográfica, se vean obligadas a trasladar su domicilio y el mismo implique cambio de Comunidad Autónoma.

Disposición adicional decimoséptima. *Escolarización.*

Las Administraciones educativas adoptarán las medidas necesarias para garantizar la escolarización inmediata de los hijos en el supuesto de cambio de residencia motivados por violencia sobre la mujer.

Disposición adicional decimoctava. *Planta de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.*

Se añade un anexo XIII a la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial, cuyo texto se incluye como anexo a la presente Ley Orgánica.

Disposición adicional decimonovena. *Fondo de garantía de pensiones.*

El Estado garantizará el pago de alimentos reconocidos e impagados a favor de los hijos e hijas menores de edad en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial, a través de una legislación específica que concretará el sistema de cobertura en dichos supuestos y que, en todo caso, tendrá en cuenta las circunstancias de las víctimas de violencia de género.

Disposición adicional vigésima. *Cambio de apellidos.*

El artículo 58 de la Ley del Registro Civil, de 8 de junio de 1957, queda redactado de la siguiente forma:

«2. Cuando se den circunstancias excepcionales, y a pesar de faltar los requisitos que señala dicho artículo, podrá accederse al cambio por Real Decreto a propuesta del Ministerio de Justicia, con audiencia del Consejo de Estado. En caso de que el solicitante de la autorización del cambio de sus apellidos sea objeto de violencia de género y en cualquier otro supuesto en que la urgencia de la situación así lo requiriera podrá accederse al cambio por Orden del Ministerio de Justicia, en los términos fijados por el Reglamento.»

Disposición transitoria primera. *Aplicación de medidas.*

Los procesos civiles o penales relacionados con la violencia de género que se encuentren en tramitación a la entrada en vigor de la presente Ley continuarán siendo competencia de los órganos que vinieran conociendo de los mismos hasta su conclusión por sentencia firme.

Disposición transitoria segunda. *Derecho transitorio.*

En los procesos sobre hechos contemplados en la presente Ley que se encuentren en tramitación a su entrada en vigor, los Juzgados o Tribunales que los estén conociendo podrán adoptar las medidas previstas en el capítulo IV del título V.

Disposición derogatoria única.

Quedan derogadas cuantas normas, de igual o inferior rango, se opongan a lo establecido en la presente Ley.

Disposición final primera. *Referencias normativas.*

Todas las referencias y menciones contenidas en las leyes procesales penales a los Jueces de Instrucción deben también entenderse referidas a los Jueces de Violencia sobre la Mujer en las materias propias de su competencia.

Disposición final segunda. *Habilitación competencial.*

La presente Ley se dicta al amparo de lo previsto en el artículo 149.1, 1.^a, 5.^a, 6.^a, 7.^a, 8.^a, 17.^a, 18.^a y 30.^a de la Constitución Española.

Disposición final tercera. *Naturaleza de la presente Ley.*

La presente Ley tiene el carácter de Ley Orgánica, a excepción de los siguientes preceptos: título I, título II, título III, artículos 42, 43, 44, 45, 46, 47, 70, 71, 72, así como las disposiciones adicionales primera, segunda, sexta, séptima, octava, novena, undécima, decimotercera, decimoquinta, decimosexta, decimoséptima, decimooctava, decimonovena y vigésima, la disposición transitoria segunda y las disposiciones finales cuarta, quinta y sexta.

Disposición final cuarta. *Habilitación normativa.*

1. Se habilita al Gobierno para que dicte, en el plazo de seis meses a partir de la publicación de esta Ley en el «Boletín Oficial del Estado», las disposiciones que fueran necesarias para su aplicación.

A través del Ministerio de Justicia se adoptarán en el referido plazo las medidas necesarias para la implantación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, así como para la adecuación de la estructura del Ministerio Fiscal a las previsiones de la presente Ley.

2. En el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la presente Ley Orgánica el Consejo General del Poder Judicial dictará los reglamentos necesarios para la ordenación de los señalamientos, adecuación de los servicios de guardia a la existencia de los nuevos Juzgados de Violencia sobre la Mujer, y coordinación de la Policía Judicial con los referidos Juzgados.

Disposición final quinta. *Modificaciones reglamentarias.*

El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la aprobación de esta Ley, procederá a la modificación del artículo 116.4 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, estableciendo la obligatoriedad para la

Administración Penitenciaria de realizar los programas específicos de tratamiento para internos a que se refiere la presente Ley. En el mismo plazo procederá a modificar el Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo, y el Real Decreto 996/2003, de 25 de julio.

En el plazo mencionado en el apartado anterior, el Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, adaptarán su normativa a las previsiones contenidas en la presente Ley.

Disposición final sexta. *Modificación de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.*

Se modifica el apartado 5 del artículo 3 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Gratuita, que quedará redactado como sigue:

«5. Tampoco será necesario que las víctimas de violencia de género acrediten previamente carecer de recursos cuando soliciten defensa jurídica gratuita especializada, que se les prestará de inmediato, sin perjuicio de que si no se les reconoce con posterioridad el derecho a la misma, éstas deban abonar al abogado los honorarios devengados por su intervención.»

Disposición final séptima. *Entrada en vigor.*

La presente Ley Orgánica entrará en vigor a los treinta días de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», salvo lo dispuesto en los títulos IV y V, que lo hará a los seis meses.

ANEXO

«ANEXO XIII

Juzgados de Violencia sobre la Mujer

Provincia	Partido judicial número	Exclusivos	Compatibles	Categoría del titular
Andalucía				
Almería.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	
	4	-	1	
	5	-	1	
	6	-	1	
	7	-	1	
	8	-	1	

Provincia	Partido judicial número	Exclusivos	Compatibles	Categoría del titular
Cádiz				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	Servido por Magistrado.
	4	-	1	
	5	-	1	
	6	-	1	Servido por Magistrado.
	7	-	1	Servido por Magistrado.
	8	-	1	
	9	-	1	Servido por Magistrado.
	10	-	1	Servido por Magistrado.
	11	-	1	
	12	-	1	
	13	-	1	
	14	-	1	
15	-	1		
Córdoba.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	
	4	-	1	
	5	-	1	
	6	-	1	
	7	-	1	
	8	-	1	
	9	-	1	
	10	-	1	
	11	-	1	
12	-	1		
Granada.				
	1	-	1	
	2	-	1	

Provincia	Partido judicial número	Exclusivos	Compatibles	Categoría del titular
Granada.	3	1	-	
	4	-	1	Servido por Magistrado.
	5	-	1	
	6	-	1	
	7	-	1	
	8	-	1	
	9	-	1	
Huelva.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	
	4	-	1	
	5	-	1	
	6	-	1	
Jaén.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	
	4	-	1	
	5	-	1	
	6	-	1	
	7	-	1	
	8	-	1	
	9	-	1	
10	-	1		
Málaga.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	1	-	
	4	-	1	
	5	-	1	Servido por Magistrado.
6	-	1	Servido por Magistrado.	

Provincia	Partido judicial número	Exclusivos	Compatibles	Categoría del titular
Málaga.	7	-	1	
	8	-	1	
	9	-	1	
	10	-	1	
	11	-	1	
	12	-	1	Servido por Magistrado.
Sevilla.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	
	4	-	1	
	5	-	1	
	6	1	-	
	7	-	1	
	8	-	1	
	9	-	1	
	10	-	1	
	11	-	1	
	12	-	1	Servido por Magistrado.
	13	-	1	
	14	-	1	
15	-	1		
Aragón				
Huesca.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	
	4	-	1	
	5	-	1	
6	-	1		
Teruel.				
	1	-	1	

Provincia	Partido judicial número	Exclusivos	Compatibles	Categoría del titular
Teruel.	2	-	1	
	3	-	1	
Zaragoza.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	
	4	-	1	
	5	-	1	
	6	-	1	
	7	-	1	
Asturias				
Asturias.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	
	4	-	1	Servido por Magistrado.
	5	-	1	
	6	-	1	
	7	-	1	
	8	-	1	Servido por Magistrado.
	9	-	1	
	10	-	1	
	11	-	1	
	12	-	1	
	13	-	1	
	14	-	1	
	15	-	1	
	16	-	1	
	17	-	1	
	18	-	1	
Illes Balears				
Illes Balears.				
	1	-	1	Servido por Magistrado.

Provincia	Partido judicial número	Exclusivos	Compatibles	Categoría del titular
Illes Balears.	2	-	1	
	3	1	-	
	4	-	1	
	5	-	1	Servido por Magistrado.
	6	-	1	
	7	-	1	
Canarias				
Las Palmas.				
	1	-	1	Servido por Magistrado.
	2	1	-	
	3	-	1	
	4	-	1	
	5	-	1	Servido por Magistrado.
	6	-	1	Servido por Magistrado.
	7	-	1	
Santa Cruz de Tenerife.	8	-	1	
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	1	-	
	4	-	1	
	5	-	1	
	6	-	1	
	7	-	1	Servido por Magistrado.
	8	-	1	
	9	-	1	
	10	-	1	
	11	-	1	
12	-	1	Servido por Magistrado.	
Cantabria				
Cantabria.				
	1	-	1	Servido por Magistrado.

Provincia	Partido judicial número	Exclusivos	Compatibles	Categoría del titular
Cantabria.	2	-	1	
	3	-	1	
	4	-	1	
	5	-	1	
	6	-	1	
	7	-	1	
	8	-	1	
Castilla y León				
Ávila.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	
	4	-	1	
Burgos.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	
	4	-	1	
	5	-	1	
	6	-	1	
	7	-	1	
León.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	
	4	-	1	Servido por Magistrado.
	5	-	1	
	6	-	1	
	7	-	1	
Palencia.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	

Provincia	Partido judicial número	Exclusivos	Compatibles	Categoría del titular
Salamanca.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	
	4	-	1	
Segovia.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	
Soria.				
	1	-	1	
	2	-	1	
Valladolid.				
	1	-	1	
	2	-	1	
Zamora.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	
	4	-	1	
Castilla-La Mancha				
Albacete.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	
	4	-	1	
	5	-	1	

Provincia	Partido judicial número	Exclusivos	Compatibles	Categoría del titular	
Albacete.	6	-	1		
	7	-	1		
Ciudad Real.					
	1	-	1		
	2	-	1		
	3	-	1		
	4	-	1		
	5	-	1		
	6	-	1		
	7	-	1		
	8	-	1		
	9	-	1		
	10	-	1		
Cuenca.					
	1	-	1		
	2	-	1		
	3	-	1		
	4	-	1		
Guadalajara.					
	1	-	1		
	2	-	1		
Toledo.					
	1	-	1		
	2	-	1		
Toledo.	3	-	1		
	4	-	1	Servido por Magistrado.	
	5	-	1		
	6	-	1		
	7	-	1		
	Cataluña				
	Barcelona.				
1		-	1		

Provincia	Partido judicial número	Exclusivos	Compatibles	Categoría del titular
Barcelona.	2	-	1	Servido por Magistrado.
	3	-	1	Servido por Magistrado.
	4	-	1	Servido por Magistrado.
	5	-	1	
	6	-	1	Servido por Magistrado.
	7	-	1	
	8	-	1	
	9	-	1	
	10	-	1	Servido por Magistrado.
	11	2	-	
	12	-	1	
	13	-	1	Servido por Magistrado.
	14	-	1	
	15	-	1	Servido por Magistrado.
	16	-	1	Servido por Magistrado.
	17	-	1	Servido por Magistrado.
	18	-	1	Servido por Magistrado.
	19	-	1	Servido por Magistrado.
	20	-	1	
	21	-	1	Servido por Magistrado.
	22	-	1	
	23	-	1	
	24	-	1	Servido por Magistrado.
	25	-	1	Servido por Magistrado.
	Girona.			
1		-	1	Servido por Magistrado.
2		-	1	
3		-	1	
4		-	1	
5		-	1	
6		-	1	
7		-	1	
8		-	1	
9	-	1		

Provincia	Partido judicial número	Exclusivos	Compatibles	Categoría del titular
Lleida.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	
	4	-	1	
	5	-	1	
	6	-	1	
Tarragona.	7	-	1	
	1	-	1	
	2	-	1	Servido por Magistrado.
	3	-	1	
	4	-	1	
	5	-	1	
	6	-	1	
7	-	1		
8	-	1		
Comunidad Valenciana				
Alicante/Alacant.				
	1	-	1	Servido por Magistrado.
	2	-	1	
	3	1	-	
	4	-	1	Servido por Magistrado.
	5	-	1	
	6	-	1	
	7	-	1	
	8	-	1	Servido por Magistrado.
	9	-	1	Servido por Magistrado.
	10	-	1	
	11	-	1	
	12	-	1	
13	-	1	Servido por Magistrado.	

Provincia	Partido judicial número	Exclusivos	Compatibles	Categoría del titular
Castellón/Castelló.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	
	4	-	1	
Valencia.	5	-	1	
	1	-	1	
	2	-	1	Servido por Magistrado.
	3	-	1	
	4	-	1	Servido por Magistrado.
	5	-	1	
	6	1	-	
	7	-	1	
	8	-	1	Servido por Magistrado.
	9	-	1	
	10	-	1	
	11	-	1	
	12	-	1	
	13	-	1	
	14	-	1	Servido por Magistrado.
	15	-	1	
	16	-	1	
17	-	1		
18	-	1		
Extremadura				
Badajoz.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	
	4	-	1	Servido por Magistrado.
5	-	1		

Provincia	Partido judicial número	Exclusivos	Compatibles	Categoría del titular
Badajoz.	6	-	1	
	7	-	1	
	8	-	1	
	9	-	1	
	10	-	1	
	11	-	1	
	12	-	1	
	13	-	1	
	14	-	1	
Cáceres.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	
	4	-	1	Servido por Magistrado.
	5	-	1	
	6	-	1	
	7	-	1	
Galicia				
A Coruña.				
	1	-	1	
	2	-	1	Servido por Magistrado.
	3	-	1	Servido por Magistrado.
	4	-	1	
	5	-	1	
	6	-	1	
	7	-	1	
	8	-	1	
	9	-	1	
	10	-	1	
	11	-	1	
	12	-	1	
	13	-	1	
	14	-	1	

Provincia	Partido judicial número	Exclusivos	Compatibles	Categoría del titular
Lugo.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	
	4	-	1	
	5	-	1	
	6	-	1	
	7	-	1	
	8	-	1	
9	-	1		
Ourense.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	
	4	-	1	
	5	-	1	
	6	-	1	
	7	-	1	
	8	-	1	
9	-	1		
Pontevedra.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	Servido por Magistrado.
	4	-	1	
	5	-	1	
	6	-	1	
	7	-	1	
	8	-	1	
	9	-	1	
	10	-	1	
11	-	1		

Provincia	Partido judicial número	Exclusivos	Compatibles	Categoría del titular
Pontevedra.	12	-	1	
	13	-	1	
Madrid				
Madrid.	1	-	1	
	2	-	1	Servido por Magistrado.
	3	-	1	
	4	-	1	Servido por Magistrado.
	5	-	1	Servido por Magistrado.
	6	-	1	Servido por Magistrado.
	7	-	1	
	8	-	1	
	9	-	1	Servido por Magistrado.
	10	-	1	Servido por Magistrado.
	11	2	-	
	12	-	1	Servido por Magistrado.
	13	-	1	Servido por Magistrado.
	14	-	1	Servido por Magistrado.
	15	-	1	Servido por Magistrado.
	16	-	1	Servido por Magistrado.
	17	-	1	Servido por Magistrado.
	18	-	1	Servido por Magistrado.
	19	-	1	Servido por Magistrado.
	20	-	1	
	21	-	1	
Murcia				
Murcia.	1	-	1	
	2	-	1	Servido por Magistrado.
	3	-	1	
	4	-	1	Servido por Magistrado.
	5	-	1	

Provincia	Partido judicial número	Exclusivos	Compatibles	Categoría del titular
Murcia.	6	1	-	
	7	-	1	
	8	-	1	
	9	-	1	
	10	-	1	
	11	-	1	
Navarra				
Navarra.	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	
	4	-	1	
	5	-	1	
	País Vasco			
Álava.				
	1	-	1	
	2	-	1	
Guipúzcoa.	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	
	4	-	1	
	5	-	1	
	6	-	1	
	Vizcaya.			
	1	-	1	
	2	-	1	Servido por Magistrado.
	3	-	1	
	4	1	-	
	5	-	1	
	6	-	1	Servido por Magistrado.

Provincia	Partido judicial número	Exclusivos	Compatibles	Categoría del titular
La Rioja				
La Rioja.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	
Ciudad de Ceuta				
Ceuta.				
	12	-	1	Servido por Magistrado.
Ciudad de Melilla				
Melilla.				
	8	-	1	Servido por Magistrado.
Total nacional		14	421»	

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por
Santiago Mir Puig

Concurrencia de culpas en accidentes laborales

Comentario a la SAP de Barcelona
de 2 de septiembre de 2003

CASTIÑEIRA PALOU, M.^a TERESA

LLOBET ANGLÍ, MARIONA

MONTANER FERNÁNDEZ, RAQUEL

Universidad Pompeu Fabra

SUMARIO: 1. Introducción. 1.1 Datos estadísticos. 1.2 La SAP de Barcelona de 2 de septiembre de 2003.-2. Criterios Jurisprudenciales. 2.1 Responsabilidad exclusiva del trabajador. 2.2 Responsabilidad exclusiva del empresario. 2.3 Concurrencia de culpas. 2.3.1 Degradar la culpa de grave a leve, o de leve a irrelevante penalmente. 2.3.2 Reducción de la cuantía de la indemnización en concepto de responsabilidad civil.-3. La concurrencia de culpas en la doctrina. 3.1 La concurrencia de culpas como una cuestión que afecta a la gravedad del injusto. 3.2 La concurrencia de culpas como un problema de autoría y participación.-4. Toma de postura. 4.1 La concurrencia de culpas en el ámbito de las relaciones laborales. 4.2 Conclusión: la SAP de Barcelona de 2 de septiembre de 2003.

1. INTRODUCCIÓN

1.1 Datos estadísticos

De enero a septiembre de 2004 se han producido un total de 1.236.063 accidentes de trabajo en España (1). 699 han sido mortales,

(1) Según el tipo de accidente se diferencia entre aquellos que han conllevado la baja en jornada de trabajo (646.522), los accidentes sin baja (528.421) y los accidentes con baja *in itinere* (61.120).

7.898 graves y 637.925 leves. El sector de actividad en el que se registra el mayor número de accidentes laborales es el sector de servicios, con un total de 279.737 accidentes. Le sigue el sector de la construcción, con 164.843 accidentes. Un análisis de la siniestralidad laboral en las distintas Comunidades Autónomas muestra cómo, también durante el período comprendido entre enero y septiembre de 2004 y en magnitudes totales, Cataluña es la Comunidad Autónoma con el índice más alto de accidentes laborales (118.700). La siguen Andalucía y Madrid (2). Por el contrario, la Comunidad Autónoma con el índice más bajo de siniestralidad laboral es La Rioja. Comparando el número de accidentes laborales producidos entre los años 2002 a 2004 en España, se comprueba cómo en el 2004 el número de accidentes leves y graves con baja en jornada laboral fue menor que en el año 2002. En cambio, en el 2004 aumentaron los accidentes laborales mortales respecto a los producidos en el 2002, pero disminuyeron respecto a los producidos en el 2003 (3).

1.2 La SAP de Barcelona de 2 de septiembre de 2003

El día 29 de abril de 1999 el señor Enrique Pociño Ferrera, oficial de primera, estaba trabajando en una obra de la calle Ramón y Cajal de Premiá de Mar (Barcelona). El encargado de la empresa para la que trabajaba, Manuel Andrés Macías Martín, le dio la orden de rejuntar las baldosas del lavadero. E. Pociño realizó el trabajo utilizando un caballete, al que se subió poniendo los pies en las barras intermedias, llevando en una mano un recipiente con cemento y en la otra una paleta para aplicarlo a las juntas. Al bajarse del caballete perdió el equilibrio y se precipitó por uno de los huecos de la fachada, que carecía de medidas de cerramiento, cayendo al suelo desde una altura de 3,5 metros. Como consecuencia del accidente, E. Pociño quedó tetrapléjico.

El Juzgado de Instrucción número 1 de Mataró, el 20 de mayo de 2003, condenó al empresario y al aparejador por un delito de lesiones imprudentes a la pena de un año de prisión y valoró la responsabilidad civil en 635.913 euros. No obstante, en el fundamento de

(2) Sin embargo, se parte de la distinción entre accidentes mortales, graves y leves, Andalucía es la Comunidad Autónoma con más accidentes laborales mortales (118.000 frente a los 113.000 de Cataluña) y graves (1.833 frente a los 1.274 de Cataluña).

(3) Datos extraídos del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, www.mtas.es/insht/statistics/mtas.htm.

derecho quinto se estableció lo siguiente: «conforme al artículo 152.3 y al 66.1 procede imponer a los acusados la pena de un año de prisión, dado que el resultado lesivo también se produjo por la imprudencia del accidentado».

Por lo que se refiere a la responsabilidad civil, los acusados sólo debían abonar el 60 por 100 de la misma, ya que la sentencia consideró que el trabajador participó en un 40 por 100 de la producción del resultado por su propia imprudencia. Aplicó una regla de negligencia compartida o, en terminología española, de compensación de culpas.

Contra esta resolución se interpuso recurso de apelación por el empresario y el aparejador, el cual fue aceptado por la SAP Barcelona, Penal Sec. 2.^a, 2 de septiembre de 2003 (Ar. 619; MP: Pedro Martín García). Esta sentencia entendió que si bien causalmente contribuyeron al resultado el comportamiento imprudente del empresario y del aparejador, al no haber medidas de seguridad, quien determinó el accidente producido fue el trabajador, ya que la infracción del deber objetivo de cuidado de éste fue de mayor entidad que el atribuible al empresario. Esta conclusión se basó en la consideración de que E. Pociño omitió las más elementales normas de cuidado porque, aun no habiendo existido o precisamente por la ausencia de las medidas de seguridad obligatorias, el trabajador debió adoptar las medidas necesarias para evitar el accidente, teniendo en cuenta la situación real. La producción del resultado era más previsible para el trabajador y a él se le imputa el resultado. En consecuencia, absolvió a los dos condenados por la sentencia de instancia.

Como se pone de relieve en la sentencia del Juzgado de Mataró, se trata de un caso en el que dos riesgos distintos contribuyen a la producción del resultado: el creado por el empresario y el aparejador, al haber retirado las medidas de seguridad preceptivas, y el creado por el trabajador, al realizar el trabajo que le habían ordenado sin haber adoptado las debidas medidas de seguridad y conociendo el riesgo que asumía. El Juzgado de Mataró entendió que se trataba de un caso de concurrencia de culpas y el comportamiento imprudente del trabajador se tomó en consideración para la duración de la pena privativa de libertad, por lo que, aparentemente, se aplicó una atenuante que se basaba en que «el resultado lesivo también se produjo por la imprudencia del accidentado» y, sobre todo, en la determinación de la cuantía de la responsabilidad civil. En cambio, la AP de Barcelona consideró más relevante el riesgo creado por el trabajador y absolvió a los dos acusados.

2. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

El análisis de las sentencias dictadas en casos similares pone de manifiesto que existen supuestos de hecho bastante distintos y también soluciones diversas.

2.1 Responsabilidad exclusiva del trabajador

En un primer grupo de casos se considera que quien ha creado el riesgo que se realiza en el resultado es el trabajador. Aquí pueden darse dos situaciones distintas: *a)* que el empresario no haya creado riesgo alguno y *b)* que el empresario haya creado un riesgo distinto del que se ha realizado en el resultado.

a) No creación de riesgo por parte del empresario

En este supuesto se incluyen aquellos casos en los que el empresario no ha creado riesgo alguno. Por ejemplo:

SAP Barcelona, Penal Sec. 5.^a, de 12 de enero de 2000 (Ar. 278; MP: María Rosa Fernández Palma): tanto la AP como el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Manresa absolvieron a los acusados (empresarios) de una falta de imprudencia con resultado de muerte. En este supuesto, el señor M. T. trabajaba en calidad de oficial de 1.^a para la empresa Potasas del Llobregat, S. A., siendo su inmediatamente superior Isidro M. S., como encargado de los talleres eléctricos, quien encomendó a aquél y a su compañero, señor P. R., la reparación de uno de los fluorescentes que no lucía, sin que les añadiera instrucción alguna acerca de las medidas de seguridad adecuadas para realizar la reparación. Además, resultan de interés los siguientes datos: 1.^o La cualificación profesional del trabajador, 2.^o El amplio período en que venía desempeñando el cargo, 3.^o La ausencia de dificultades especiales de la tarea encomendada, al ser una de las que se realizan de forma habitual, y 4.^o La manipulación de la pantalla del fluorescente, una vez comprobado que no volvía a lucir, sin el cumplimiento de las más elementales normas de seguridad, como es el corte de tensión. La parte recurrente alegó que los encargados de la empresa no instruyeron a los trabajadores sobre las medidas de seguridad que debían emplear para la realización del cambio del fluorescente, a la vista del estado de humedad en que se encontraba la zona en la que debían operar. Sin embargo, la Audiencia consideró que «resulta decisiva la naturaleza habitual del trabajo encomendado, así como la larga experiencia del señor M. T. como oficial de 1.^a electricista, que conducen a concluir que la realización de este trabajo en concreto no requería de instrucciones especiales, habida cuenta del conocimiento que aquél poseía, de acuerdo con su larga experiencia, de las condiciones de seguridad óptimas para su realización y que su ausencia viene motivada no por el proceder imprudente del encargado, sino por el convencimiento de ambos de que al tratarse de una labor habitual las medidas de seguridad eran plenamente conocidas y respetadas, a la vista de la ausencia de antecedentes de

accidentes en el señor M. T.». Y añade, «la obligación del empresario o delegado debe terminar en el momento en que el trabajador, conocedor de las medidas de seguridad adecuadas, decide voluntariamente la configuración de una actividad generadora de riesgo, con incumplimiento de las normas elementales de seguridad. Y ello porque las labores de vigilancia del encargado no pueden reputarse infinitas, de forma que deban responder de conductas de autopuesta en peligro voluntaria por parte de la víctima no sólo porque no conseguirían evitar los daños derivados de aquélla, sino porque la obligación de vigilancia y control debe tener su límite en el principio de autorresponsabilidad de la víctima», lo que conlleva, en este caso, la ausencia de imputación objetiva del comportamiento al autor. Por tanto, en este supuesto no hay ni tan sólo infracción de una norma de cuidado por parte del empresario.

b) *Creación por parte del empresario de un riesgo distinto del que se realiza en el resultado*

En este grupo de casos existe un comportamiento imprudente del empresario y otro del trabajador, pero el riesgo creado por el empresario es distinto y está desconectado del resultado, que se imputa exclusivamente al riesgo creado por el trabajador. Por ejemplo:

SAP Barcelona, Penal Sec. 6.^a, de 11 de julio de 2002 (Ar. 645; MP: Ignacio Gallego Soler): un trabajador falleció al quedar atrapado por una máquina que estaba protegida, vallada y aislada de conformidad con la normativa europea vigente al momento de su compra, asumiendo el trabajador el riesgo al acceder dentro de la valla. El trabajo del fallecido consistía en controlar los adoquines que pasaban por una cinta transportadora con el fin de sustituir los que no se encontrasen en buen estado. Los correctos entraban por la valla cerrada, denominada jaula, para ser empaquetados por una máquina denominada pulpo. A pesar de estar vallado el recinto por donde se producía la función de paletizar, quedaba un pequeño hueco entre la valla y la cinta portadora por el que, aun estando prohibido, entraba algún trabajador a retirar los adoquines caídos. Hueco o apertura cuyo cerramiento era responsabilidad del empresario. La AP, a diferencia del Juzgado de lo Penal núm. 16 de Barcelona, declaró la libre absolución de Francisco Javier R. A., persona encargada de que las instalaciones de la empresa reunieran los requisitos necesarios de seguridad. Según el Tribunal, «la actuación del trabajador permite negar la atribución del resultado de muerte a la eventual conducta negligente que pudiese existir por parte del señor R.», pues el trabajador asumió el riesgo al acceder dentro de la valla (4).

Del mismo modo, la SAP Barcelona, Penal Sec. 2.^a, de 2 de septiembre de 2003 (Ar. 619), entendió que el caso del señor E. Pociño se trataba de uno de los supuestos en que la imprudencia del trabajador interrumpía el nexo de imputación del riesgo creado por el empresario,

(4) Más información en CASTIÑEIRA PALOU, M. T./LLOBET ANGLÍ, M./MONTANER FERNÁNDEZ, R., «Accidentes de trabajo, medidas de seguridad y concurrencia de culpas: criterios jurisprudenciales», en *InDret*, 1/2005 (www.indret.com).

y consideró que el comportamiento de este último era irrelevante penalmente. La AP entendió que el señor E. Pociño al realizar el trabajo subido en un caballete, situado en un lugar próximo a un hueco en la fachada en el que no había protección alguna, fue clamorosamente imprudente y, sin negar que el comportamiento del empresario y del aparejador también fue imprudente, consideró «que la infracción del deber objetivo de cuidado de E. Pociño fue de mayor entidad que la del empresario en cuanto fue él quien determinó en exclusiva la forma y circunstancias de su realización, determinando en última instancia el accidente producido».

2.2 Responsabilidad exclusiva del empresario

En este supuesto se produce la misma situación que en el caso de responsabilidad exclusiva del trabajador. Hay un primer grupo de casos en los que el trabajador no crea riesgo alguno y otro en el que el trabajador crea un riesgo distinto del que se realiza en el resultado.

a) *No creación de riesgo por parte del trabajador*

En este grupo de casos sólo se da un riesgo: el creado por el empresario. Por ejemplo:

SAP Huesca, Penal, de 11 de enero de 2001 (Ar. 135; MP: Antonio Angós Ullate): un obrero cayó al vacío desde la obra en la que trabajaba sufriendo, como consecuencia, lesiones. En dicha obra no había andamio, ni plataforma, ni red que pudieran impedir la caída del obrero, ni tampoco existían las protecciones colectivas y personales previstas en el plan de seguridad y salud. Parece que en la caseta había cinturones de seguridad, pero el encargado no controlaba su uso. Por tanto, el empresario había incumplido prácticamente todas las medidas de seguridad. En cuanto a los cinturones de seguridad, cuyo uso podría haber impedido la caída, se dice que estaban en la caseta, pero se da a entender que el empresario no había impartido las instrucciones pertinentes a los trabajadores. Si los trabajadores están informados acerca de la existencia y situaciones en que deben usar los cinturones de seguridad, el empresario no tiene por qué controlar constantemente si los usan, pero esto no es lo que sucede en este caso: aquí ni siquiera se «habían impartido de forma expresa las instrucciones pertinentes».

En este apartado hay que destacar dos tipos de casos que se plantean con mucha frecuencia en la práctica y que no siempre se resuelven igual: el cumplimiento de órdenes del empresario y la habituación al riesgo.

En el primer grupo de casos normalmente se cumplen órdenes de trabajar en condiciones peligrosas. Por ejemplo:

SAP Madrid, Penal Sec. 23.^a, de 15 de noviembre de 2002 (Ar. 63395; MP: Jesús Eduardo Gutiérrez Gómez): un trabajador se encontraba trabajando en una cubierta, a unos 12 metros de altura, colocando unos paneles de PVC a lo largo de las viguetas del techo, cuando un golpe de viento provocó la caída del trabajador y el fallecimiento del mismo. Este trabajo se realizó sin ningún tipo de protección frente a las caídas, pues no existían pasarelas, ni plataformas, ni barandillas, ni redes de seguridad, ni medios de anclaje de cinturones. Se trata de un caso en el que la imprudencia del trabajador simplemente parece consistir en realizar el trabajo sin las condiciones de seguridad que el empresario no había proporcionado, es decir, un supuesto en que las medidas de seguridad pura y simplemente no existían.

En este supuesto, el trabajador se cayó porque no había medida de seguridad alguna en la obra en la que trabajaba. La única conducta negligente, por su parte, sería trabajar aceptando la falta de medidas de seguridad, y sin poder protegerse de otra manera, pero esta negligencia no puede ser relevante penalmente. Como indica la reciente SAP Tarragona, Penal Sec. 2.^a, 13 de abril de 2004 (Ar. 152889; MP: Joan Perarnau Moya), «si el deber de cuidado infringido por la víctima con su intervención es consecuencia de la orden recibida por el empresario o encargado, ello no tiene relevancia a la hora de afirmar la responsabilidad de éstos».

A partir de hechos similares no todas las sentencias llegan a la misma conclusión. Por ejemplo, la de la AP de Barcelona, que resuelve el caso de E. Pociño, parte de la premisa totalmente opuesta y, por tanto, llega a la solución de culpa exclusiva de la víctima. Finalmente, en algún otro caso, se ha considerado que hechos similares a los de estas dos últimas sentencias daban lugar a la solución de la concurrencia de culpas. Por ejemplo, la SAP Alicante, Penal Sec. 3.^a, de 20 de abril de 2002 (Ar. 459; MP: José Daniel Mira-Perceval Verdú), resuelve un caso en el que dos obreros cayeron de un andamio, produciéndose la muerte de uno y sufriendo el otro graves lesiones, ya que no existían los anclajes preceptivos, por lo que los obreros no pudieron anclar el cinturón. Esta sentencia consideró que se trataba de un caso de concurrencia de culpas y degradó la imprudencia de los responsables de grave a leve. Aunque también en este supuesto el empresario incumplió con sus obligaciones, el acatamiento de las órdenes por parte de los trabajadores es tratado de distinta forma. Por tanto, el acatamiento de las órdenes del empresario ha dado lugar a tres soluciones distintas: culpa exclusiva del trabajador, culpa exclusiva del empresario y concurrencia de culpas.

En el segundo grupo de casos, si existe habituación al riesgo, se considera que no hay comportamiento imprudente por parte del trabajador:

SAP Madrid, Penal Sec. 15.^a, de 23 de febrero de 2004 (Ar. 599; MP: Alberto Jorge Barreiro): Irene prestaba su trabajo como ayudante en la empresa

Friopan Europea, S. L. En concreto, desempeñaba sus servicios en una máquina de línea semiautomática para la producción de pan, que cuenta con una cinta transportadora y formadora de barras de pan, y su trabajo consistía en colocar en la cinta las bandejas vacías y recogerlas llenas de pan. Dicha máquina disponía de una tapa-resguardo móvil, que protegía la zona de atrapamiento, que generalmente se encontraba retirada de su lugar de enclave. Según las normas de seguridad, la referida máquina debe contar con paneles de resguardo fijo, de modo que para retirar los mismos y acceder a la cinta ante cualquier incidente sea preciso parar la línea de funcionamiento. El día de autos, mientras Irene realizaba su trabajo, se enganchó una barra de pan dentro de la máquina que tenía retirada la tapa-resguardo y, siguiendo instrucciones expresas del acusado, sin poder parar la máquina para seguir con la línea de producción, metió la mano izquierda en la cinta con la finalidad de retirar la masa, produciéndose un atrapamiento de la mano. La trabajadora sufrió unas lesiones consistentes en pérdida incompleta del primer dedo y fractura del segundo dedo de la mano izquierda, así como pérdida de falange del primer dedo de pie derecho.

El Juzgado de lo Penal núm. 1 de Getafe condenó al acusado Claudio como autor responsable de un delito de lesiones imprudentes. La AP de Madrid también reconoció la responsabilidad de Claudio y excluyó la posibilidad de considerar el caso como uno de concurrencia de culpas, ya que el método de trabajo empleado por la trabajadora siniestrada era el habitual y normal en la labor diaria de la empresa: «analizando las cuestiones jurídicas desde la perspectiva de la víctima, si bien resulta incuestionable que ésta intervino causalmente en el resultado (plano causal-naturalístico), ello no quiere decir que pueda imputársele objetivamente el mismo a su conducta (plano axiológico-jurídico de la imputación objetiva). Y ello porque en esta clase de imprudencias laborales el deber objetivo de cuidado del empresario o de su delegado en la obra comprende también la previsión y la neutralización de los riesgos derivados de las negligencias en que pudieran incurrir los trabajadores vinculados a la propia propensión al riesgo del trabajo que prestan. Pues, como es sabido, la familiarización con el riesgo y la habituación a los ámbitos de peligro deriva en un desprecio por las situaciones arriesgadas. Desprecio que ha de ser previsto y vigilado por el empresario y sus delegados, que han de acentuar la vigilancia y la dirección presencial para evitar las situaciones de esa índole, imponiendo para ello de forma estricta el cumplimiento de las medidas de seguridad y facilitando los medios para su aplicación». No obstante, hablar de estos deberes de control y vigilancia, en este supuesto, parece superfluo. Son hechos probados que la trabajadora metió la mano izquierda en la cinta porque siguió instrucciones expresas del acusado (y no porque el empresario no la vigilaba) y que la máquina no contaba con los preceptivos paneles de resguardo fijo.

- b) *Casos en los que pese a existir una conducta descuidada por parte del trabajador el riesgo que se realiza en el resultado es exclusivamente el creado por el empresario*

Por ejemplo:

STS, 2.^a, de 5 de septiembre de 2001 (Ar. 8340; MP: Joaquín Delgado García): un trabajador falleció al caer por el hueco de la escalera desde la planta segunda de un edificio en construcción en el que trabajaba, al no tener dicho hueco medida de seguridad alguna. La Sentencia de la Audiencia de Murcia absolvió al arquitecto técnico y al empresario del delito de homicidio por imprudencia grave que les era imputado. Contra la anterior resolución recurrió en casación la acusación particular. El TS aceptó el recurso y dictó segunda Sentencia en la que condenó a los acusados como autores de un delito de homicidio por imprudencia grave. Según esta sentencia no «puede ser una excusa la evidente existencia de un descuido de la víctima en la realización de su trabajo, al no haberse dado cuenta que allí estaba ese hueco de escalera, de modo que caminando hacia atrás se precipitó en el vacío. Es un principio definitivamente adquirido en el ámbito de las relaciones laborales el de la protección del trabajador frente a sus propias imprudencias profesionales, principio que inspira toda la legislación en materia de accidentes de trabajo. La propia dedicación a la tarea encomendada, como en este caso la realización del apuntalamiento de la futura techumbre, concentra la mente del obrero en esa tarea y si tiene un descuido ha de estar protegido para evitar, pese a ello, el percance». En este caso, pese a que el Tribunal consideró que concurría una conducta descuidada por parte del trabajador, la que explicó el resultado fue únicamente la imprudencia creada por el empresario.

En los casos de responsabilidad del empresario hay que destacar una línea jurisprudencial que le impone un deber de vigilancia respecto a los trabajadores, deber que no se cumple únicamente con un respeto escrupuloso de la normativa que regula las medidas de seguridad que deben adoptarse, sino que el empresario debe, además, vigilar constantemente que los trabajadores utilicen dichas medidas. Pero, hay que decir que la mayoría de los casos en los que se hace referencia a este criterio, son de clara responsabilidad del empresario (5). Por ejemplo:

SAP Jaén, Penal Sec. 2.^a, de 18 de enero de 2001 (Ar. 28; MP: José Antonio Córdoba García): se instaló un elevador para retirar la cubierta de piedra de una vivienda. Emilio era el trabajador encargado de cargar el escombros y hacerlo descender. Debido a la inadecuada fijación y a la carga excesiva del elevador, éste se soltó y cayó a la calle causando la muerte de Emilio, que no llevaba casco ni cinturón puesto que no existían en la obra. En este caso, se condenó al empresario por imprudencia leve aludiéndose al deber que éste tiene de neutralizar la posible

(5) Véase CASTIÑEIRA PALOU, M. T./LLOBET ANGLÍ, M./MONTANER FERNÁNDEZ, R., «Accidentes de trabajo, medidas de seguridad y concurrencia de culpas: criterios jurisprudenciales», en *Indret* 1/2005 (www.indret.com).

imprudencia del trabajador. No obstante, se hubiera llegado a la misma solución partiendo de criterios de imputación objetiva, pues, en este caso, el trabajador no infringió norma de cuidado alguna al cumplir las órdenes dadas por el empresario, según la línea jurisprudencial que acabamos de mencionar.

2.3 Concurrencia de culpas

Aquí se incluyen aquellos casos en los que el resultado se debe al riesgo creado por el empresario y al riesgo creado por el trabajador, es decir, casos en que ninguno de los riesgos por sí sólo es suficiente para producir el resultado, que sólo se puede imputar a la concurrencia de ambos. La jurisprudencia aplica dos soluciones que no son incompatibles.

2.3.1 DEGRADAR LA CULPA DE GRAVE A LEVE, O DE LEVE A IRRELEVANTE PENALMENTE

Con frecuencia, cuando concurren comportamientos imprudentes tanto por parte del trabajador como por parte del empresario, la jurisprudencia degrada la imprudencia. Se trata de un criterio aplicado en bastantes sentencias, la mayoría de las cuales no lo alegan de forma expresa, pero acaban condenando por imprudencia leve en casos en que hay culpa grave. Por ejemplo:

SAP Madrid, Penal Sec. 6.ª, de 11 de enero de 2002 (Ar. 95983; MP: Pedro Javier Rodríguez González-Palacios): un trabajador falleció al quedar atrapado en el interior de la máquina que manejaba debido a su falta de cualificación y de la formación necesaria para manejarla, y a las deficiencias de los sistemas de seguridad de dicha máquina. El Juzgado de lo Penal condenó por un delito de homicidio imprudente a los administradores de la empresa para la que trabajaba la víctima. No obstante, la AP degradó la imprudencia de grave a leve, considerando que la víctima cometió una acción imprudente al intentar desatascar la máquina estando la misma en funcionamiento y con la puerta de seguridad de acceso a la misma cerrada, con lo que contribuyó causalmente al accidente (6).

Este criterio de solución es discutible. No resulta fácil entender por qué el comportamiento descuidado del trabajador puede degradar la culpa del empresario hasta el punto de convertirla en leve o en irrelevante para el derecho penal. No es fácil defender que una conducta

(6) Más información en CASTIÑEIRA PALOU, M. T./LLOBET ANGLÍ, M./MONTANER FERNÁNDEZ, R., «Accidentes de trabajo, medidas de seguridad y concurrencia de culpas: criterios jurisprudenciales», en *Indret* 1/2005 (www.indret.com).

posterior, la del trabajador, cambie la gravedad de una anterior, la del empresario (7).

2.3.2 REDUCCIÓN DE LA CUANTÍA DE LA INDEMNIZACIÓN EN CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Al margen, y además, de la calificación de la imprudencia y de la imputación a uno u a otro, la jurisprudencia introduce consideraciones de compensación en la responsabilidad civil. Se reduce la cuantía de la indemnización en concepto de responsabilidad civil en función del grado de influencia que el comportamiento negligente del sujeto pasivo haya tenido en la producción del daño.

La consideración de que la concurrencia de un comportamiento imprudente del trabajador determina una disminución de la responsabilidad civil del empresario deriva de lo establecido en el artículo 114 CP: *«si la víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, los Jueces o Tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización»*.

Esta segunda posibilidad, reducir la cuantía de la responsabilidad civil, se usó en la sentencia del Juzgado de Mataró de 20 de mayo de 2003 (8) que cuantificó la influencia de la imprudencia de la víctima en un 40 por 100 y redujo la indemnización en concepto de responsabilidad civil. En cambio, cuando se recurre este caso ante la AP de Barcelona, ésta, al considerar que la culpa relevante fue del trabajador, absuelve del delito de lesiones imprudentes y, por tanto, desaparece la responsabilidad civil derivada de delito.

3. LA CONCURRENCIA DE CULPAS EN LA DOCTRINA

3.1 La concurrencia de culpas como una cuestión que afecta a la gravedad del injusto

Hay quien considera que la concurrencia de culpas es una cuestión que afecta a la gravedad del propio injusto. Esta consideración puede llevar a dos soluciones distintas:

(7) Véase, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. Parte General*, vol. II, 5.ª ed., Madrid, 1997, pp. 165-166.

(8) Que se ocupa del caso E. Pociño y que posteriormente dio lugar al recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de septiembre de 2003.

a) Degradar la imprudencia de grave a leve o de leve a irrelevante. Según este criterio, la concurrencia de culpas se toma en consideración para determinar la gravedad del injusto, de manera que en los casos en que el resultado sólo se explica por la concurrencia de los dos comportamientos, la gravedad de la infracción de la norma de cuidado sería menor. Es decir, «si *ex post* se comprueba que sólo una parte del riesgo creado *ex ante* por la infracción del deber de cuidado del “empresario” se ha realizado en el resultado sólo se le podrá imputar una imprudencia leve» (9). Según esta postura, la concurrencia de culpas se resuelve como un caso de autoría accesoria (10) de la víctima y el autor, en el que sería de aplicación los criterios generales de imputación, es decir, el presupuesto de imputación, la relación de autoría y la relación de riesgo.

Por el contrario, otros autores entienden que, en los supuestos de concurrencia de culpas, caracterizados porque la contribución de la víctima «tiene una influencia real y decisiva en la producción del resultado», lo más adecuado es apreciar una disminución del injusto en el lado del autor, entendiendo que el resultado sólo *se ha producido a medias*. La consecuencia de ello, partiendo de que no procede la atribución de todo el suceso al autor, será la reducción de su responsabilidad (11).

b) Aplicar una circunstancia atenuante. Según esta solución, para valorar la contribución de la víctima al injusto se debe partir del análisis de «la delimitación del ámbito del tipo en términos de imputación objetiva». La contribución de la víctima puede disminuir dicho injusto, de modo que se puede fundamentar la atenuación de la pena del autor (12). Bajo esta perspectiva, la solución habría de buscarse en

(9) JOSHI JUBERT, U., «Concurrencia de culpas y conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas (Comentario a la STS de 25 de octubre de 1988)», en *ADPCP*, 1989, pp. 731-748, pp. 740 y ss. También CORCOY BIDASOLO, M./CARDENAL MONTRAVETA, S./HORTAL IBARRA, J. C., «Protección penal de los accidentes laborales. A propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 2.ª) de 2 de septiembre de 2003», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 71, tercer trimestre 2003, pp. 61 y 63; también en CORCOY BIDASOLO, M., «Delitos laborales. Ámbito y eficacia de la protección penal de los derechos de los trabajadores», en CONDE PUMPIDO FERREIRO (Dir.), *Derecho Penal Económico*, tomo II, CDJ, 2003, pp. 89-128, pp. 119-128.

(10) La autoría accesoria no es admitida por todos, por ejemplo no la admite en los supuestos de concurrencia de culpas, CANCIO MELIÁ, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2.ª ed., Barcelona, 2001, p. 347.

(11) Véase CANCIO MELIÁ, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2.ª ed., Barcelona, 2001, p. 347.

(12) TAMARIT SUMALLA, J. M., *La víctima en el Derecho Penal*, Pamplona, 1998, p. 99.

la delimitación de los ámbitos de responsabilidad, configurándose el principio de autorresponsabilidad como un elemento a tener en cuenta en la formación del injusto (13).

Si la contribución de la víctima es una razón para graduar el injusto, el Derecho vigente sólo ofrece una posibilidad: recurrir a la atenuante analógica. Para evitar el recurso a la atenuante analógica se ha propuesto la creación de una nueva atenuante del tenor siguiente: «*la de haber contribuido el ofendido de modo significativo a la producción del hecho típico, con una acción u omisión dolosa o culposa*» (14). En el comentado caso de E. Pociño, el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Mataró aplicó una atenuante sin la especificación de su base legal, basándose en que «*el resultado lesivo también se produjo por la imprudencia del accidentado*».

3.2 La concurrencia de culpas como un problema de autoría y participación

Para la doctrina que sostiene esta postura (15), no exenta de críticas (16), la concurrencia de imprudencias puede dar lugar a tres situaciones:

a) Que la imprudencia concurrente junto a la del autor, ya sea la de un tercero o de un sujeto pasivo, sea «la única que determine objetivamente el curso del hecho, mientras que la conducta imprudente del sujeto sea meramente favorecedora de aquélla y por tanto *no haya autoría imprudente*, sino sólo una impune participación» (17). Si se

(13) TAMARIT SUMALLA, J. M., *La víctima en el Derecho Penal*, Pamplona, 1998, p. 103.

(14) *Ibidem*.

(15) Véase LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Madrid, 1996, p. 526-527; siguiendo a LUZÓN, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M./PAREDES CASTAÑÓN, J. M., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999, ponente Bacigalupo Zapater», en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./PAREDES CASTAÑÓN, J. M (Coords.), *Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor*, León, 2004, pp. 47-85.

(16) Crítica a esta solución, CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, 1989, quien entiende que «la concurrencia de dos o más conductas de distintos sujetos, no se soluciona, en el hecho imprudente, atendiendo exclusivamente a criterios de autoría y participación», p. 349.

(17) LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Madrid, 1996, p. 526.

partiera de la óptica de la imputación objetiva (18), esto se correspondería con los casos en los que, pese a concurrir un comportamiento imprudente del empresario, el riesgo que explica el resultado es el creado por el propio trabajador. En cualquier caso, la conclusión a la que llegamos es la de que este supuesto no es de concurrencia de culpas y que, por tanto, el empresario no sería responsable penalmente.

b) Que aun concurriendo la imprudencia de un tercero o del mismo sujeto pasivo, la conducta imprudente del agente constituya autoría y sea igualmente impune. Puede haber autoría o bien porque la conducta del autor sea la única que determine objetivamente el hecho (la *única autoría*), configurándose la conducta del tercero como meramente favorecedora, o bien por tratarse de autoría accesoria (ambas conductas concurrentes, aun decididas por separado, co-determinen objetivamente el curso del hecho). Pero aunque exista autoría, el agente puede ser impune «por *falta de imputación objetiva* del resultado a esa conducta imprudente, por ser inadecuado el curso causal, o por no realizar el resultado precisamente el peligro que quería evitar la norma de cuidado» (19). Según esta concepción doctrinal, antes del filtro de la imputación objetiva, debe superarse el filtro de la autoría y participación. Si éste no se supera, no tiene sentido plantearse la imputación objetiva del resultado. Desde nuestro punto de vista, y sirviéndonos de la teoría de la imputación objetiva, este supuesto tampoco sería un caso de concurrencia de culpas, pues faltaría la imputación de segundo nivel o *ex post*.

c) En último lugar, puede ser que aun la existencia de otra imprudencia concurrente, «la conducta imprudente del sujeto constituya autoría y también le sea objetivamente imputable el resultado» (20). Es en este grupo donde, según nuestro criterio, se situarían los casos reales de concurrencia de culpas, esto es, los supuestos en los que tanto la conducta del autor como la conducta de la víctima explican el resultado. En este nivel ya se ha superado el

(18) También se sirven de los criterios de imputación objetiva antes de afirmar la concurrencia de culpas en un determinado caso, CORCOY BIDASOLO, M./CARDENAL MONTRAVETA, S./HORTAL IBARRA, J. C., «Protección penal de los accidentes laborales. A propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 2.ª) de 2 de septiembre de 2003», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 71, tercer trimestre de 2003, pp. 61-67.

(19) LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Madrid, 1996, p. 526-527.

(20) *Ibidem*.

filtro de la autoría y participación. A partir de aquí se plantean dos posibilidades:

1. Si la imprudencia concurrente de la víctima o de un tercero es leve y la influencia causal en el resultado es mínima, *no se modificará el grado* de imprudencia que inicialmente correspondía a la conducta del agente;

2. si la imprudencia concurrente de la víctima o de un tercero aparece como una «aportación causal de cierta importancia al resultado» (21), se degradará la imprudencia inicial del autor, es decir, podrá pasar de imprudencia grave a leve. La razón de esta degradación es que «una imprudencia, que inicial y aisladamente podría calificarse de grave infracción de una norma de cuidado y con un alto grado de peligro, puede no desplegarse y concretarse total y plenamente en la producción concreta del resultado, de modo que la imputación objetiva del resultado concreto deba hacerse a una conducta del autor que, por la aportación causal de la otra conducta imprudente, normativamente ya no cabe considerar tan peligrosa respecto de ese concreto curso causal lesivo» (21). La valoración de la imprudencia del autor en los casos de concurrencia de culpas no puede hacerse de forma aislada, puesto que también forma parte del injusto la imprudencia de la víctima.

Pese a que esta postura parta del parámetro de la autoría y participación para abordar el tema de la concurrencia de culpas, también se sirve de la teoría de la imputación objetiva.

4. TOMA DE POSTURA

4.1 **La concurrencia de culpas en el ámbito de las relaciones laborales**

En el ámbito de las relaciones laborales, el empresario tiene una serie de deberes para con sus trabajadores y es necesario determinar el alcance de estos deberes. Se ha dicho que dado el contexto social, donde el desempleo es uno de los grandes problemas, el trabajador está en una «situación de especial necesidad de protección», pues

(21) LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Madrid, 1996, p. 527.

depende de la continuación de la empresa (22). Esta idea llevada al extremo puede ser peligrosa, puesto que el trabajador, actuando amparado por un deber de protección «casi universal» del empresario, puede actuar impunemente pese a su capacidad de responder jurídicopenalmente. Por otra parte, hay autores que consideran que sólo en contadas ocasiones se va a poder hacer responsable por un delito comisivo a un órgano directivo por conductas incorrectas de alguno de sus subordinados, y ello con base en la regla general de que los trabajadores que se contratan serán capaces o dignos de confianza a la hora de asumir las funciones que se le asignen (23). La responsabilidad penal del empresario no puede configurarse como una responsabilidad objetiva, puesto que los trabajadores son sujetos autorresponsables (24). Con todo, hay casos en los que el empresario debe prever la posibilidad de comportamientos descuidados por parte del trabajador, por ejemplo, por cansancio en caso de largas jornadas laborales. Hay que reconocer que la delimitación no es fácil.

Está claro que, en el ámbito de las relaciones laborales, el ordenamiento puede atribuir ciertas funciones de tutela al sujeto que dirige y organiza la actividad frente a determinadas puestas en peligro de otros intervinientes (25), en este caso los trabajadores. Obviamente, el empresario está obligado a cumplir con las medidas de seguridad requeridas y a proporcionar los medios necesarios y adecuados para la realización de las tareas por parte del trabajador. Asimismo, debe establecer determinados mecanismos de control para que los trabajadores realicen su actividad conforme a las medidas y medios suministrados, y ello con independencia, hasta cierto punto, de las posibles conductas

(22) SCHÜNEMANN, B., «Cuestiones fundamentales político-criminales y dogmáticas de la criminalidad empresarial –tomando el ejemplo del Derecho penal laboral desde una perspectiva europea» (traducido por Sacher, M., y Bolea Bardón, C.). *Traducción inédita*, Título original «Die kriminalpolitischen und dogmatischen Grundfragen der Unternehmenskriminalität-am Beispiel des Arbeitsschutzstrafrechts in europäischer Perspektive», en *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi*, Neuwied, 2004, p. 2.

(23) Véase FRISCH, W., «Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo» (traducido por Paredes Castañón, J. M), en Mir Puig/Luzón Peña (Coords.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, 1996, p. 109.

(24) Sobre el concepto de autorresponsabilidad, véase ROBLES PLANAS, R., *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid, 2003, pp. 166 y ss., pp. 290-292.

(25) CANCIO MELIÁ, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2.ª ed., Barcelona, 2001, pp. 312-315.

generadoras de riesgo de los propios trabajadores (26). En muchos casos son los propios trabajadores los que se resisten a hacer uso de las medidas de seguridad proporcionadas por sus superiores. Pese a los deberes que se imponen al empresario, hay casos en que hay que imputar la actividad arriesgada a la víctima. La extensión de los deberes de tutela del empresario no es absoluta. El deber de vigilancia del empresario no es ilimitado. Uno de estos límites lo constituye la libre elección por parte del trabajador de «la configuración de la actividad generadora de riesgo» (27). En este punto, el principio de autorresponsabilidad juega un importante papel limitador de las obligaciones de tutela del empresario (27).

La autopuesta en peligro, excluirá la responsabilidad del autor (28) en aquellos casos en que la víctima «puede elegir sin interferencias ajenas entre enfrentarse al riesgo o no hacerlo; pero no cuando la situación de peligro es impuesta por el autor a la víctima» y ésta no tenga más remedio que poner en peligro sus propios bienes jurídicos (29). Trasladando esto al ámbito de la siniestralidad laboral, no siempre se podrá sostener la responsabilidad exclusiva del empresario, sino que puede existir la responsabilidad exclusiva de la víctima o concurrencia de culpas. De este modo, para decidir cuál es la inciden-

(26) Hay que tener en cuenta que «buena parte de los accidentes de trabajo sobrevienen por la resistencia de los trabajadores a emplear los medios de protección y las medidas de seguridad exigidas en su propio beneficio», CANCIO MELIÁ, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2.^a ed., Barcelona, 2001, pp. 312 y 313.

(27) CANCIO MELIÁ, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2.^a ed., Barcelona, 2001, p. 314.

(28) Según BONET ESTEVA, M., *La víctima del delito (La autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto)*, Madrid, 1999, «la autopuesta en peligro existe y debe ser operativa en el ámbito de la exclusión del tipo de injusto», p. 253.

(29) GONZÁLEZ CUSSAC, J. L./MIRA BENAVENT, J., «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999, ponente Bacigalupo Zapater», en GARCÍA CONLLEDO, M./PAREDES CASTAÑÓN, J. M (Coords.), *Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor*, León, 2004, p. 122; en el mismo sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Actuación de la víctima e imputación objetiva (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999)», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 5 (2000), «el principio de autorresponsabilidad tiene efectos en el ámbito del tipo aunque la víctima no haya asumido o querido el resultado, pero éste sea fruto de una decisión libre y responsable en la que no ha intervenido de forma ilegítima un tercero», p. 326.

cia de la conducta del trabajador en el accidente producido y del que resulta ser víctima, se tendrá en cuenta si tenía la posibilidad de elegir entre enfrentarse o no al riesgo.

Aquí se considera que únicamente existe concurrencia de culpas penalmente relevante cuando el resultado sólo se explica por el comportamiento del empresario y del trabajador; es decir, cuando el resultado es consecuencia de la concurrencia de los dos riesgos y no se puede imputar a ninguno de ellos por sí solo. Si el único riesgo hubiera sido el creado por el empresario, el resultado no se hubiera producido, y si sólo hubiera existido el riesgo creado por el trabajador, tampoco. Solamente la concurrencia conjunta de los dos riesgos explica la producción del resultado. A ninguno de los dos se le puede imputar la totalidad del resultado, por eso el injusto del que cada uno debe responder es menor, y esto es lo que explica la búsqueda de soluciones que permitan atenuar la responsabilidad y adaptarla a la responsabilidad real.

4.2 Conclusión: la SAP de Barcelona de 2 de septiembre de 2003

La decisión de la AP de Barcelona, Penal, Sección 2.^a, 2 de septiembre de 2003, de imputar el resultado al riesgo creado por el Sr. Pociño es discutible. Se reconoce que tanto el empresario como el trabajador infringieron en este caso normas de cuidado y la razón para imputar al comportamiento del trabajador la creación del riesgo, que se concretó en el resultado lesivo, radica fundamentalmente en la consideración de que el resultado era más previsible para E. Pociño que para el empresario. A la luz de la doctrina y la jurisprudencia sobre la materia, es fácil llegar a una conclusión distinta. Es cuestionable que en el caso concreto quien creó el riesgo más relevante fuera el trabajador. El deber de cuidado del empresario no sólo está regulado legalmente sino que su infracción es constitutiva de un delito del artículo 316 CP (30). El hecho de ordenar al trabajador que rejuntara las baldosas del lavadero, cuando sabía que se habían retirado las medidas de protección y sabía o debía saber que el trabajador tenía que alcanzar una altura de 2,5 metros, es un comportamiento gravemente negligente, más que el del trabajador que cumplió lo que le ordenaban. El empresario debió prever la posibilidad de que se produjera la caída como efectivamente sucedió. En cambio, el comportamiento del trabajador parece menos descuidado y,

(30) Del que no fue acusado porque las partes acusadoras entendieron que se trataba de un concurso ideal de delitos entre los artículos 316 y 317 y el artículo 152.3, que se resolvía a favor del artículo 152.3 en aplicación del artículo 8.3 CP.

por supuesto, el riesgo creado por éste es menor que el creado por el empresario. ¿Qué debía hacer el trabajador ante la orden del empresario? Hay diversas posibilidades: negarse a realizar el trabajo, puesto que habían sido retiradas las barandillas protectoras, utilizar los medios de los que disponía en la obra y construir un andamio más seguro, o lo que hizo. Obviamente no eligió el medio más seguro, pero su comportamiento parece menos relevante en la causación del resultado que el del empresario. En este caso, quien debió cerciorarse de que se tomaban todas las medidas de seguridad necesarias es el empresario, puesto que se trataba de realizar un trabajo que no requiere las mismas precauciones cuando se realiza en un lugar cerrado que cuando se realiza con un hueco en la fachada. El riesgo creado por el empresario es más relevante en la causación del resultado y, además, si aplicamos las viejas categorías de la causalidad resulta bastante difícil afirmar que el resultado fue causado por el trabajador.

Por tanto, como hay imprudencia por parte de ambos, se trata de un caso de concurrencia de culpas y no es posible atribuir la responsabilidad de modo exclusivo a una de las dos partes. Dicho esto, caben dos posibilidades: degradar la gravedad de la imprudencia o aplicar una circunstancia atenuante analógica. La primera solución no explica el cambio de la gravedad de la imprudencia y, además, es muy rígida en sus consecuencias. Por ejemplo, en un delito de homicidio degradar la culpa de grave a leve supondría pasar de una pena de uno a cuatro años a una pena de multa de uno a dos meses.

En cambio, si se aprecia una atenuante analógica, se puede valorar la disminución del injusto, que indudablemente se produce en estos casos, y tener en cuenta los diversos grados de contribución al resultado que se producen en cada supuesto, ya que el juego de la atenuante normal y la cualificada da un amplio margen al juez. En un delito de homicidio se podría imponer una pena de prisión de tres meses a dos años y medio, margen suficiente para valorar las peculiaridades de cada caso. Pero ello exige analizar si es posible apreciar una atenuante analógica.

En la doctrina española hay opiniones distintas acerca del alcance que debe darse a la atenuante analógica del artículo 21.6, que se refiere a «cualquier otra circunstancia de análoga significación a las anteriores». Algunos autores consideran que debe tratarse de circunstancias similares a las expresamente mencionadas en el artículo 21 (31). Una segunda posición entiende que hay que tomar en

(31) ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Comentario al artículo 21.6», en Cobo del Rosal (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, tomo II, Madrid, 1999, p. 793. OTERO RUIZ, P., *La circunstancia atenuante analógica en el Código Penal de 1995*, Valencia, 2003, p. 94.

consideración el fundamento, pero a partir de las concretas circunstancias atenuantes previstas en el artículo 21 (32). Finalmente, un sector de la doctrina entiende que lo relevante es la razón de la atenuación y, por tanto, se puede aplicar la atenuante analógica, con independencia de si hay o no una circunstancia o fundamento concreto similar a los mencionados en el artículo 21, cuando concurre el fundamento que explica la atenuación de la responsabilidad; por ejemplo, una disminución de injusto o de culpabilidad (33). En general se considera que el fundamento de la atenuación radica en una disminución del injusto o de la culpabilidad, o bien en razones de política criminal o de justicia material (34). Desde el último punto de vista se puede aplicar la atenuante analógica al caso de concurrencia de culpas en los accidentes laborales, puesto que lo importante es que la circunstancia participe del fundamento general de la atenuación. El hecho de que el resultado sólo se pueda imputar a los riesgos concurrentes creados por el trabajador y empresario hace que la parte de injusto que corresponde a cada uno de ellos sea menor. Sentencias recientes del TS en materia de participación de *extraneus* en delitos especiales y de dilaciones indebidas abonan esta posición (35).

(32) VALLE MUÑIZ, J. M./MORALES PRATS, F., «La atenuante de análoga significación», en Quintero Olivares (Dir.)/Morales Prats (Coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Navarra, 2004, p. 223; también, OTERO RUIZ, P., *La circunstancia atenuante analógica en el Código Penal de 1995*, Valencia, 2003, p. 94.

(33) De esta opinión, ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Comentario al artículo 21.6», en COBO DEL ROSAL (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, tomo II, Madrid, 1999, p. 796.

(34) Véase ORTS BERENGUER, E., *Atenuante de análoga significación*, Valencia, 1978, pp. 38 y 39, y 55-57.

(35) La Sala de lo Penal del TS ha venido aplicando la atenuante analógica a los supuestos de participación de un sujeto *extraneus* en delitos especiales propios cometidos por *intraneus*. Por ejemplo, la STS, 2.^a, de 11 de junio de 2002 (Ar. 6871; MP: Cándido Conde-Pumpido Tourón), establece «que cuando un particular, *extraneus*, participa en el delito especial propio cometido por un funcionario, *intraneus*, dicho particular habrá de responder por su participación delictiva conforme al principio de accesoriidad en relación con el delito realmente ejecutado, pero moderando la penalidad en aplicación de una atenuante por analogía derivada de la ausencia de la condición especial de funcionario». En concreto, la razón de esta atenuación hay que buscarla, según el TS, en que el partícipe *extraneus* «no infringe personalmente el deber específico que da materialmente contenido al tipo del delito especial propio, lo que reduce el contenido de la ilicitud». Y es que, en general, como indica la STS, 2.^a, de 2 de abril de 2003 (Ar. 4204; MP: Andrés Martínez Arrieta) «la circunstancia de análoga significación permite acoger en su subsunción situaciones no incluíbles en el tenor literal de otras circunstancias de atenuación pero que aparecen abarcadas por el fundamento de la atenuación o el objetivo político-criminal de las restantes circunstancias» resultando esencial, por tanto, el significado de la circunstancia, pero no su

En conclusión, es correcta la sentencia del Juzgado de Mataró que castiga por un delito de lesiones con una circunstancia atenuante, según lo establecido en el artículo 66.1 del Código Penal; y lo es por apreciar una atenuante y por atribuirle la eficacia establecida en este artículo, porque el comportamiento del trabajador es imprudente, pero su contribución al resultado es mucho menor que la del empresario. En este caso quien crea el riesgo más relevante es este último. También es correcta la reducción de la responsabilidad civil del empresario, porque es una posibilidad establecida por la ley.

JURISPRUDENCIA

STS, 2.^a, de 2 de abril de 2003 (Ar. 4204; MP: Andrés Martínez Arrieta).

STS, 2.^a, de 11 de junio de 2002 (Ar. 6871; MP: Cándido Conde-Pumpido Tourón).

STS, 2.^a, de 5 de septiembre de 2001 (Ar. 8340; MP: Joaquín Delgado García).

SAP de Tarragona, Penal, Sección 2.^a, de 13 de abril de 2004 (Ar. 152889; MP: Joan Perarnau Moya).

SAP de Madrid, Penal, Sección 15.^a, de 23 de febrero de 2004 (Ar. 599; MP: Alberto Jorge Barreiro).

SAP de Barcelona, Penal, Sección 2.^a, de 2 de septiembre de 2003 (Ar. 619; MP: Pedro Martín García).

SAP de Madrid, Penal, Sección 23.^a, de 15 de noviembre de 2002 (Ar. 63395; MP: Jesús Eduardo Gutiérrez Gómez).

SAP de Barcelona, Penal, Sección 6.^a, de 11 de julio de 2002 (Ar. 645; MP: Ignacio Gallego Soler).

SAP de Alicante, Penal, Sección 3.^a, de 20 de abril de 2002 (Ar. 459; MP: José Daniel Mira-Perceval Verdú).

SAP de Madrid, Penal, Sección 6.^a, de 11 de enero de 2002 (Ar. 95983; MP: Pedro Javier Rodríguez González-Palacios).

SAP de Jaén, Penal, Sección 2.^a, de 18 de enero de 2001 (Ar. 28; MP: José Antonio Córdoba García).

morfología. El otro de los ámbitos en el que se ha planteado la aplicación de la atenuante analógica es en el de las dilaciones indebidas. Sobre ello, el Acuerdo de Sala General del TS de 21 de mayo de 1999 «ha traducido la existencia de dilaciones indebidas en el ámbito del proceso penal en la exigencia de compensarlas con la penalidad procedente al delito a través de la circunstancia de análoga significación del artículo 21.6 CP».

SAP de Huesca, Penal, de 11 de enero de 2001 (Ar. 135; MP: Antonio Angós Ullate).

SAP de Barcelona, Penal, Sección 5.^a, de 12 de enero de 2000 (Ar. 278; MP: María Rosa Fernández Palma).

BIBLIOGRAFÍA

- BONET ESTEVA, M., *La víctima del delito (La autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto)*, Madrid, 1999.
- CANCIO MELIÁ, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2.^a ed., Barcelona, 2001.
- CASTIÑEIRA PALOU, M.T./LLOBET ANGLÍ, M./MONTANER FERNÁNDEZ, R., «Accidentes de trabajo, medidas de seguridad y concurrencia de culpas: criterios jurisprudenciales», en *InDret* 1/2005 (www.indret.com).
- CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. Parte General*, vol. II, 5.^a ed., Madrid, 1997.
- CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, 1989.
- «Delitos laborales. Ámbito y eficacia de la protección penal de los derechos de los trabajadores», en Conde Pumpido Ferreiro (Dir.), *Derecho Penal Económico*, tomo II, CDJ, 2003, pp. 89-128.
- CORCOY BIDASOLO, M./CARDENAL MONTRAVETA, S./HORTAL IBARRA, J. C., «Protección penal de los accidentes laborales. A propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 2.^a) de 2 de septiembre de 2003», en *Revista del Poder Judicial*, núm. 71, tercer trimestre 2003, pp. 39-67.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M./PAREDES CASTAÑÓN, J. M (Coords.), *Relevancia de la actuación de la víctima para la responsabilidad penal del autor*, León, 2004.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Actuación de la víctima e imputación objetiva (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999)», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 5 (2000), pp. 265-333.
- FRISCH, W., «Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa. Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo» (traducido por Paredes Castañón, J. M), en Mir Puig/Luzón Peña (Coords.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona, 1996, pp. 99-127.
- JOSHI JUBERT, U., «Concurrencia de culpas y conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas (Comentario a la STS de 25 de octubre de 1988)», en *ADPCP*, 1989, pp. 731-748.

- LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Madrid, 1996.
- ORTS BERENGUER, E., *Atenuante de análoga significación*, Valencia, 1978.
- OTERO RUIZ, P., *La circunstancia atenuante analógica en el Código Penal de 1995*, Valencia, 2003.
- ROBLES PLANAS, R., *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid, 2003.
- SCHÜNEMANN, B., «Cuestiones fundamentales político-criminales y dogmáticas de la criminalidad empresarial –tomando el ejemplo del Derecho penal laboral desde una perspectiva europea» (traducido por Sacher, M., y Bolea Bardon C.). Traducción inédita, Título original: «Die kriminalpolitischen und dogmatischen Grundfragen der Unternehmenskriminalität–am Beispiel des Arbeitsschutzstrafrechts in europäischer Perspektive», en *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, Neuwied, 2004, pp. 297-314.
- TAMARIT SUMALLA, J. M., *La víctima en el Derecho Penal*, Pamplona, 1998.
- VALLE MUÑIZ, J. M./MORALES PRATS, F., «La atenuante de análoga significación», en Quintero Olivares (Dir.)/Morales Prats (Coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Navarra, 2004, pp. 222-225.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Comentario al artículo 21.6», en Cobo del Rosal (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, tomo II, Madrid, 1999, pp. 793-798.

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

GEMA MARTÍNEZ GALINDO

Doctora en Derecho. Abogada

CONSTITUCIÓN

ARTÍCULO 14

Derecho a la igualdad. Discriminación indirecta por razón de sexo

«Es oportuno recordar el concreto alcance de la matizada doctrina de este Tribunal sobre el derecho a la igualdad en la ley (art. 14 CE), cuyos rasgos esenciales resume nuestra STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 4.a): “a) no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del artículo 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional; c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; d) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos”.

En el mismo sentido la STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 10, tras recordar (con cita de la STC 144/1988, de 12 de julio, FJ 1) que el principio de igualdad prohíbe al legislador “configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan

relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria”, señala que “para llevar a cabo esa labor fiscalizadora de la ley desde la indicada perspectiva del derecho de igualdad, este Tribunal ha recurrido en ocasiones a cánones complementarios de enjuiciamiento, como lo es el de exigir que exista una justificación objetiva y razonable de la diferencia (SSTC 75/1983, de 3 de agosto; 150/1991, de 4 de julio, y 222/1992, de 11 de diciembre, entre otras muchas) y a pautas de general aplicación al legislador de los derechos fundamentales, como las que se derivan del principio de proporcionalidad y, más *in extenso*, de la necesaria adecuación entre las medidas adoptadas y los fines perseguidos”.

Ahora bien, continúa advirtiendo la citada STC 181/2000, “lo propio del juicio de igualdad es que ha de constatare siempre mediante un criterio de carácter relacional que, cuando se proyecta sobre el legislador requiere –como presupuesto obligado– la previa comprobación de que, como consecuencia de la medida legislativa impugnada, se ha introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre personas. Sólo verificado este primer presupuesto se procederá a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma. Por idéntica razón, cuando la norma enjuiciada no produzca esa imprescindible diversidad de trato entre los ciudadanos, estableciendo una distinción perjudicial en la posición jurídica de unos respecto de la de otros, es del todo innecesario continuar con el examen de la ley desde la óptica del principio de igualdad. La medida legislativa podrá, en su caso, ser contraria al principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), mas nunca podrá estimarse vulnerado el derecho a la igualdad *ex* artículo 14 CE”.

En resumen, el principio de igualdad no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada y razonable, sino también que esa diferenciación supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida (SSTC 22/1981, de 2 de julio, FFJJ 3 y 9; 49/1982, de 14 de julio, FJ 2; 2/1983, de 24 de enero, FJ 4; 23/1984, de 20 de febrero, FJ 6; 209/1987, de 22 de diciembre, FJ 3; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6; 20/1991, de 31 de enero, FJ 2; 110/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 177/1993, de 31 de mayo, FJ 2; 340/1993, de 16 de noviembre, FJ 4; 117/1998, de 2 de junio, FJ 8, y 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4).

[...]

El concepto de la discriminación indirecta por razón de sexo ha sido elaborado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, precisamente con ocasión del enjuiciamiento de determinados supuestos de trabajo a tiempo parcial a la luz de la prohibición de discriminación por razón de sexo del artículo 119 del Tratado de la Comunidad Económica Europea (actual art. 141 del Tratado de la Comunidad Europea) y las Directivas comunitarias de desarrollo. Puede resumirse en una fórmula reiterada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en múltiples de sus fallos (entre otras muchas, SSTJCE de 27 de junio de 1990, asunto *Kowalska*; de 7 de febrero de 1991, asunto *Nimz*; de 4 de junio de 1992, asunto *Bötel*; o de 9 de febrero de 1999, asunto *Seymour-Smith y Laura Pérez*), a saber, que “es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que el Derecho comunitario se opone a la aplicación de una medida nacional que, aunque esté formulada de manera neutra, perjudique a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres, a menos que la medida controvertida esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo”.

La Directiva 76/207/CEE, del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, no define los conceptos de discriminación directa o indirecta.

Basándose en el artículo 13 del Tratado de la Comunidad Europea, el Consejo adoptó la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que definen la discriminación directa o indirecta. La trasposición de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE en el Derecho español se verificó por las Leyes 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Posteriormente, en el marco del artículo 141.3 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, se adopta la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE, incluyendo las definiciones de discriminación directa e indirecta por razón de sexo, en la línea de las definiciones contenidas en las Directivas de 2000 citadas.

De este modo, conforme a lo dispuesto en el artículo 2.1 de la Directiva 76/207/CEE, modificada por la Directiva 2002/73/CE, “el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar”. Por “discriminación directa” se entiende “la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo”, en tanto que es “discriminación indirecta”, “la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios” (art. 2.2). La prohibición de discriminación directa o indirecta por razón de sexo en el acceso al empleo, o una vez empleados, se recoge actualmente de modo expreso en los artículos 4.2.c) y 17.1 LET, redactados conforme a lo dispuesto por el artículo 37 de la citada Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Este concepto de discriminación indirecta por razón de sexo ya aparecía recogido en el artículo 2 de la Directiva 97/80/CE, del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, que invocó el Abogado del Estado en sus alegaciones, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo. Define la discriminación indirecta en los siguientes términos: “cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo”. Así el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha entendido que no existía discriminación indirecta por razón de sexo, por estar justificadas las diferencias de trato por motivos de política social, en medidas tales como la no inclusión de los trabajadores a tiempo parcial en alguno de los regímenes de la Seguridad Social (STJCE de 14 de diciembre de 1995, asunto *Megner y Schffel*) o la falta de cobertura de determinadas prestaciones de Seguridad Social (STJCE de 14 de diciembre de 1995, asunto *Nolte*).

Esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la discriminación indirecta por razón de sexo ha sido acogida por la doctrina del Tribunal Constitucional y así, como se recuerda en la STC 22/1994, de 27 de enero (FJ 4), “una abundante jurisprudencia de este Tribunal ha descartado que sean

adecuadas las diferencias que, se implantan atendiendo solo y exclusivamente al menor número de horas trabajadas, porque, tomándose sólo en cuenta este factor diferencial, se ignora el menor poder contractual de estos trabajadores atípicos y el dato, contrastado en la experiencia, de que en estos colectivos se concentran altos porcentajes de mano de obra femenina, con lo que la irrazonabilidad del factor diferencial se acentúa al entrar en juego la prohibición de discriminación (Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asuntos *Bilka Kaufhaus*, de 13 de mayo de 1986, o *Kowalska*, de 27 de junio de 1990, entre otros), exigiéndose por tanto una más cuidadosa justificación de las desigualdades en este terreno, mediante la puesta de manifiesto de otros factores concomitantes que las expliquen, al margen del sólo tiempo de trabajo inferior”.

En el mismo sentido, la STC 240/1999, de 20 de diciembre (FJ 6), recuerda y resume esta doctrina, señalando que “este Tribunal ha tenido ocasión de reiterar en varias resoluciones que la específica prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el artículo 14 CE, que contiene un derecho y un mandato antidiscriminatorio (STC 41/1999), comprende no sólo la discriminación directa, es decir, el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de su sexo, sino también la indirecta, esto es, aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo (STC 198/1996, FJ 2; en sentido idéntico, SSTC 145/1991, 286/1994 y 147/1995)”. Así lo ha declarado también el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en numerosas Sentencias al interpretar el contenido del derecho a la no discriminación por razón de sexo en relación con la retribución de los trabajadores (por todas, las ya citadas SSTJCE de 27 BOE núm. 18, Suplemento viernes 21 de enero de 2005, 1 de junio de 1990, asunto *Kowalska*; de 7 de febrero de 1991, asunto *Nimz*; de 4 de junio de 1992, asunto *Bötel*; o de 9 de febrero de 1999, asunto *Seymour-Smith y Laura Pérez*).

Debe notarse que, como ha destacado la doctrina científica y este Tribunal, al igual que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha declarado en numerosas resoluciones, cuando el derecho que se dice vulnerado no es el derecho a la igualdad *in genere*, sino su concreción en el derecho a no ser discriminado por alguno de los motivos expresamente proscritos en el artículo 14 CE, no resulta necesario aportar en todo caso un *tertium comparationis* para justificar la existencia de un tratamiento discriminatorio y perjudicial, máxime en aquellos supuestos en los que lo que se denuncia es una discriminación indirecta. En efecto, en estos casos lo que se compara no son los individuos, sino grupos sociales en los que se ponderan estadísticamente sus diversos componentes individuales; es decir, grupos entre los que alguno de ellos está formado mayoritariamente por personas pertenecientes a una de las categorías especialmente protegidas por el artículo 14 CE, en nuestro caso las mujeres. Como es lógico, en estos supuestos, cuando se denuncia una discriminación indirecta, no se exige aportar como término de comparación la existencia de un trato más beneficioso atribuido única y exclusivamente a los varones; basta, como han dicho tanto este Tribunal como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que exista, en primer lugar, una norma o una interpretación o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por trabajadoras femeninas (trabajadores a tiempo parcial –STJCE de 27 de junio de 1990–, trabajadores con menos de dos años de permanencia en su puesto de trabajo –STJCE de 9 de febrero de 1999–, trabajadores con menos fuerza física –STC 149/1991–, etc.). En estos supuestos, es evidente que cuando se concluye que, por ejemplo, un tratamiento concreto de los trabajadores

a tiempo parcial discrimina a las mujeres, no se está diciendo que en esta misma situación laboral se trata mejor a los varones que a las mujeres. Y, en segundo lugar, se requiere que los poderes públicos no puedan probar que la norma que dispensa una diferencia de trato responde a una medida de política social, justificada por razones objetivas y ajena a toda discriminación por razón de sexo (por todas, SSTJCE de 14 de diciembre de 1995, asunto *The Queen v. Secretary of State for Health*; de 20 de marzo de 2003, asunto *Jorgensen*, y de 11 de septiembre de 2003, asunto *Steinicke*).

En suma, en estos supuestos, para que quepa considerar vulnerado el derecho y mandato antidiscriminatorio consagrado en el artículo 14 CE debe producirse un tratamiento distinto y perjudicial de un grupo social formado de forma claramente mayoritaria por mujeres, respecto de bienes relevantes y sin que exista justificación constitucional suficiente que pueda ser contemplada como posible límite al referido derecho. Finalmente debe observarse que la incorporación de la discriminación indirecta como contenido proscrito por el artículo 14 CE repercute en la forma en la que el intérprete y aplicador del Derecho debe abordar el análisis de este tipo de discriminaciones, ya que implica que “cuando ante un órgano judicial se invoque una diferencia de trato... y tal invocación se realice precisamente por una persona perteneciente al colectivo tradicionalmente castigado por esa discriminación –en este caso las mujeres–, el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al artículo 14 CE” (STC 145/1991, de 1 de julio, FJ 2). Para ello deberá atender necesariamente a los datos revelados por la estadística (STC 128/1987, de 14 de julio, FJ 6). En este mismo sentido se ha manifestado reiteradamente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (por todas, Sentencia de 9 de febrero de 1999, ya citada).»

(STC 253/2004, de 22 de diciembre. Cuestión de inconstitucionalidad 2045/1998. Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. *BOE* de 21 de enero de 2005, suplemento)

Derecho a la igualdad ante la Ley

«Sobre el alcance del principio de igualdad ante la Ley, este Tribunal ha elaborado en numerosas Sentencias una doctrina cuyos rasgos esenciales pueden resumirse como sigue: *a)* no toda desigualdad de trato en la Ley supone una infracción del artículo 14 CE, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; *b)* el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hechos se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional; *c)* el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados, y *d)* por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita, no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin preten-

didado por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos (por todas, SSTC 3/1983, de 25 de enero, FJ 3, y 193/2004, de 4 de noviembre, FJ 3).»

[STC 10/2005, de 20 de enero. Cuestiones de inconstitucionalidad 660/2000 y otras 27 (acumuladas). Ponente: D. Pablo Pérez Tremps. *BOE* de 17 de febrero de 2005, suplemento]

ARTÍCULO 17.4

Prisión provisional. Plazo máximo. Prórroga

«La Ley de Enjuiciamiento Criminal no establece de forma precisa el *dies a quo*, por lo que, en principio, la determinación del momento a partir del cual se cuentan los plazos de prisión provisional corresponde a los órganos judiciales, sin perjuicio de la competencia de este Tribunal para revisar la eventual vulneración de los derechos fundamentales en juego [...]. El respeto y cumplimiento de los plazos legales máximos de prisión provisional constituye una exigencia constitucional que integra la garantía consagrada en el artículo 17.4 CE, de manera que la superación de dichos plazos supone una limitación desproporcionada del derecho a la libertad y, en consecuencia, su vulneración (entre muchas, SSTC 127/1984, de 26 de diciembre, FJ 3; 234/1998, de 1 de diciembre, FJ 2, 22/2004, de 23 de febrero, FJ 2). De otra parte, aunque el artículo 504.4 LECrim –aplicable en el caso– 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 (ATC 527/1988, de 9 de mayo), pues «la lesión en que consiste la ignorancia del plazo no se subsana por el intempestivo acuerdo de prórroga adoptado una vez superado éste» (por todas, STC 142/1998, de 29 de junio, FJ 3, reiterado entre muchas en STC 2/2004, de 23 de febrero, FJ 2). Por consiguiente, los Autos de prórroga de la prisión provisional han de dictarse antes de la expiración del plazo inicial judicialmente acordado, que es un plazo de caducidad (entre muchas, SSTC 40/1987, de 3 de abril, FJ 3; 103/1992, de 25 de junio, FJ 3; 234/1998, FJ 3; 71/2000, de 13 de marzo, FJ 7; 98/2002, de 29 de abril, FJ 4 y 22/2004, de 23 de febrero, FJ 4), porque, en otro caso, si se dictaran después de expirar el plazo inicial, la privación de libertad acordada de forma cautelar quedaría sin la cobertura judicial que nuestra Constitución exige.

[...]

Los Autos que acuerdan o prorrogan la prisión provisional afectan al derecho a la libertad personal en la medida en que autorizan su efectiva restricción, de modo que, sin esa efectiva privación de libertad, los Autos de prisión no pueden lógicamente vulnerar el derecho a la libertad personal (art. 17 CE). De aquí se deriva que los plazos máximos de la prisión provisional no son plazos formales, sino tiempo de privación efectiva de la libertad, razón por la cual dichos plazos han de computarse desde la fecha en que dicha restricción de la libertad se hace efectiva. Esta comprensión del cómputo de los plazos está, además, implícita en la jurisprudencia constitucional en la que hemos declarado la vulneración del derecho a la libertad personal (art. 17.4 CE), por haber dictado la prórroga de la prisión provisional fuera de plazo (por todas, STC 234/1998, de 1 de diciembre, FJ 3).

La eventual incidencia en el derecho a la libertad personal del recurrente del dictado de varias prórrogas de prisión provisional, ha sido ya resuelta por este Tribunal en la STC 305/2000, de 11 de diciembre, FJ 5, en el sentido de que lo que la Consti-

tución prohíbe, por integración del artículo 17.4 CE con la ley a la que remite, es sobrepasar los límites máximos absolutos de privación de libertad, siendo irrelevante el número de prórrogas que dicten los órganos judiciales. Es más, a lo declarado entonces hay que añadir que el carácter excepcional de la prisión provisional se acomoda mejor con resoluciones judiciales que autorizan períodos de privación de libertad que no agotan los previstos por la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el artículo 504 como plazos iniciales, sino que se fijan en atención a las necesidades del momento procesal en el que se dictan y que se revisan, a solicitud de la parte, o se prorrogan a instancias del Ministerio Fiscal, en función de las circunstancias que atraviesa la causa y las personales del sometido a prisión concurrentes en cada momento (por todas, STC 66/1997, de 7 de abril, FJ 6).

Este Tribunal ha declarado que en el cómputo de los plazos máximos de la prisión provisional dictada con base en una demanda de extradición han de tenerse en cuenta los distintos períodos de privación de libertad que se fundan en “la misma causa” (STC 147/2000, de 29 de mayo, FFJJ 8 y 9), sin que pueda descontarse el tiempo en que el reclamado se encuentre simultáneamente privado de libertad por cumplimiento de una pena privativa de libertad (SSTC 71/2000, de 13 de marzo, FJ 7, y 72/2000, de 13 de marzo, FJ 8).

[...]

Como este Tribunal tiene declarado, la adopción, el mantenimiento y la duración de la prisión provisional en causa extradicional regulada expresamente en la Ley de Extradición Pasiva “se dirige exclusivamente a evitar la fuga del sometido a extradición –art. 8.3. LEP–. Y se decreta... sobre quien no está dispuesto a comparecer ante los Tribunales que le reclaman, sean o no de su nacionalidad, y para ello ha huido de su territorio o se niega a regresar a él. Por lo tanto, el procedimiento sólo continúa judicialmente si el reclamado no accede voluntariamente a la petición de comparecer ante el Tribunal o la autoridad que demanda la extradición. Por ello, la valoración del riesgo de fuga se hace siempre sobre quien ya se está hurtando a la acción de la Justicia por no colaborar con los Tribunales del país reclamante” (STC 222/1997, de 4 de diciembre, FJ 8, reiterado parcialmente en la STC 147/2000, de 29 de mayo, FJ 6).

Conjurar el riesgo de fuga del reclamado y asegurar su entrega al Estado que lo reclama no es sino la concreción en el ámbito extradicional de uno de los fines legítimos atribuidos por este Tribunal a esa medida cautelar (por todas, SSTC 128/1995, de 26 de junio, FJ 3, y 47/2000, de 17 de febrero, FFJJ 3, 7 y 8), que, además, en este caso sí está prevista en la ley –art. 8.3 de la Ley de Extradición Pasiva.

De otra parte, si bien es cierto que en nuestra jurisprudencia sobre la prisión provisional hemos afirmado que en la apreciación de los riesgos que la prisión provisional pretende evitar los órganos judiciales deben tomar en consideración las circunstancias procesales y las personales del sometido a la medida (por todas STC 66/1997, de 7 de abril, FJ 6), no lo es menos que, como sostuvimos en las SSTC 222/1997, de 4 de diciembre, y 147/2000, de 29 de mayo, acabadas de citar, en la ponderación del riesgo de fuga del reclamado en un procedimiento extradicional los órganos judiciales parten de la consideración de un dato especialmente relevante, la negativa del reclamado a ser entregado al Estado que lo solicita o, incluso, de la actuación previa del reclamado al sustraerse a la acción de la Justicia del Estado reclamante.»

(STC 16/2005, de 1 de febrero. Recurso de amparo 337/2000. Ponente: D.^a María Emilia Casas Baamonde. *BOE* de 3 de marzo de 2005, suplemento)

ARTÍCULO 18

Derecho a la intimidad. Intervención corporal en el ámbito de la investigación

«Según doctrina reiterada de este Tribunal, el derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación de la dignidad de la persona (art. 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 231/1988, de 2 de diciembre; 197/1991, de 17 de octubre; 20/1992, de 14 de febrero, 219/1992, de 3 de diciembre; 142/1993, de 22 de abril; 117/1994, de 25 de abril, y 143/1994, de 9 de mayo), y referido preferentemente a la esfera, estrictamente personal, de la vida privada o de lo íntimo (SSTC 142/1993, de 22 de abril, y 143/1994, de 9 de mayo). En el caso concreto de las intervenciones corporales, la violación de este derecho puede producirse, no ya por el hecho en sí de la intervención, sino por razón de su finalidad, es decir, porque a través de la práctica de esa prueba se puede obtener una información que el sujeto no quiera desvelar, lo que puede suponer una intromisión añadida en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad personal. Ahora bien, ello no quiere decir que el derecho a la intimidad sea absoluto, pues cede ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, sea proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho (SSTC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6, y 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6, por todas). La afectación, por lo tanto, ha de presentar una justificación objetiva y razonable, debiendo recordarse que los requisitos que conforman nuestra doctrina sobre la proporcionalidad, que resultan rigurosamente aplicables, son: que la medida limitativa del derecho fundamental esté prevista por la Ley; que sea adoptada mediante resolución judicial especialmente motivada, y que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4). Aplicando la anterior doctrina al caso que nos ocupa, en que se alega la vulneración de este derecho por haber sido incorporado a la causa y valorada como prueba por los órganos jurisdiccionales la analítica obrante en el historial clínico sin esa justificación, hemos de concretar ahora si el sacrificio de tal derecho fundamental se realizó con una justificación constitucional objetiva y razonable:

a) El interés público propio de la investigación de un delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal, son, desde luego, causa legítima que puede justificar la realización de una intervención corporal o, como ahora es el caso, la obtención de una información en principio reservada a la acción y conocimiento de los demás. Más en concreto, dado el peligro que entraña la conducción de vehículos de motor bajo el efecto del alcohol, es claro que existe un fin legítimo que justifica que se impongan estas medidas de detección alcohólica que pueden afectar al ámbito de la intimidad personal y, en consecuencia, que el resultado de las que se practiquen puedan ser tomadas en consideración como prueba en el proceso penal. Debe tenerse en cuenta que la ingestión de estas sustancias no sólo pone en peligro al sujeto que las ha consumido, sino que al llevar éste a cabo una actividad peligrosa que afecta a terceras personas, pone también en peligro la seguridad del tráfico, por lo que es indudable la existencia de un interés general en evitar que se conduzca en estas condiciones.

b) Existe también la habilitación legislativa necesaria para la práctica de estas medidas y, por tanto, para la evaluación y toma en consideración de sus resultados. La Audiencia Provincial alude en la resolución recurrida al artículo 339 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim). Este precepto autoriza expresamente al Juez instructor a ordenar de oficio la realización de determinados informes periciales en relación con el “cuerpo del delito”, entendiéndose por tal “las armas, instrumentos o efectos de cualquier clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que se cometió, o en sus inmediaciones, o en poder del reo, o en otra parte conocida” (art. 334.1 LECrim). Y, aunque hemos dicho que esta norma no facilita el respaldo legal necesario para ordenar la extracción coactiva de elementos del cuerpo del imputado, al amparo de este precepto hemos indicado que la autoridad judicial podrá acordar, entre muchos otros de distinta índole, el análisis pericial de cualesquiera elementos del cuerpo humano (tales como sangre, semen, uñas, cabellos, piel, etc.) que hayan sido previamente aprehendidos en alguno de los lugares previstos en la norma (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 6). De otro lado, en relación con la práctica de estas medidas, debe recordarse que la obligación de todos los conductores de vehículos de motor de someterse a las pruebas que se establezcan para la detección de las posibles intoxicaciones por alcohol, está expresamente prevista en una norma con rango de ley, los artículos 12 y 65 de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo.

c) Por su parte, en cuanto a la decisión judicial de interesar del centro hospitalario la remisión de los resultados de la analítica referida, para que a su vista el Médico Forense emitiera dictamen pericial sobre la tasa de alcohol en sangre, en el curso de una causa penal abierta tras la muerte por atropello de un peatón, en la que concurren determinados indicios de los que racionalmente se desprende la previa ingesta de alcohol por parte del conductor del ciclomotor causante del atropello (comenzando por la propia manifestación del propio conductor), resulta desde luego: 1) que era idónea (apta, adecuada) para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido con ella (art. 18 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, CEDH), esto es, que servía objetivamente para determinar los hechos que constituían el objeto del proceso penal; 2) que era necesaria a tal fin, esto es, que no existían otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad, o con un menor grado de sacrificio, fueran igualmente aptas para conseguir dicho fin, y 3) que el sacrificio que imponía de tales derechos no resultaba desmedido en comparación con la gravedad de los hechos y de los indicios existentes.

d) En lo que a la motivación se refiere, la regla de la proporcionalidad de los sacrificios es de observancia obligada al proceder a la limitación de un derecho fundamental (SSTC 13/1985, de 31 de enero, FJ 2, y 26/1981, de 17 de julio, FJ 5), y bien se comprende que el respeto de esta regla impone la motivación de la resolución judicial que excepcione o restrinja el derecho (STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 2), pues sólo tal fundamentación permitirá que se aprecie, en primer lugar, por el afectado y que se pueda controlar, después, la razón que justificó, a juicio del órgano judicial, el sacrificio del derecho fundamental (STC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 8). En su virtud, el órgano jurisdiccional debe plasmar el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, del cual se evidencie la necesidad de la adopción de la medida, siendo doctrina reiterada de este Tribunal que su ausencia ocasiona, por sí sola, en estos casos, la vulneración del propio derecho fundamental sustantivo (STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4, que cita otras muchas).»

(STC 25/2005, de 14 de febrero. Recurso de amparo 2123/2001. Ponente: D. Roberto García-Calvo y Montiel. *BOE* de 22 de marzo de 2005, suplemento)

ARTÍCULO 20.1.A)

Derecho a la libertad de expresión de Abogado en ejercicio del derecho de defensa

«La consolidada doctrina que sobre esta especial manifestación de la libertad de expresión ha ido sentando nuestro Tribunal (SSTC 205/1994, de 11 de julio, 157/1996, de 15 de octubre; 113/2000, de 5 de mayo; 184/2001, de 17 de septiembre; 226/2001, de 26 de noviembre; 79/2002, de 8 de abril; 235/2002, de 9 de diciembre; 117/2003, de 16 de junio; 65/2004, de 19 de abril).

Aunque refiriéndonos a la Ley Orgánica del Poder Judicial antes de su modificación por Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, venimos afirmando que: “en nuestra jurisprudencia se parte de que el ejercicio de la libertad de expresión en el seno del proceso judicial por los Letrados de las partes, en el desempeño de sus funciones de asistencia técnica, posee una singular cualificación, al estar ligado estrechamente a la efectividad de los derechos de defensa del artículo 24 CE (STC 113/2000, de 5 de mayo, FJ 4). Consiste en una libertad de expresión reforzada cuya específica relevancia constitucional deviene de su inmediata conexión con la efectividad de otro derecho fundamental, el derecho a la defensa de la parte (art. 24.2 CE), y al adecuado funcionamiento de los órganos jurisdiccionales en el cumplimiento del propio y fundamental papel que la Constitución les atribuye (art. 117 CE). Por tales razones se trata de una manifestación especialmente inmune a las restricciones que en otro contexto habrían de operar (STC 205/1994, de 11 de julio, FJ 5).

Desde esta comprensión constitucional deben ser interpretados los artículos 448 y siguientes LOPJ sobre la corrección disciplinaria de los Abogados en el ejercicio de su función ante los Tribunales. Lo dispuesto en tales preceptos 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 Ley Orgánica del Poder Judicial–, sino que incide, también, sobre 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 y el respeto por parte del Abogado de los demás sujetos procesales, que también participan en la función de administrar justicia (SSTC 38/1998, de 9 de marzo, FJ 2, y 205/1994, de 11 de julio, FJ 5). 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 aquéllos 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 tiene como consecuencia el que, a tenor del artículo 449.1 LOPJ, los Abogados y Procuradores puedan ser corregidos disciplinariamente 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’ (SSTC 38/1988, de 9 de marzo, FJ 2; 157/1996, de 15 de octubre, FJ 5, y 79/2002, de 8 de abril, FJ 6).

Asimismo, hemos puntualizado que la especial cualidad de la libertad de expresión del Abogado en el ejercicio de defensa de su patrocinado debe 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 le 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; 79/2002, FJ 6; STEDH de 22 de febrero de 1989, caso *Barfod*).

La existencia de tales derechos fundamentales y bienes constitucionales en conflicto ha de obligar al órgano jurisdiccional, cuando la sanción impuesta sea impugnada, a determinar si la conducta del Abogado está justificada por encontrarse comprendida dentro de la libertad de expresión necesaria para el eficaz ejercicio del derecho de defensa, o si, por el contrario, con clara infracción de las obligaciones procesales de corrección antedichas, se pretende atentar a la imparcialidad del Tribunal o alterar el orden público en la celebración del juicio oral, o menoscabar el respeto que merecen los demás intervinientes en el proceso (STC 205/1994, de 11 de julio, FJ 5)” (STC 197/2004, de 15 de noviembre, FJ 5).

[...]

Como hemos hecho en anteriores ocasiones, debemos recordar que “el bien tutelado en el artículo 449.1 LOPJ no es el honor o la dignidad de la persona titular de un órgano judicial, sino el respeto debido al Poder Judicial en tanto que institución y, por tanto, al margen de las personas que eventualmente desempeñan la magistratura” (STC 117/2003, de 16 de junio). Por ello, tal como hemos afirmado en la citada Sentencia, “el límite de la libertad de expresión en el ejercicio del derecho de defensa lo constituye, en este caso, el mínimo respeto debido a la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial, y para comprobar si aquél se ha franqueado ha de atenderse principalmente al significado de las concretas expresiones utilizadas y al contexto en que se emplean, en cuanto puedan revelar una intención de menosprecio en la plasmación de las ideas y conceptos a cuya expresión sirven en una comprensión global del escrito enjuiciado. Tal menosprecio hacia una de las funciones estatales, como es la función judicial, constituye un límite a la libertad de expresión del Abogado, pues, según reiteradamente hemos afirmado, excluidos el insulto y la descalificación, la libre expresión de un Abogado en el ejercicio de la defensa de su patrocinado ha de ser amparada por este Tribunal cuando en el marco de la misma se efectúan afirmaciones y juicios instrumentalmente ordenados a la argumentación necesaria para impetrar de los órganos judiciales la debida tutela de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, tanto más cuanto se trata de la reparación de un derecho fundamental que se entiende conculcado (SSTC 157/1996, de 15 de octubre, FJ 5, y 226/2001, de 26 de noviembre, FJ 3; ATC 76/1999, de 16 de marzo)” (STC 117/2003, de 16 de junio, FJ 4).

[...]

Las expresiones utilizadas no resultan objetivamente injuriosas, ni se trata de expresiones descalificadoras que se formulen en términos que no sean los habituales ni los propios de la crítica a un Juez (ATC 10/2000, de 11 de enero), sino, empleados en términos de defensa no deben considerarse ni insultantes ni vejatorios para el Tribunal ni reveladores de un menosprecio hacia la función judicial, pues pretendían constatar con precisión las declaraciones de un testigo, en conexión con algo ya manifestado por el mismo, y que exigían referirse forzosamente a la actuación de los encargados de la transcripción de la primera declaración. Por ello, las expresiones vertidas se amparan en la libertad de expresión de la Letrada que, precisamente por el carácter específico y reforzado que tiene esta libertad, le permite una mayor contundencia o “beligerancia en los argumentos” (SSTC 113/2000, de 5 de mayo, FJ 6, y 117/2003, de 16 de junio, FJ 4).

[...]

El presente supuesto no es comparable con el examinado por la STC 79/2002, de 8 de abril, como aduce el Ministerio Fiscal para interesar la desestimación del amparo por este concreto motivo (art. 20 CE). En aquel asunto la Letrada solicitante de amparo fue sancionada por la vía del artículo 449.2 LOPJ porque, después de haber sido advertida de que no interrumpiera la declaración que estaba prestando en prueba de confesión judicial uno de sus patrocinados, persistió en su actitud pretendiendo incluso que se reflejaran en el acta explicaciones que el confesante por sí mismo no agregaba, llegando incluso a intentar escribir ella misma en el acta de la prueba su disconformidad con el contenido.»

(STC 22/2005, de 1 de febrero. Recurso de amparo 1658/2003. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo. *BOE* de 3 de marzo de 2005, suplemento)

ARTÍCULO 20.1.D)

Conflicto entre libertad de información y derecho al honor. Veracidad del contenido de la información. Reportaje neutral

«Tal como hemos declarado en numerosas ocasiones, “la competencia de este Tribunal no se circunscribe a examinar la suficiencia y consistencia de la motivación de las resoluciones judiciales bajo el prisma del artículo 24 CE. Por el contrario, en supuestos como el presente, el Tribunal Constitucional, en su condición de garante máximo de los derechos fundamentales, debe resolver el eventual conflicto entre el derecho a comunicar información veraz y el derecho al honor, determinando si efectivamente se han vulnerado aquellos derechos atendiendo al contenido que constitucionalmente corresponda a cada uno de ellos, aunque para este fin sea preciso utilizar criterios distintos de los aplicados por los órganos jurisdiccionales, ya que sus razones no vinculan a este Tribunal ni reducen su jurisdicción a la simple revisión de la motivación de las resoluciones judiciales” (STC 136/2004, de 13 de julio, FJ 1, entre otras muchas). Por lo demás, nuestro examen debe respetar, eso sí, los hechos considerados probados en la instancia [art. 44.1.b) LOTC].

Ante este tipo de conflictos, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, este Tribunal ha elaborado una doctrina que “parte de la posición especial que en nuestro ordenamiento ocupa la libertad de información, puesto que a través de este derecho no sólo se protege un interés individual sino que entraña el reconocimiento y garantía de la posibilidad de existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático (STC 21/2000, de 31 de enero, FJ 4, y las allí citadas). El valor preferente o prevalente de este derecho ha sido, sin embargo, modulado en nuestra jurisprudencia, negando su jerarquía sobre otros derechos fundamentales (SSTC 42/1995, de 13 de febrero, FJ 2, y 11/2000, de 17 de enero, FJ 7). De ahí que hayamos condicionado la protección constitucional de la libertad de información y su prevalencia sobre el derecho al honor garantizado en el artículo 18.1 CE a que la información se refiera a hechos con relevancia pública, en el sentido de noticiables, y a que dicha información sea veraz” (STC 159/2003, de 15 de septiembre, FJ 3).

Sobre la veracidad de la información, este Tribunal ha establecido una consolidada doctrina, resumida en la STC 158/2003, de 15 de septiembre, FJ 4, según la cual este requisito constitucional “no va dirigido a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, sino a negar la protección constitucional a los que transmiten como hechos verdaderos, bien simples rumores, carentes de toda

constatación, o bien meras invenciones o insinuaciones sin comprobar su realidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente; todo ello sin perjuicio de que su total exactitud puede ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado. La razón se encuentra en que, como hemos señalado en muchas ocasiones, cuando la Constitución requiere que la información sea ‘veraz’ no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas, como estableciendo un deber de diligencia sobre el informador a quien se le puede y debe exigir que lo que transmite como ‘hechos’ haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos. De este modo, el requisito de la veracidad deberá entenderse cumplido en aquellos casos en los que el informador haya realizado, con carácter previo a la difusión de la noticia, una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información y la referida indagación la haya efectuado con la diligencia que es exigible a un profesional de la información”.

Hemos, asimismo, señalado que la diligencia exigible a un profesional de la información no puede precisarse a priori y con carácter general, pues depende de las características concretas de la comunicación de que se trate, por lo que su apreciación dependerá de las circunstancias del caso (SSTC 240/1992, de 21 de diciembre, FJ 7, y 136/2004, de 13 de julio, FJ 3, entre otras muchas). A este respecto, se han establecido algunos criterios que deben tenerse en cuenta para el cumplimiento de este requisito constitucional. Entre otros, hemos señalado que el nivel de diligencia exigible adquirirá su máxima intensidad “cuando la noticia que se divulga puede suponer por su propio contenido un descrédito en la consideración de la persona a la que la información se refiere” (SSTC 240/1992, de 21 de diciembre, FJ 7, y 192/1999, de 25 de octubre, FJ 4). De igual modo ha de ser un criterio que debe ponderarse el del respeto a la presunción de inocencia (SSTC 219/1992, de 3 de diciembre, FJ 5, ó 28/1996, de 26 de febrero, FJ 3).

Para comprobar si el informador ha actuado con la diligencia que le es constitucionalmente exigible, también debe valorarse cuál sea el objeto de la información, pues no es lo mismo “la ordenación y presentación de hechos que el medio asume como propia” que “la transmisión neutra de manifestaciones de otro” (STC 28/1996, de 26 de febrero). No hay que descartar, además, la utilización de otros criterios que pueden ser de utilidad a estos efectos, como son “el carácter del hecho noticioso, la fuente que proporciona la noticia, las posibilidades efectivas de contrastarla, etc.” (STC 21/2000, de 31 de enero, FJ 6).

Finalmente, hemos afirmado que la intención de quien informa no es un canon de la veracidad, sino la diligencia al efecto desplegada, de manera que la forma de narrar y enfocar la noticia no tiene que ver ya propiamente con el juicio sobre la veracidad de la información, por más que sí deba tenerse en cuenta para examinar si, no obstante ser veraz, su fondo o forma pueden resultar lesivos del honor de una tercera persona (STC 192/1999, de 25 de octubre, FJ 6) [...].

Sobre este concepto del reportaje neutral conviene remitirse a la síntesis de nuestra doctrina que realiza la STC 76/2002, 8 de abril, en su FJ 4, en los siguientes términos: “a) El objeto de la noticia ha de hallarse constituido por declaraciones que se 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)”. Conviene completar esta síntesis doctrinal con alguna otra referencia a nuestra jurisprudencia en un intento de perfilar aún más lo que hemos entendido por reportaje neutral. Así, cabe recordar que en la STC 6/1996, de 16 de enero, FJ 5, excluimos del reportaje neutral aquellos supuestos en los que el medio de comunicación, al transmitir la información, haga suya una versión de los hechos. En la STC 52/1996, de 26 de marzo, FJ 5, por su parte, distinguimos aquellos casos en los que el periodista se limita a dar cuenta de declaraciones o afirmaciones de un tercero –reportaje neutral– de aquellos en los que asume una determinada versión de unos hechos con base en una determinada fuente, en los que claramente no nos encontramos ante esta figura. Y en la STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 17, afirmamos que no cabrá hablar de reportaje neutral cuando quien lo difunde no se limita a ser un mero transmisor del mensaje, es decir, a comunicar la información, sino que utiliza el mensaje, no para transmitir una noticia, sino para darle otra dimensión. Por fin, en la STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 4, se recuerda que “estaremos ante un reportaje neutral si el medio de comunicación se ha limitado a cumplir su función transmisora de lo dicho por otro, aunque él haya provocado esa información, siempre que no la manipule mediante su artero fraccionamiento en el seno de un reportaje de mayor extensión, interfiriendo en su discurrir con manifestaciones propias, componiéndolo con textos o imágenes cuyo propósito sea, precisamente, quebrar la neutralidad del medio de comunicación respecto de lo transcrito, de suerte que esa información haya dejado de tener su fuente en un tercero, para hacerla suya el medio de comunicación que la reproduce y difunde; es decir, cuando el medio, haya permanecido o no ajeno a la generación de la información, no lo fuera, y esto es lo que importa, respecto de la forma en la que lo ha transmitido al público”.»

(STC 1/2005, de 17 de enero. Recursos de amparo 4310/99 y 4342/99 (acumulados). Ponente: D. Pablo Pérez Tremps. BOE de 17 de febrero de 2005, suplemento)

ARTÍCULO 24.1

Derecho a la tutela judicial efectiva. Acceso al proceso

«El artículo 24.1 CE reconoce a todas las personas el derecho a obtener la tutela judicial efectiva. En múltiples ocasiones ha declarado este Tribunal, el primer contenido de este derecho es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a promover la actividad jurisdiccional (SSTC 115/1984, de 3 de diciembre; 63/1985, de 10 de mayo; 131/1991, de 17 de junio; 37/1993, de 8 de febrero; 108/1993, de 25 de marzo, y 217/1994, de 18 de julio), siendo un derecho digno de protección el que el ofendido tiene a solicitar la actuación del *ius puniendi* del Estado, dentro del sistema penal instaurado en nuestro Derecho, en el que junto a la oficialidad de la acción encomendada al Ministerio Fiscal se establecen otras titularidades privadas, entre ellas la del perjudicado por el delito (arts. 110 y concordantes LECrim;

SSTC 108/1983, de 29 de noviembre, y 206/1992, de 27 de noviembre; 37/1993, de 8 de febrero).

Sin embargo, y, asimismo, de acuerdo con reiterada doctrina constitucional, ese *ius ut procedatur* que ostenta el ofendido por el delito no contiene un derecho absoluto a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino tan sólo el derecho a una decisión judicial razonada sobre las pretensiones deducidas, que bien puede ser el sobreseimiento o archivo de las actuaciones o, incluso, la inadmisión de la querrela presentada (SSTC 11/1985, de 11 de octubre; 148/1987, de 28 de septiembre; 33/1989, de 13 de febrero; 203/1989, de 4 de diciembre; 191/1992, de 16 de noviembre; 37/1993, de 8 de febrero, y 217/1994, de 18 de julio), de modo que, a la luz de la anterior doctrina, la mera inadmisión de la querrela, al margen de su ausencia de motivación, no tiene por qué lesionar el artículo 24.1 CE.»

(STC 21/2005, de 1 de febrero. Recurso de amparo 1055/2003. Ponente: D. Roberto García-Calvo y Montiel. *BOE* de 3 de marzo de 2005, suplemento)

Derecho a la tutela judicial efectiva. Cosa juzgada. Intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes. Nulidad de actuaciones y aclaración

«La doctrina de este Tribunal sobre el derecho a la intangibilidad, invariabilidad o inmodificabilidad de las resoluciones judiciales, como proyección del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que constituye ya un cuerpo jurisprudencial consolidado, reflejado, entre otras, en las SSTC 69/2000, de 13 de marzo (FJ 2); 159/2000, de 12 de junio (FJ 3); 111/2000, de 5 de mayo (FJ 12); 262/2000, de 30 de octubre (FFJJ 2 y 3); 286/2000, de 27 de noviembre (FJ 2); 59/2001, de 26 de febrero (FJ 2); 140/2001, de 18 de junio (FFJJ 3 a 7); 216/2001, de 29 de octubre (FJ 2); 187/2002, de 14 de octubre (FJ 6); y 224/2004, de 29 de noviembre (FJ 6).

Hemos reiterado ya que 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 (aunque no se haya erigido por el Texto constitucional en derecho fundamental de los ciudadanos, ni se haya otorgado respecto a él la vía del amparo constitucional) y que 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 puedan 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 4 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).

Ciertamente el legislador ha arbitrado en la Ley Orgánica del Poder Judicial (antes, en su art. 240.3 y actualmente en el art. 241, según la modificación operada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre) un cauce procesal para declarar la nulidad de actuaciones fundada en defectos de forma que hayan causado indefensión o en la incongruencia del fallo, siempre que los primeros no hayan podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y que, en uno u otro caso, ésta no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario. Y también ha fijado en el artículo 267 LOPJ un mecanismo excepcional que posibilita que los órganos judiciales aclaren conceptos oscuros, corrijan errores materiales, suplan omisiones o defectos de que pudieren adolecer sus resoluciones cuando fuese necesario remediarlos para llevarlas plenamente a efecto, o que completen sus resoluciones si hubiesen omitido manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso. Pero fuera de tales supuestos nuestra jurisprudencia viene proclamando desde la STC 185/1990, de 15 de noviembre, que el recurso de amparo es el único remedio frente a situaciones de indefensión constitucional causadas por vicios procesales advertidos después de que haya recaído sentencia definitiva y firme, cuando contra ella no esté previsto remedio procesal ante los Tribunales ordinarios (por todas, STC 108/1999, de 14 de junio, FJ 2).»

(STC 23/2005, de 14 de febrero. Recurso de amparo 5475/2000. Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, *BOE* de 22 de marzo de 2005, suplemento)

Derecho a la tutela judicial efectiva. Error patente

«De acuerdo con la reiterada doctrina de este Tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado en el artículo 24.1 CE, comprende el derecho de los litigantes a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por aquéllos en el proceso que, no obstante, puede ser también de inadmisión si concurre causa legal para ello y así se aprecia razonadamente por el órgano judicial (SSTC 206/1999, de 8 de noviembre, FJ 4; 198/2000, de 24 de julio, FJ 2; y 116/2001, de 21 de mayo, FJ 4, entre otras). También se ha sostenido que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (SSTC 112/1996, de 24 de junio, FJ 2; y 87/2000, de 27 de marzo, FJ 6), y que implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo, FJ 2; y 25/2000, de 31 de enero, FJ 2); y, en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho (STC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3). Este último aspecto no incluye el derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte al contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva (SSTC 256/2000, de 30 de octubre, FJ 2; y 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2), no pudiendo concebirse el recurso de amparo como un cauce idóneo para corregir posibles errores en la selección, interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico al caso, so pena de desvirtuar su naturaleza (STC 226/2000, de 2 de octubre, FJ 3). Sin embargo, el derecho que nos ocupa sí conlleva la garantía de que el fundamento de la

decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuera arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 87/2000, de 27 de marzo, FJ 3; 82/2001, de 26 de marzo, FJ 2; y 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6).

Así pues, un error del órgano judicial sobre los presupuestos fácticos que le han servido para resolver el asunto sometido a su decisión puede determinar una infracción del artículo 24.1 CE. Para que se produzca tal afección es necesario, sin embargo, que concurren determinados requisitos, pues no toda inexactitud o equivocación del órgano judicial adquiere relevancia constitucional. En concreto, este Tribunal ha afirmado (SSTC 206/1999, de 8 de noviembre, FJ 4, y 173/2003, de 29 de septiembre, FJ 2), que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva y procede otorgar el amparo cuando la resolución judicial sea el producto de un razonamiento equivocado que no se corresponde con la realidad, por haber incurrido el órgano judicial en un error patente en la determinación y selección del material de hecho o del presupuesto sobre el que se asienta su decisión, produciendo efectos negativos en la esfera jurídica del ciudadano, siempre que se trate de un error que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, y sea determinante de la decisión adoptada, constituyendo el soporte único o básico (*ratio decidendi*) de la resolución, de forma que la solución hubiera sido inequívocamente otra o no pueda saberse cuál hubiera sido el criterio del órgano judicial de no haber incurrido en dicho error (STC 124/2004, de 19 de julio, por citar una de las más recientes).»

(STC 251/2004, de 20 de diciembre. Recurso de amparo 7422/2002. Ponente: D. Pascual Sala Sánchez. *BOE* de 21 de enero de 2005, suplemento)

Derecho a la tutela judicial efectiva. Incongruencia

«Este Tribunal ha venido definiendo desde la STC 20/1982, de 5 de mayo (FFJJ 1 a 3), en una constante y consolidada jurisprudencia, el vicio de incongruencia como desajuste entre el fallo judicial y los términos en los que las partes han formulado su pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso. Al conceder más, menos o cosa distinta a lo pedido el órgano judicial incurre, según hemos dicho de modo reiterado, en las formas de incongruencia conocidas como *ultra petita*, *citra petita* o *extra petita partium*. Son muy numerosas las decisiones en las que este Tribunal ha abordado la relevancia constitucional del vicio de incongruencia de las resoluciones judiciales, precisando cómo y en qué casos una resolución incongruente puede lesionar el derecho fundamental recogido en el artículo 24.1 CE. Se ha elaborado así un cuerpo de doctrina consolidado, que puede sistematizarse, a los efectos que a este amparo interesan, en los siguientes puntos:

a) El vicio de incongruencia, entendido como desajuste entre el fallo judicial y los términos en los que las partes han formulado sus pretensiones, concediendo más o menos, o cosa distinta de lo pedido, puede entrañar una vulneración del principio de contradicción constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial efectiva siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en los que discurrió la controversia procesal. El juicio sobre la congruencia de la resolución judicial precisa de la confrontación entre su parte dispositiva y el objeto del proceso delimitado por sus elementos subjetivos –partes– y objetivos –causa de pedir y *petitum*–. Ciñéndonos a estos últimos, la ade-

cuación 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*.

b) Dentro de la incongruencia hemos venido distinguiendo, de una parte, la incongruencia omisiva o *ex silentio* y, de otra, la incongruencia por exceso o *extra petitum*. Esta última, que es la modalidad que ahora interesa, se produce cuando el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en los que las partes formularon sus pretensiones. La incongruencia *extra petitum* constituye siempre una infracción del principio dispositivo y de aportación de las partes que impide al órgano judicial, en los procesos presididos por estos principios, pronunciarse sobre aquellas pretensiones que no fueron ejercitadas por las partes, al ser éstas las que, en su calidad de verdaderos *domini litis*, conforman el objeto del debate o *thema decidendi* y el alcance del pronunciamiento judicial. Éste deberá adecuarse a lo que fue objeto del proceso, delimitado, a tales efectos, por los sujetos del mismo (partes), por lo pedido (*petitum*) y por los hechos o realidad histórica que le sirve como razón o causa de pedir (*causa petendi*). Todo lo cual no comporta que el Juez deba quedar vinculado rígidamente al tenor de los concretos pedimentos articulados por las partes en sus respectivos escritos forenses o a los razonamientos o alegaciones jurídicas esgrimidas en su apoyo. Por un lado el principio *iura novit curia* permite al Juez fundar el fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que sean de pertinente aplicación al caso, aunque no hayan sido invocadas por los litigantes; y, por otro lado, el órgano judicial sólo está vinculado por la esencia de lo pedido y discutido en el pleito, y no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formalmente solicitadas por los litigantes, de forma que no existirá la incongruencia *extra petitum* cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una pretensión que, aun cuando no fue formal o expresamente ejercitada, estaba implícita o era consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso (por todas, SSTC 9/1998, de 13 de enero, FJ 2; 15/1999, de 22 de febrero, FJ 2; 134/1999, de 15 de julio, FJ 9; 172/2001, de 19 de julio, FJ 2; y 130/2004, de 19 de julio, FJ 3).

c) De otra parte, como proyección de la doctrina constitucional reseñada sobre las facultades jurisdiccionales del órgano de segunda instancia, este Tribunal tiene también declarado en relación con el recurso de apelación civil que en nuestro sistema procesal la segunda instancia se configura, con algunas salvedades, en la aportación del material probatorio y de nuevos hechos (arts. 862 y 863 LEC 1881 y 456.1 y 460 LEC 2000), como una *revisio prioris instantiae*, en la que el Tribunal superior u órgano *ad quem* tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el Juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos (*quaestio facti*) como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (*quaestio iuris*), para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas que eran aplicables al caso, con dos limitaciones: la prohibición de la *reformatio in peius* y la imposibilidad de entrar a conocer sobre aquellos extremos que hayan sido consentidos por no haber sido objeto de impugnación (*tantum devolutum quantum appellatum*). En otras palabras, el principio dispositivo en nuestro sistema procesal rige también en la segunda instancia civil y configura las facultades de conocimiento del órgano *ad quem*, que en virtud del principio *tantum devolutum quantum appellatum* sólo puede entrar a conocer sobre aquellos extremos de la sen-

tencia de instancia que hayan sido objeto de impugnación por las partes en el recurso de apelación (por todas, SSTC 9/1998, de 13 de enero, FJ 5; 212/2000, de 18 de septiembre, FJ 2; 120/2002, de 20 de mayo, FJ 4; y 139/2002, de 3 de junio, FJ 2; AATTC 132/1999, de 13 de mayo; 315/1999, de 21 de noviembre; y 121/1995, de 5 de abril).»

(STC 250/2004, de 20 de diciembre. Recurso de amparo 5771/2002. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas. *BOE* de 21 de enero de 2005, suplemento)

«Existe ya una consolidada doctrina sobre la incongruencia omisiva (desde nuestra temprana STC 20/1982, de 5 de mayo, hasta las más recientes SSTC 187/2000, de 10 de julio, FJ 4, y 195/2000, de 24 de julio, FJ 4). El Tribunal ha mantenido, en síntesis, que no toda ausencia de respuesta a las cuestiones planteadas por las partes produce una vulneración del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. Para apreciar esta lesión constitucional debe distinguirse, en primer lugar, entre lo que son meras alegaciones aportadas por las partes en defensa de sus pretensiones y estas últimas en sí mismas consideradas, pues, si con respecto a las primeras puede no ser necesaria una respuesta explícita y 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, siempre y cuando la pretensión omitida fuera llevada al juicio en el momento procesal oportuno.

La única excepción posible que hemos admitido es la existencia de una desestimación tácita de la pretensión sobre la que se denuncia la omisión de respuesta explícita. Además, 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 lo que se hace necesario ponderar las circunstancias del caso para determinar si del conjunto de los razonamientos puede extraerse tal respuesta tácita. En concreto, la STC 2/2004, de 14 de enero (FJ 4), precisa que las hipótesis de incongruencia omisiva no son susceptibles de una solución unívoca, pues han de ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso concreto para determinar si el silencio de la resolución judicial puede o no razonablemente interpretarse como desestimación tácita que satisfaga las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva; ello en consonancia con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencias *Ruiz Torija c. España* e *Hiro Balani c. España*, de 9 de diciembre de 1994).

[...]

De este modo, aunque la exigencia de motivación no excluye una economía de razonamientos, ni que estos sean escuetos, sucintos o incluso expuestos con referencia a los hechos que constan en el proceso, lo decisivo, desde la perspectiva del artículo 24.1 CE, es que esos razonamientos contengan una respuesta congruente con las cuestiones planteadas y que a través de los mismos puedan las partes conocer las argumentaciones que conducen al fallo, a efectos de su posible impugnación, y que permitan a los órganos jurisdiccionales superiores (incluso a este Tribunal, en su caso) ejercer la función revisora que les corresponde (por todas, SSTC 55/1987, de 13 de mayo; 184/1988, de 13 de octubre; 25/1990, de 19 de febrero; 232/1992, de 14 de diciembre; 16/1993, de 18 de enero; 28/1994, de 27 de enero; 144/1996 de 16 de septiembre; y 55/1999, de 12 de abril). Y esto es claro que no ocurre en el caso de autos, en el que la Sala omitió cualquier pronunciamiento sobre las cuestiones que han quedado indicadas, sin que tampoco pueda entenderse que se diera en el presente caso una desestimación tácita de la pretensión de inadmisibilidad del recurso.»

(Sentencia 21/2005, de 1 de febrero. Recurso de amparo 1055/2003. Ponente: D. Roberto García-Calvo y Montiel. *BOE* de 3 de marzo de 2005, suplemento. En el mismo sentido, STC 246/2004, de 20 de diciembre. Recurso de amparo 1563/1998. Ponente: D. Pablo Pérez Tremps. *BOE* de 21 de enero de 2005, suplemento)

Derecho a la tutela judicial efectiva. Indefensión y defecto o irregularidad procesal

«Hemos de recordar, una vez más (por todas STC 6/2003, de 20 de enero), que “este Tribunal ha rechazado reiteradamente la identificación entre defecto o irregularidad procesal e indefensión, pues no toda infracción procesal es causante de la vulneración del derecho contemplado en el artículo 24.1 CE, sino que sólo alcanza tal relevancia aquella que, por anular las posibilidades de alegación, defensa y prueba, cause una verdadera y real indefensión de la parte (SSTC 230/1992, de 14 de diciembre; 106/1993, de 22 de marzo; 185/1994, de 20 de junio; 1/1996, de 15 de enero; 89/1997, de 5 de mayo; y 75/2000, de 27 de marzo, entre muchas otras)”. En concreto la irrelevancia constitucional de la utilización de la forma de providencia en lugar de auto ha sido el hilo conductor en resoluciones tales como las SSTC 159/2004, de 4 de octubre (“si la resolución debió revestir la forma de auto y no la de una simple providencia debía el recurrente haber intentado el recurso correspondiente, como si efectivamente se hubiera tratado de un auto”) y 40/2002, de 14 de febrero (en la que, al resolver una cuestión semejante y recogiendo doctrina constitucional sentada desde la STC 113/1988, de 9 de junio, afirmábamos que, para que el defecto de forma de la resolución alcance relevancia constitucional, es preciso que determine la merma, la limitación o la privación real o material del derecho de defensa del demandante).

[...]

En la no lejana STC 5/2002, de 14 de enero (FJ 3), entendimos que no se vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva en un supuesto en el que la remisión a los razonamientos contenidos en el informe del Fiscal se efectuaba mediante una expresión (“visto el dictamen del Ministerio Fiscal”) menos indicativa de la recepción judicial de las razones ofrecidas por el Ministerio público que la empleada en el supuesto que ahora nos ocupa (“de conformidad con el mismo”).»

(STC 15/2005, de 31 de enero. Recurso de amparo 1863/2004. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez, *BOE* de 3 de marzo de 2005, suplemento)

Derecho a la tutela judicial efectiva. Motivación

«Bueno será recordar la doctrina constitucional sobre el contenido primigenio de este derecho fundamental, esto es, el derecho a una resolución fundada en Derecho sobre la integridad de las pretensiones formuladas te la jurisdicción. A tal efecto es suficiente recordar, con la STC 172/2004, de 18 de octubre, que “el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho de los litigantes a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, que también puede ser de inadmisión si concurre causa legal para ello y así se aprecia razonadamente por el órgano judicial (SSTC 63/1999, de 26 de abril, FJ 2; y 116/2001, de 21 de mayo, FJ 4, entre otras muchas). Asimismo, hemos dicho que la motivación de las resoluciones judiciales, aparte de venir impuesta en el artículo 120.3 CE, es una exigencia derivada del artículo 24.1 CE con el fin de que se puedan conocer las razones de la decisión que aquéllas contienen, posibilitando su control mediante el sistema de los recursos (por

todas, SSTC 163/2000, de 12 de junio, FJ 3; y 214/2000, de 18 de septiembre, FJ 4). También es doctrina reiterada la de que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (SSTC 112/1996, de 24 de junio, FJ 2; y 87/2000, de 27 de marzo, FJ 6). Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo, FJ 2; y 25/2000, de 31 de enero, FJ 2); y en segundo lugar, que la motivación esté fundada en Derecho (STC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3), carga que no queda cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad (SSTC 61/1983, de 11 de julio; y 5/1986, de 21 de enero, entre otras). Lo anterior conlleva la garantía de que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (por todas, SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; y 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6). En suma, el artículo 24 CE impone a los órganos judiciales no sólo la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones deducidas, sino que, además, ésta ha de tener contenido jurídico y no resultar arbitraria (por todas, SSTC 22/1994, de 27 de enero, FJ 2; y 10/2000, de 31 de enero, FJ 2)».

(STC 8/2005, de 17 de enero. Recurso de amparo 6469/2002. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez. *BOE* de 17 de febrero de 2005, suplemento)

«Tal derecho no impone “una determinada extensión de la motivación jurídica, ni un razonamiento explícito, exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión sobre la que se pronuncia la decisión judicial, 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*” (STC 119/2003, de 16 de junio, FJ 3; y la jurisprudencia allí citada). Para la consecución de este resultado no puede prescindirse de las circunstancias del caso.»

(STC 15/2005, de 31 de enero. Recurso de amparo 1863/2004. Ponente: D. Guillermo Jiménez Sánchez, *BOE* de 3 de marzo de 2005, suplemento)

Derecho a la tutela judicial efectiva. Motivación de las sentencias de Jurado

«Este Tribunal, en la citada STC 169/2004, de 6 de octubre, ya señaló que el análisis de esta queja debía partir de una previa consideración, como es que el artículo 125 CE defiende al legislador la forma en que los ciudadanos podrán participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, destacando que, aun asumiendo el diferente nivel de la exigencia de motivación entre sentencias condenatorias y absolutorias, y las dificultades que puede suponer para un órgano integrado por personas no técnicas la motivación de sus decisiones, el legislador ha optado en nuestro sistema por imponer al Jurado la exigencia de una sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados, conectado con la

previsión constitucional de que “las sentencias serán siempre motivadas” (art. 120.3 CE); de modo que “la falta de la sucinta explicación a la que se refiere el artículo 61.1.d) LOTJ constituye una falta de la exigencia de motivación, proyectada al Jurado, que impone el artículo 120.3 CE y supone, en definitiva, la carencia de una de las garantías procesales que, de acuerdo con una consolidada doctrina constitucional, se integra en el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho a obtener una resolución razonablemente razonada y fundada en Derecho, que entronca de forma directa con el principio del Estado democrático de Derecho (art. 1 CE) y con una concepción de la legitimidad de la función jurisdiccional sustentada en el carácter vinculante de la Ley, cuya finalidad última es la interdicción de la arbitrariedad, mediante la introducción de un factor de racionalidad en el ejercicio del poder que, paralelamente, potencia el valor de la seguridad jurídica y constituye un instrumento que tiende a garantizar la posibilidad de control de las resoluciones por los Tribunales superiores mediante los recursos que legalmente procedan (por todas, STC 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6)” (FJ 6).

Del mismo modo, a partir de estas consideraciones, la STC 169/2004, de 6 de octubre, destaca, sobre la concreta cuestión a dilucidar de si las resoluciones judiciales han vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva al haber anulado el veredicto del Jurado por no recogerse en el acta una sucinta explicación de las razones por las que han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados, que “el derecho a recibir una resolución fundada en Derecho respecto de la pretensión ejercitada es una garantía frente a la arbitrariedad y a la irrazonabilidad en la actuación de los poderes públicos (SSTC 131/1990, de 16 de julio, FJ 1; y 112/1996, de 24 de junio, FJ 2), por lo que esta exigencia constitucional no puede entenderse cumplida con cualquier fundamentación. Es preciso que en la propia resolución se evidencie de modo incuestionable que su razón de ser es una aplicación razonada de las normas que se consideran aplicables al caso (SSTC 23/1987, de 23 de febrero, FJ 3; 154/1997, de 13 de julio, FJ 4; 147/1999, de 4 de agosto, FJ 4). No obstante la posibilidad de control de las resoluciones judiciales desde la perspectiva constitucional ha de limitarse a la comprobación de la relación directa y manifiesta existente entre la norma que el juzgador declara aplicable y el fallo de la resolución exteriorizada en su fundamentación jurídica (SSTC 112/1996, de 24 de junio, FJ 2; y 109/2000, de 5 de mayo, FJ 2). Dicho de otra forma, el artículo 24.1 CE no ampara el acierto de las resoluciones judiciales; la selección e interpretación de la norma corresponde en exclusiva a los órganos judiciales y el control del Tribunal Constitucional ha de limitarse a aquellos supuestos en que la resolución judicial sea manifiestamente infundada, arbitraria, irrazonable o irrazonada o fruto de un error patente, supuestos éstos que hemos llegado a denominar de simple apariencia del ejercicio de la Justicia (SSTC 148/1994, de 12 de mayo, FJ 2; y 109/2000, de 5 de mayo, FJ 2)” (FJ 7).»

(STC 246/2004, de 20 de diciembre. Recurso de amparo 1563/1998. Ponente: D. Pablo Pérez Tremps. *BOE* de 21 de enero de 2005, suplemento)

ARTÍCULO 24.2

Derecho a la defensa

«Hemos de recordar que, al menos, desde la STC 4/1982, de 8 de febrero (FJ 5), este Tribunal viene declarando que “el derecho fundamental... [a] obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales... en el ejercicio de los derechos e intereses

legítimos, comporta la exigencia de que ‘en ningún caso pueda producirse indefensión’; lo que indudablemente significa que en todo proceso judicial deba respetarse el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes, o que legalmente debieran serlo, mediante la oportunidad dialéctica de alegar y justificar procesalmente, el reconocimiento judicial de sus derechos e intereses. Este derecho de defensa y bilateralidad... se conculca... cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven imposibilitados de ejercer los medios legales suficientes para su defensa” (reiterado entre muchas en la STC 124/1994, de 25 de abril, FJ 2). De modo que este derecho comporta en primer término el de ser llamado al proceso en el que se sustancian pretensiones que afectan a sus derechos e intereses legítimos, como primera garantía que asegura el derecho a intervenir en el proceso (por todas, SSTC 9/1981, de 31 de marzo, FJ 6; y 216/1992, de 1 de diciembre, FJ 2).»

(STC 248/2004, de 20 de diciembre. Recurso de amparo 3943/2002. Ponente: D.^a María Emilia Casas Baamonde. *BOE* de 21 de enero de 2005, suplemento)

Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable

«Conforme señala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “aunque no se menciona específicamente en el artículo 6 del Convenio, el derecho a guardar silencio y el privilegio contra la autoincriminación son normas internacionales generalmente reconocidas que descansan en el núcleo de la noción de proceso justo garantizada en el artículo 6.1 del Convenio. El derecho a no autoincriminarse, en particular –ha señalado–, presupone que las autoridades logren probar su caso sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión en contra de la voluntad de la ‘persona acusada’. Proporcionando al acusado protección contra la coacción indebida ejercida por las autoridades, estas inmunidades contribuyen a evitar errores judiciales y asegurar los fines del artículo 6” (STEDH de 3 de mayo de 2001, caso *J.B. c. Suiza*, § 64; en el mismo sentido, SSTEDH de 8 de febrero de 1996, caso *John Murray c. Reino Unido*, § 45; de 17 de diciembre de 1996, caso *Saunders c. Reino Unido*, § 68; de 20 de octubre de 1997, caso *Serves c. Francia*, § 46; de 21 de diciembre de 2000, caso *Heaney y McGuinness c. Irlanda*, § 40; de 3 de mayo de 2001, caso *Quinn c. Irlanda*, § 40; y de 8 de abril de 2004, caso *Weh c. Austria*, § 39). “En este sentido –concluye el Tribunal de Estrasburgo– el derecho está estrechamente vinculado a la presunción de inocencia recogida en el artículo 6, apartado 2, del Convenio” (sentencias *Saunders*, § 68; *Heaney y McGuinness*, § 40; *Quinn*, § 40; *Weh*, § 39).

A diferencia del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, nuestra Constitución sí menciona específicamente en su artículo 24.2 los derechos a “no declarar contra sí mismos” y a “no confesarse culpables”, que, como venimos señalando, están estrechamente relacionados con los derechos de defensa y a la presunción de inocencia, de los que constituye una manifestación concreta (STC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5). En particular, hemos afirmado que los derechos a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables “son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable” [SSTC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 6; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5; 229/1999, de 13 de diciembre, FJ 3. b); 127/2000, de 16 de mayo, FJ 4. a); y 67/2001, de 17 de marzo, FJ 6]. Y hemos decla-

rado, asimismo, que los citados derechos “entroncan también con una de las manifestaciones del derecho a la presunción de inocencia: la que sitúa en la acusación la carga de la prueba; esta carga no se puede trocar fácticamente haciendo recaer en el imputado la obligación de aportar elementos de prueba que supongan una autoincriminación” (161/1997, de 2 de octubre, FJ 5).

[...]

Para finalizar, en el mencionado caso *Funke c. Francia*, el Tribunal de Estrasburgo concluyó que se habían vulnerado los derechos a permanecer en silencio y a no contribuir a la propia incriminación del recurrente al haber sido éste sancionado con varias multas pecuniarias por no aportar la documentación requerida por las autoridades aduaneras francesas (extractos de cuentas corrientes abiertas en diferentes entidades bancarias y la documentación relativa a la financiación de un apartamento). En suma, como en los casos anteriormente citados, fue la persona contra la que se siguió el procedimiento inquisitivo, a la que se le reclamó la documentación autoincriminadora y sobre quien se ejerció la coacción prevista en la ley que concluyó con la imposición de sanciones, la que instó la declaración de vulneración del derecho a la no autoincriminación reconocida en el artículo 6.1 CEDH.

[...]

Y es evidente que en el seno de un proceso penal es el Juez de Instrucción y no –como parece reclamar el recurrente– los funcionarios de la Administración tributaria a quien corresponde el otorgamiento de la condición de imputado de un ciudadano desde el momento en que considere verosímil o tenga fundadas sospechas de la comisión de un ilícito penal [SSTC 14/1999, de 22 de febrero, FJ 6. c); 149/1997, de 29 de septiembre, FJ 2; y 118/2001, de 21 de mayo, FJ 3]. En efecto, es doctrina reiterada de este Tribunal que el artículo 24.2 CE exige “que se garantice el acceso al proceso de toda persona a la que se atribuya la comisión de un acto punible y de 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” [STC 68/2001, de 17 de marzo, FJ 3. c); en el mismo sentido, SSTC 87/2001, de 2 de abril, FJ 3; 118/2001, de 21 de mayo, FJ 2; 174/2001, de 26 de julio, FJ 4; y 70/2002, de 3 de abril, FJ 4]. De manera que, “admitida una denuncia e incoado el procedimiento contra una persona por determinado delito, no cabe en modo alguno que el órgano jurisdiccional omita que esa imputación sea conocida por el interesado ni clausurar la instrucción sin haberle ilustrado de sus derechos y sin siquiera haberle oído en dicha condición de imputado” [SSTC 19/2000, de 31 de enero, FJ 5. b); 118/2001, de 21 de mayo, FJ 2; en el mismo sentido, ATC 241/2001, de 26 de julio, FJ 3]. En otras palabras, “lo que prohíbe el artículo 24 CE es que el inculcado no tenga participación en la tramitación de las diligencias de investigación judiciales o que la acusación se fragüe a sus espaldas, sin haber tenido conocimiento alguno de ella”, pues “de lo que se trata, en definitiva, es de garantizar la efectividad del derecho a la defensa y de evitar que puedan producirse contra la persona inculpada en una causa penal, aún en fase de instrucción judicial, situaciones materiales de indefensión” [STC 68/2001, de 17 de marzo, FJ 3. c); en el mismo sentido, SSTC 149/1997, de 29 de septiembre, FJ 2; 14/1999, de 22 de febrero, FJ 6. c); 19/2000, de 31 de enero, FJ 5. b); 87/2001, de 2 de abril, FJ 3; 174/2001, de 26 de julio, FJ 4; y 70/2002, de 3 de abril, FJ 4].

[...]

Conforme a jurisprudencia reiterada de este Tribunal, “no basta con una vulneración meramente formal sino que es necesario que de esa infracción formal se derive un efecto material de indefensión, con real menoscabo del derecho de defensa y con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado” (STC 118/2001, de 21 de mayo, FJ 2, *in fine*; en el mismo sentido, SSTC 14/1999, de 22 de febrero,

FJ 6.c); y 220/2002, de 25 de noviembre, FJ 3) ni, de todos modos, las vulneraciones denunciadas pueden deducirse del examen de las actuaciones judiciales.

[...]

Ciertamente, este Tribunal viene señalando que al valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales u otras que sean consecuencia de dicha vulneración, puede resultar lesionado, no sólo el derecho a un proceso con todas las garantías, sino también, cuando la condena se fundamente exclusivamente en dichas pruebas, la presunción de inocencia (entre muchas otras, SSTC 81/1998, de 2 de abril, FJ 3; 299/2000, FJ 9; 138/2001, de 18 de junio, FJ 8; 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 6; 205/2002, de 11 de noviembre, FJ 6; 7/2004, de 9 de febrero, FJ 9; y 145/2004, de 13 de septiembre, FJ 3). No obstante, una vez que hemos llegado a la conclusión de que los derechos a la no autoincriminación y a la defensa han sido respetados en el proceso penal seguido contra el recurrente en amparo o, lo que es igual, que las pruebas se han obtenido sin vulneración de las garantías del artículo 24.2 CE, debe descartarse, sin necesidad de mayor argumentación, la denunciada vulneración de la presunción de inocencia por el motivo señalado.

[...]

Conviene comenzar recordando que, de acuerdo con una consolidada doctrina constitucional, a este Tribunal no le “corresponde revisar la valoración de las pruebas a través de las cuales el órgano judicial alcanza su íntima convicción, dado que el artículo 117.3 CE atribuye dicha tarea a los Jueces y Tribunales ordinarios. A la jurisdicción constitucional corresponde únicamente, a los efectos que ahora interesan, controlar la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico que de ella resulte, porque el recurso de amparo no es un recurso de apelación, ni este Tribunal una tercera instancia revisora de las actuaciones propias de la competencia específica de los órganos judiciales, lo que impide valorar nuevamente la prueba practicada o enjuiciar la valoración realizada por los Jueces o Tribunales que integran el poder judicial salvo en caso de arbitrariedad o irrazonabilidad manifiesta” (STC 159/2004, de 4 de octubre, FJ 9; en el mismo sentido, SSTC 125/2002, de 20 de mayo, FJ 2; 137/2002, de 3 de junio, FJ 8; 12/2004, de 9 de febrero, FJ 2; 147/2002, de 15 de julio, FJ 5; 119/2003, de 16 de junio, FJ 2; y 142/2003, de 14 de julio, FJ 3).»

(STC 18/2005, de 1 de febrero. Recurso de amparo 3147/2001. Ponente: D.^a María Emilia Casas Baamonde. *BOE* de 3 de marzo de 2005, suplemento)

Derecho a un proceso con todas las garantías. Valoración de las pruebas en segunda instancia penal

«El Pleno de este Tribunal, en la STC 167/2002, de 18 de septiembre (FFJJ 9, 10 y 11), afirmó la necesidad de respetar las garantías de publicidad, intermediación y contradicción en la valoración de las pruebas en la segunda instancia penal, adaptando la interpretación constitucional del derecho a un proceso con todas las garantías a las exigencias del artículo 6.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades públicas (en adelante, CEDH), en la interpretación que de él viene haciendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 26 de marzo de 1988 –caso *Ekbatani contra Suecia*–; 8 de febrero de 2000 –caso *Cooke contra Austria* y caso *Stefanelli contra San Marino*–; de 27 de junio de 2000 –caso *Constantinescu contra Rumania*–; y 25 de julio de 2000 –caso *Tierce y otros contra San Marino*–). En particular, señalamos en aquella Sentencia que el artículo 6.1 CEDH recoge el derecho que asiste al acusado a estar presente en el juicio y a ser oído personalmente y que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene afirmando que, pese

a no resultar imprescindible en todo caso la celebración de vista en segunda instancia, ya que dicha exigencia depende de la naturaleza de las cuestiones a juzgar y las circunstancias del caso, cuando el órgano de apelación tiene que pronunciarse globalmente sobre la culpabilidad o inocencia del acusado, el recurso no puede resolverse sin un examen directo y personal del mismo cuando niega haber cometido el hecho.

La STC 167/2002, de 18 de septiembre, declaró la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías en las circunstancias del caso “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” (FJ 11). Además, en la citada decisión precisamos que “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. 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” (FJ 11).

En Sentencias posteriores, en las que hemos apreciado la vulneración del derecho al proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) en aplicación de esta doctrina, hemos ido perfilándola en el sentido de que la revocación en segunda instancia de una sentencia penal absolutoria y su sustitución por otra condenatoria, tras realizar una nueva valoración y ponderación de los testimonios de acusados y testigos en la que se fundamenta la modificación del relato de hechos probados y la condena, requiere que esta nueva valoración de estos medios de prueba se efectúe con un examen directo y personal de los acusados y testigos, en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción (SSTC 197/2002, de 28 de octubre, FJ 4; 198/2002, de 28 de octubre, FJ 2; 200/2002, de 28 de octubre, FJ 6; 212/2002, de 11 de noviembre, FJ 3; 230/2002, de 9 de diciembre, FJ 8; 41/2003, de 27 de febrero, FJ 5; 68/2003, de 9 de abril, FJ 3; 118/2003, de 16 de junio, FJ 4; 189/2003, de 27 de octubre, FJ 4; 209/2003, de 1 de diciembre, FJ 3; 4/2004, de 16 de enero, FJ 5; 10/2004, de 9 de febrero, FJ 7; 12/2004, de 9 de febrero, FJ 4; 28/2004, de 4 de marzo, FJ 6; 40/2004, de 22 de marzo, FJ 5; y 50/2004, de 30 de marzo, FJ 2, entre otras).»

(STC 31/2005, de 14 de febrero. Recurso de amparo 4132/2003. Ponente: D. Roberto García-Calvo y Montiel. *BOE* de 22 de marzo de 2005, suplemento. En el mismo sentido, STC 14/2005, de 31 de enero. Recurso de amparo 765/2004. Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas. *BOE* de 3 de marzo de 2005, suplemento. STC 27/2005, de 14 de febrero. Recurso de amparo 301/2002. Ponente: D. Pablo Pérez Tremps. *BOE* de 22 de marzo de 2005, suplemento)

«Es jurisprudencia ya reiterada de este Tribunal, iniciada en la STC 167/2002, de 18 de septiembre (FFJJ 9 a 11, y seguida en numerosas Sentencias posteriores (entre las últimas, SSTC 192/2004, de 2 de noviembre; o 200/2004, de 15 de noviembre), que el respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, contenidos en el derecho a un proceso con todas las garantías, impone inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente y en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción, por lo que, cuando la apelación se plantee contra una

Sentencia absolutoria y el motivo de apelación concreto verse sobre cuestiones de hecho suscitadas por la valoración o ponderación de pruebas personales de las que dependa la condena o absolución del acusado, resultará necesaria la celebración de vista pública en la segunda instancia para que el órgano judicial de apelación pueda resolver, tomando un conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas. E, igualmente, hemos sostenido que la constatación de la anterior vulneración determina también la del derecho a la presunción de inocencia si los aludidos medios de prueba indebidamente valorados en la segunda instancia son las únicas pruebas de cargo en las que se fundamente la condena.»

(STC 19/2005, de 1 de febrero. Recurso de amparo 958/2002. Ponente: D. Pablo Pérez Tremps. *BOE* de 3 de marzo de 2005, suplemento)

Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa

«Como ya hemos tenido ocasión de poner de relieve en distintas ocasiones (entre otras, STC 133/2003, de 30 de junio, FJ 3), este derecho fundamental presenta íntimas conexiones con otros derechos constitucionalizados en el artículo 24 CE. Así, hemos hecho hincapié en sus estrechas relaciones con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), cuyo alcance incluye las cuestiones relativas a la prueba, así como con el derecho de defensa (art. 24.2 CE), del que es realmente inseparable.

Ha sido justamente esta inescindible conexión la que nos ha permitido afirmar que el contenido esencial del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa se integra por el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto objeto del proceso (por todas, STC 19/2001, de 29 de enero, FJ 4).

De acuerdo con una consolidada doctrina constitucional, recogida de forma sistematizada, entre otras, en las SSTC 133/2003, de 30 de junio, FJ 3, y 165/2004, de 4 de octubre, FJ 3, entre los rasgos caracterizadores de este derecho fundamental y de su protección constitucional son esenciales, en lo que aquí interesa, los siguientes: *a)* Se trata de un derecho fundamental de configuración legal, en la delimitación de cuyo contenido constitucionalmente protegido coadyuva de manera activa el legislador, en particular al establecer las normas reguladoras de cada concreto orden jurisdiccional, a cuyas determinaciones habrá de acomodarse su ejercicio, de tal modo que, para entenderlo lesionado, será preciso que la prueba no admitida o no practicada se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos, sin que en ningún caso pueda considerarse menoscabado este derecho cuando la inadmisión de una prueba se haya producido debidamente en aplicación de normas legales cuya legitimidad constitucional no pueda ponerse en duda. *b)* Este derecho no tiene, en todo caso, carácter absoluto o, expresado en otros términos, no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquellas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas solicitadas, debiendo motivarse razonablemente la denegación de las pruebas propuestas, de modo que puede resultar vulnerado este derecho en caso de denegación o inexecución imputables al órgano judicial, cuando se inadmiten o inejecutan pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna o mediante una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable. Por supuesto, una vez admitidas y practicadas las pruebas declaradas

pertinentes, a los órganos judiciales les compete también su valoración conforme a las reglas de la lógica y de la sana crítica, según lo alegado y probado, fallando en consecuencia, sin que este Tribunal pueda entrar a valorar las pruebas, sustituyendo a los Jueces y Tribunales en la función exclusiva que les atribuye el artículo 117.1 CE. c) Es también doctrina reiterada de este Tribunal la de que no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba (referida a su admisión, a su práctica, a su valoración, etc.) causa por sí misma indefensión material constitucionalmente relevante. Y es que, en efecto, el dato esencial para que pueda considerarse vulnerado el derecho fundamental analizado consiste en que las irregularidades u omisiones procesales efectivamente verificadas hayan supuesto para el demandante de amparo una efectiva indefensión, toda vez que la garantía constitucional contenida en el artículo 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en los que la prueba es decisiva en términos de defensa, de tal modo que, de haberse practicado la prueba omitida, o si se hubiese practicado correctamente la admitida, la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta y eventualmente favorable a quien denuncia la infracción del derecho fundamental.

En concreto, para que se produzca violación del indicado derecho fundamental, este Tribunal ha exigido reiteradamente que concurren dos circunstancias: por una parte, la denegación o inejecución han de ser imputables al órgano judicial; y, por otra, la prueba denegada o impracticada ha de ser decisiva en términos de defensa, debiendo justificar el recurrente en su demanda la indefensión sufrida. Esta última exigencia de acreditación de la relevancia de la prueba denegada se proyecta, según nuestra jurisprudencia, también en un doble plano: por un lado, el recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otro lado, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones; sólo en tal caso —comprobado que el fallo del proceso *a quo* pudo, tal vez, haber sido otro si la prueba se hubiera practicado— podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita el amparo constitucional.»

(STC 4/2005, de 17 de enero. Recurso de amparo 2562-2002. Recurso de amparo 2562/2002, Ponente: D.^a Elisa Pérez Vera. BOE de 17 de febrero de 2005, suplemento)

Presunción de inocencia

«Este Tribunal ha reiterado que el derecho a la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio y en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, opera como el derecho del acusado a no ser condenado a menos que su culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable (por todas, SSTC 174/2003, de 29 de septiembre, FJ 3, ó 146/2003, de 14 de julio, FJ 5).»

(STC 246/2004, de 20 de diciembre. Recurso de amparo 1563/1998. Ponente: D. Pablo Pérez Tremps. BOE de 21 de enero de 2005, suplemento)

Presunción de inocencia en procedimiento penal de menores. Valor probatorio de las declaraciones de coimputado

«El examen de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia debe iniciarse poniendo de manifiesto que, si bien habría tenido lugar en el marco de un pro-

cedimiento penal de menores, esta circunstancia no implica ninguna excepción a su ejercicio, ya que este Tribunal ha reiterado que las garantías constitucionales que disciplinan el procedimiento penal son también de aplicación al procedimiento de menores (SSTC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 6, y 60/1995, de 16 de marzo, FJ 5), en el que la especial incidencia en la finalidad reeducativa, y no tanto sancionadora, no implica que no deban aplicarse estrictamente todas las garantías constitucionales. Más en concreto, este Tribunal ya ha descartado la posibilidad de que se plantee, por la naturaleza del procedimiento penal del menor, cualquier tipo de flexibilización respecto de la necesidad de que la desvirtuación de la presunción de inocencia sólo pueda producirse mediante pruebas practicadas con las debidas garantías en el juicio oral, máxime teniendo en cuenta que la Convención de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño, de la que España es parte (BOE de 31 de diciembre de 1990), dispone en su artículo 40.2.b) que a “todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se garantizará al menos lo siguiente: i) Se le presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la Ley” (STC 211/1993, de 28 de junio, FJ 4).

En el presente supuesto, en el que el recurrente cuestiona tanto la validez como la suficiencia de la prueba de cargo practicada para enervar la presunción de inocencia, nuestro análisis debe comenzar por la alegada insuficiencia de la declaración del coimputado por falta de corroboración suficiente, ya que, como en ocasiones anteriores se ha reiterado, si la condena careciera de fundamento probatorio suficiente perdería relevancia la cuestión del modo en que las declaraciones en cuestión fueron prestadas y accedieron al juicio oral; y es que, tuvieran o no las garantías exigibles para considerarlas actos de prueba, apreciada su insuficiencia, no bastarían por sí solas para sustentar la condena (SSTC 65/2003, de 7 de abril, FJ 3, y 17/2004, de 23 de febrero, FJ 2).

En cuanto a la aptitud o suficiencia de las declaraciones de los coimputados para enervar la presunción de inocencia, este Tribunal ha reiterado que, si bien su valoración es legítima desde la perspectiva constitucional, dado su carácter testimonial, carecen de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por otras pruebas. En efecto, hemos dicho que “la declaración de un coimputado es una prueba ‘sospechosa’ (STC 68/2001, de 17 de marzo, FJ 5) cuando se trata de la única prueba de cargo, en la medida en que el acusado, a diferencia del testigo, no sólo no tiene obligación de decir la verdad, sino que puede callar parcial o totalmente en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable, reconocidos en el artículo 24.2 CE, que son garantías instrumentales del más amplio derecho de defensa (por todas, STC 233/2002, de 9 de diciembre, FJ 3)” (STC 17/2004, de 23 de febrero, FJ 3).

Dicha exigencia de corroboración se concreta en dos ideas: por una parte, que no ha de ser necesariamente plena –pues para llegar a tal conclusión este Tribunal tendría que efectuar una valoración global de la prueba practicada ante los órganos jurisdiccionales, realizando una actividad que le está vedada–, sino que basta con que al menos sea mínima; y, por otra, que no cabe establecer su alcance en términos generales, más allá de la idea obvia de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejar la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no al análisis caso por caso. A lo que hemos añadido que la corroboración mínima resulta exigible no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados (entre las últimas, SSTC 17/2004, de 23 de febrero, FJ 3; 118/2004, de 12 de julio, FJ 2; y 147/2004, de 13 de septiembre, FJ 2). Por último, también se ha destacado que el control res-

pecto de la existencia de corroboración, al menos mínima, ha de ser especialmente intenso en aquellos supuestos en que concurren circunstancias excepcionales, como sucede cuando las declaraciones inculpativas del coimputado no se incorporan regularmente a la vista oral con todas las garantías (STC 17/2004, de 23 de febrero, FJ 5). Por tanto, en aplicación de la doctrina constitucional expuesta, el pronunciamiento sobre la eventual vulneración del derecho a la presunción de inocencia por insuficiencia probatoria de la declaración de un coimputado exige comprobar si, en el supuesto examinado, el testimonio del coimputado es la única prueba de cargo en la que se ha fundamentado la condena y cuáles son los elementos de corroboración aportados por las resoluciones impugnadas.»

(STC 30/2005, de 14 de febrero. Recurso de amparo 6398/2002. Ponente: D.^a Elisa Pérez Vera, BOE de 22 de marzo de 2005, suplemento)

Presunción de inocencia. Pruebas inválidas o ineficaces

«La presunción de inocencia “sólo puede entenderse desvirtuada en virtud de ‘pruebas que puedan considerarse de cargo y obtenidas con todas las garantías’. Y no las reúnen aquellas que han sido conseguidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos, pues, ‘aunque esta prohibición de valoración no se halla proclamada en un precepto constitucional que explícitamente la imponga, ni tiene lugar inmediatamente en virtud del derecho sustantivo originariamente afectado, expresa una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente, en el Estado de Derecho que la constitución instaura, exige que los actos que los vulneren carezcan de eficacia probatoria en el proceso’ (STC 114/1984, de 29 de noviembre, FFJJ 2 y 3). A partir de estas premisas, hemos afirmado que, al valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, u otras que sean consecuencia de dicha violación, puede resultar lesionado no sólo el derecho a un proceso con todas las garantías, sino también la presunción de inocencia. Ello sucederá si la condena se ha fundado exclusivamente en tales pruebas. Pero, si existen otras de cargo válidas e independientes, podrá suceder que la presunción de inocencia no resulte, finalmente, infringida” (STC 161/1999, de 27 de septiembre, FJ 4).

En el presente supuesto se han valorado otras pruebas cuya validez ni siquiera ha puesto en duda el demandante, por lo que la primera cuestión a abordar ha de ser si, prescindiendo de los elementos de prueba descartados anteriormente, existen otras pruebas válidas de la participación del recurrente en los hechos por los que ha sido condenado (SSTC 86/1995, de 6 de junio, FJ 6, y 126/2000, de 16 de mayo, FJ 10). En segundo lugar, y aun constatada la existencia de otras pruebas de cargo válidas, corresponde al Tribunal decidir si, a la vista del contenido de la decisión judicial condenatoria, es decir, a partir del exclusivo examen de las resoluciones judiciales, es posible mantener que la condena se ha fundado en pruebas de cargo válidas y suficientes para enervar la presunción de inocencia. El resultado de este análisis determinará el contenido del fallo que se nos solicita. En efecto, venimos sosteniendo que cuando es preciso realizar una nueva valoración probatoria por parte de los Tribunales debe decidirse la retroacción al momento anterior a dictar Sentencia, a fin de que sean los órganos judiciales quienes decidan si con las pruebas que subsisten mantienen su conclusión condenatoria o, por el contrario, deciden revisarla, todo ello ante la constatación de que a este Tribunal no le compete valorar pruebas. Mas cuando de dicho estudio de la Sentencia condenatoria se deriva una detallada motivación del valor probatorio de cada uno de los medios de prueba restantes, con una expresa considera-

ción sobre su carácter de prueba de cargo, el Tribunal puede ejercer su control constitucional sin necesidad de reenvío a los órganos judiciales para una nueva valoración de los medios de prueba restantes (SSTC 12/2002, de 28 de enero, FJ 5; 161/1999, de 27 de septiembre, FJ 4; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 15; 8/2000, de 17 de enero, FJ 10, y 136/2000, de 29 de mayo, FJ 8).»

(STC 25/2005, de 14 de febrero. Recurso de amparo 2123/2001. Ponente: D. Roberto García-Calvo y Montiel. *BOE* de 22 de marzo de 2005, suplemento)

CÓDIGO PENAL

ARTÍCULO 80

Suspensión de la ejecución de la pena

«Hemos de destacar, de un lado, que el objeto del incidente de ejecución de sentencia es independiente del objeto del proceso penal que finaliza con la sentencia condenatoria, valorándose en él cuestiones que no fueron objeto de debate procesal en el mismo, pues carecen de relevancia para la sustanciación de la pretensión punitiva del Estado; y, de otro, que si bien el título jurídico habilitante para la restricción de la libertad personal es la sentencia condenatoria, como hemos declarado en otras ocasiones en relación con esta misma institución, la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad afecta al valor libertad por cuanto incide en la forma de cumplimiento de la pena y en el efectivo ingreso en prisión del condenado (SSTC 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 7/2001, de 15 de enero, FFJJ 2 y 3, y 110/2003, de 16 de junio, FJ 4).

Como recuerda el Ministerio Fiscal, son varios los preceptos del Código Penal que específicamente en relación con esta institución requieren la audiencia de las partes e interesados –arts. 80.2, 81.3 y 84.2 CP–, y aunque no se establezca de forma expresa, en caso de denegación de la suspensión, dicha audiencia constituye una exigencia constitucional ineludible que deriva directamente de la prohibición constitucional de indefensión (art. 24.1 CE), siendo dicha exigencia tanto más relevante en un caso como el presente en el que lo que se dilucida es el cumplimiento efectivo de una pena de prisión mediante el ingreso del condenado en centro penitenciario. Es de aplicación en este caso, dadas las circunstancias que concurren en él, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que al interpretar el artículo 5.4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la privación de libertad debe poder ser impuesta o revisada en proceso contradictorio, en igualdad de armas, en el que se otorgue al sometido a restricción de libertad la posibilidad de alegar sobre los fundamentos específicos de dicha restricción (entre muchas, SSTEDH de 24 de octubre de 1979, asunto *Winterwerp c. los Países Bajos*, § 60; de 21 de octubre de 1986, caso *Sánchez Reisse c. Suiza*, § 12; de 12 de diciembre de 1991, asunto *Toht c. Austria*, § 84; de 23 de septiembre de 2004, asunto *Kotsaridis c. Grecia*, § 29). Por ello, debió darse oportunidad al recurrente de alegar sobre la concurrencia de los requisitos que el Código Penal exige para la concesión de dicho beneficio –art. 81 CP–, así como sobre las circunstancias personales con base en las cuales el órgano judicial debía realizar la ponderación de los fines de dicha institución y “específicamente, la valoración de la peligrosidad criminal del sujeto, según requiere el artículo 80.1 CP.

Como acabamos de recordar en la STC 202/2004, de 15 de noviembre, FJ 3, “una resolución fundada en Derecho en materia de suspensión de la ejecución de la pena es

aquella que, más allá de la mera exteriorización de la concurrencia o no de los requisitos legales establecidos, que también debe realizar, pondera las circunstancias individuales del penado en relación con otros bienes o valores constitucionales comprometidos por la decisión (SSTC 25/2000, de 31 de enero, FJ 4). En particular, dado que esta institución afecta al valor libertad personal, en cuanto modaliza la forma en que la ejecución de la restricción de la libertad tendrá lugar y habida cuenta de que constituye una de las instituciones que tienden a hacer efectivo el principio de reeducación y reinserción social contenido en el artículo 25.2 CE, la resolución judicial debe ponderar ‘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’ (STC 163/2002, de 16 de septiembre, FJ 4; en sentido similar, SSTC 25/2000, de 31 de enero, FFJJ 3 y 7; 8/2001, de 15 de enero, FFJJ 2 y 3, y 110/2003, de 16 de junio, FJ 4)” [FJ 3].»

(STC 248/2004, de 20 de diciembre. Recurso de amparo 3943/2002. Ponente: D.^a María Emilia Casas Baamonde. *BOE* de 21 de enero de 2005, suplemento)

LEY ORGÁNICA 1/1979, DE 26 DE SEPTIEMBRE, GENERAL PENITENCIARIA

ARTÍCULO 47

Denegación de permisos de salida. Derecho a la tutela judicial efectiva del interno

«La discriminación, como tratamiento peyorativo, exige un factor de alteridad, la existencia del “otro mejor tratado” (STC 1/1997, de 13 de enero, FJ 3; también, entre las más recientes, SSTC 13/2004, de 9 de febrero, FJ 2; 26/2004, de 26 de febrero, FJ 3; 91/2004, de 19 de mayo, FJ 7, y 117/2004, de 12 de julio, FJ 2). El que el señor Martial haya sido tratado de un modo desigual a como lo fue en otra ocasión que él considera idéntica es, como se analizará posteriormente, una posible causa de arbitrariedad si tal trato dispar proviene del mismo órgano judicial, pero no puede suponer una vulneración de su derecho a la igualdad, que es, en esencia, según se acaba de señalar, un derecho a ser tratado como los otros.

[...]

Son ya muchas las ocasiones en las que nuestra jurisprudencia se ha ocupado de determinar cuándo una resolución judicial denegatoria de un permiso de salida a un preso constituye un ejercicio efectivo de tutela judicial. El canon de control constitucional resultante es más riguroso que el genérico, que repara sólo en si la resolución impugnada es arbitraria, manifiestamente irrazonable o fruto de un error patente (STC 75/1998, de 31 de marzo, FJ 3). La razón estriba en que, aunque tal resolución no pueda nunca vulnerar el derecho a la libertad personal de los internos, “pues la privación de ésta se ha producido por un título legítimo previo que es la imposición de una Sentencia penal condenatoria a privación de libertad” (STC 167/2003, de 29 de septiembre), no cabe duda de que en las decisiones en torno a los permisos de salida está en juego el valor superior de la libertad, pues de la concesión de los mismos va a depender que el preso “disfrute de una cierta situación de libertad de la que de ordinario, y con fundamento en la propia condena que así lo legitima, carece” (STC 204/1999, de 8 de

noviembre, FJ 4). Asimismo, y ésta es la segunda razón por la que en estos supuestos es más riguroso el control de la tutela judicial, el permiso de salida sirve a una de las finalidades esenciales que la Constitución impone a la pena privativa de libertad, cual es “la reeducación y reinserción social” (art. 25.2 CE). Este trasfondo constitucional, y con ello no sólo la obvia necesidad social de que la pena no se quebrante, ha de formar parte de la ponderación judicial que informe la decisión sobre el permiso solicitado. No es, pues, constitucionalmente suficiente que el Auto en cuestión se apoye sin más en el Reglamento penitenciario –y esté en tal sentido fundado en Derecho– y que así lo exprese –y esté en tal sentido motivado–, sino que es imprescindible que tome en consideración los valores constitucionales en juego y que de un modo u otro exponga tal ponderación. Dicho con las palabras de la STC 204/1999, de 8 de noviembre: “debido a la relación que la denegación de un permiso de salida guarda con la libertad, como valor superior del Ordenamiento, para que las resoluciones judiciales que confirmen dicha denegación puedan entenderse conformes con el derecho a la tutela judicial efectiva no es suficiente con que quepa deducir de las mismas los criterios jurídicos fundamentadores de la decisión, conforme al canon general exigible para entender respetado dicho derecho (por todas, STC 14/1991, de 28 de enero), sino que será preciso que estén fundadas en criterios que resulten conformes con los principios constitucionales y legales a los que está orientada la institución” (FJ 4).

En tal sentido, hemos considerado motivación suficiente e indicativa de una adecuada ponderación constitucional previa la que sustenta la denegación del permiso de salida en un serio riesgo de quebrantamiento de condena o, por supuesto, en la particular incidencia negativa del concreto permiso en el proceso de reinserción del preso. Se trata, si prefiere expresarse así, de la comprobación de la existencia de intereses relevantes que limitan la inicial inclinación de la decisión *pro libertate*, a favor de la concesión del permiso.

[...]

Cabe entender como no razonable el que la falta de arraigo pueda hacer que el permiso entorpezca el proceso de resocialización o pueda favorecer el quebrantamiento de la condena; por otra, porque, como ya hemos señalado en otras ocasiones (SSTC 88/1998, de 21 de abril, FJ 6; 109/2000, de 5 de mayo, FJ 5, y 137/2000, de 29 de mayo, FJ 2), tampoco resulta irrazonable la consideración de que el plazo lejano para la vuelta al pleno ejercicio de la libertad personal no es ajeno ni al riesgo de quebrantamiento ni a los fines de la institución del permiso de salida y, en concreto, a la preparación de la vida en libertad.

[...]

Hemos dicho que desconoce el derecho a la tutela efectiva el órgano judicial que dicta una resolución contrapuesta en lo esencial a la que había dictado anteriormente para un supuesto idéntico en los datos con relevancia jurídica, siempre que no exprese o no se infieran las razones para tal cambio de orientación. En esta conducta, que se subsume bajo la perspectiva prioritaria del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley cuando son distintos los sujetos implicados, pasa a un primer plano el defecto de tutela judicial cuando no se da tal alteridad, cuando es un solo ciudadano el implicado en las resoluciones opuestas (SSTC 150/2001, de 2 de julio, FJ 4; 162/2001, de 26 de noviembre, FJ 4; 229/2001, de 26 de noviembre, FJ 4; 74/2002, de 8 de abril, FJ 4; 210/2002, de 11 de noviembre, FJ 4; 46/2003, de 3 de marzo, FJ 5; 13/2004, de 9 de febrero, FJ 3, y 91/2004, de 19 de mayo).

Recientemente hemos recordado en nuestra STC 91/2004, de 19 de mayo, que “ha de tenerse por arbitrario el resultado que supone que una persona, sobre idénticos asuntos litigiosos, obtenga inmotivadamente respuestas distintas del mismo órgano judicial (SSTC 150/2001, de 2 de julio, FFJJ 3 y 4; 74/2002, de 8 de abril, FJ 4, y

46/2003, de 3 de marzo, FJ 5)” (FJ 7). Este resultado arbitrario supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

No se trata aquí, como no se trataba en el supuesto de la STC 150/2001, de 2 de julio, “de corregir algún tipo de error patente o de aplicar el canon de la arbitrariedad o la manifiesta irrazonabilidad de las resoluciones judiciales, ya que la Sentencia contra la que se dirige el recurso de amparo es una resolución razonada, motivada y debidamente fundada. El contenido del derecho a la tutela judicial aquí en cuestión se refiere al resultado finalmente producido, pues, sean cuales fueran las razones orgánicas y funcionales que lo puedan justificar, el mismo no puede considerarse conforme con el derecho a obtener la tutela judicial efectiva” (FJ 4; también, STC 162/2001, de 5 de julio, FJ 4). Así, “la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3^o 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, y 81/1995, de 5 de junio, FJ 4)... [A] no existir otro remedio jurisdiccional, el resultado arbitrario producido debe ser eliminado a través de la vía de amparo, para tutelar el mencionado derecho fundamental y evitar así que [los recurrentes] tengan que soportar una respuesta judicial diferente y no justificada, aunque ello sea fruto de la inadvertencia por el órgano judicial de que la solución ofrecida era distinta respecto de la solución dada anteriormente a casos idénticos o esencialmente similares” (STC 150/2001, de 2 de julio, FJ 4).

[...]

Una vez más es necesario reiterar nuestra doctrina al respecto, insistiendo en que, como dijimos en la STC 229/2001, de 26 de noviembre, no “se trata de corregir algún tipo de error patente o de aplicar el canon de la manifiesta irrazonabilidad de las resoluciones judiciales, ya que la Sentencia contra la que se dirige el recurso de amparo es una resolución razonada, motivada y debidamente fundada. El problema que en este caso se nos plantea, al igual que en los resueltos en nuestras SSTC 150/2001, de 2 de julio, y 162/2001, de 5 de julio, es el de una resolución judicial que se aparta sin explicación alguna, explícita o implícita, del criterio mantenido por el mismo órgano judicial en supuestos anteriores sustancialmente iguales, siendo la misma persona la que obtiene tales resoluciones contrapuestas, sin que medie un razonamiento que así lo justifique (SSTC 150/2001, FJ 4, y 162/2001, FJ 4)” (FJ 4).»

[STC 24/2005, de 14 de febrero. Recursos de amparo 6330/2000 y 941/2001 (acumulados). Ponente: D.^a María Emilia Casas Baamonde. *BOE* de 22 de marzo de 2005, suplemento]

LEY ORGÁNICA 2/1979, DE 3 DE OCTUBRE, DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ARTÍCULO 44.1

Admisión a trámite del recurso de amparo

«El examen de la concurrencia de los requisitos del artículo 44.1 LOTC debe efectuarse de acuerdo con un criterio de flexibilidad en supuestos en que el demandante de amparo se encuentra interno en centro penitenciario y es lego en Derecho (por todas, SSTC 195/1995, de 19 de diciembre, FJ 2, y 11/2003, de 27 de enero, FJ 2).»

(STC 248/2004, de 20 de diciembre de 2004. Recurso de amparo 3943/2002. Ponente: D.^a María Emilia Casas Baamonde. *BOE* de 21 de enero de 2005, suplemento)

ARTÍCULO 50.1 A) Y 44.1.C)

Invocación previa del derecho fundamental vulnerado

«Como ha señalado este Tribunal, el requisito de invocación previa tiene la doble finalidad, por una parte, de que los órganos judiciales tengan la oportunidad de pronunciarse sobre la eventual vulneración y reestablecer, en su caso, el derecho constitucional en sede jurisdiccional ordinaria; y, por otra, de preservar el carácter subsidiario de la jurisdicción constitucional de amparo (por todas, SSTC 310/2000, de 28 de diciembre, FJ 2; 14/2001, de 29 de enero, FJ 11; 222/2001, de 5 de noviembre, FJ 2; y 133/2002, de 3 de junio, FJ 3). El cumplimiento de este requisito no exige que en el proceso judicial se haga una mención concreta y numérica del precepto constitucional en el que se reconozca el derecho vulnerado o la mención de su *nomen iuris*, siendo suficiente que se someta el hecho fundamentador de la vulneración al análisis de los órganos judiciales, dándoles la oportunidad de pronunciarse y, en su caso, reparar la lesión del derecho fundamental que posteriormente se alega en el recurso de amparo (por todas, SSTC 15/2002, de 28 de enero, FJ 2; 133/2002, de 3 de junio, FJ 3; 136/2002, de 3 de junio, FJ 2; y 29/2004, de 4 de marzo, FJ 2).»

(STC 2/2005, de 17 de enero. Recurso de amparo 1814/2000. Ponente: D. Manuel Aragón Reyes. *BOE* de 17 de febrero de 2005, suplemento)

ARTÍCULO 51

Momento procesal para comprobar los presupuestos formales de la demanda de amparo

«“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” (entre muchas, SSTC 53/1983, de 20 de junio, FJ 2; 90/1987, de 3 de junio, FJ 1; 50/1991, de 11 de marzo, FJ 3; 107/1995, de 3 de julio, FJ 2; 77/1999, de 26 de abril, FJ 2; 208/2001, de 22 de octubre, FJ 2, y 69/2003, de 9 de abril, FJ 2).»

(STC 3/2005, de 17 de enero. Recurso de amparo 5771/2001. Ponente: D. Eugeni Gay Montalvo. *BOE* de 17 de febrero de 2005, suplemento)

ARTÍCULO 43.2

Suspensión del plazo para recurrir en amparo por interposición de recursos, aunque sean inadmitidos

«Ha declarado este Tribunal que los recursos, aun cuando sean improcedentes, suspenden el plazo de veinte días para recurrir en amparo cuando “de las circunstancias del caso se colija que el recurrente obra en la creencia de que hace lo correcto y, por consiguiente, actúa sin ánimo dilatorio, como puede suceder si es la propia resolución judicial recurrida la que induzca, mediante su expresa mención, a la interposición del recurso” (SSTC 81/1996, de 20 de mayo, FJ 2; 201/1998, de 14 de octubre,

FJ 3; 210/1998, de 27 de octubre, FJ 2; 84/1999, de 10 de mayo, FJ 2; 197/1999, de 25 de octubre, FJ 2; 123/2000, de 16 de mayo, FJ 2; 267/2000, de 13 de noviembre, FJ 2; 159/2002, de 16 de septiembre, FJ 2; 69/2003, de 9 de abril, FJ 2; 20/2004, de 23 de febrero, FJ 3; y 185/2004, de 2 de noviembre, FJ 3). Así, en nuestras SSTC 69/2003, de 9 de abril (FJ 2), y 20/2004, de 23 de febrero (FJ 3), apreciamos que la interposición de un recurso de súplica contra el Auto que desestimó el incidente de nulidad promovido por el demandante de amparo, aun siendo improcedente conforme al tenor literal del entonces artículo 240.4 LOPJ, no podía considerarse como manifiestamente improcedente a los efectos de determinar la extemporaneidad del recurso de amparo, pues fue el propio Auto el que expresamente indujo al recurrente a la interposición del recurso de súplica, no advirtiéndose la existencia de un ánimo o intención dilatoria en su formulación.

[...]

Ciertamente, el artículo 240.4, *in fine*, LOPJ (en la redacción entonces vigente, dada por la Ley Orgánica 13/1999, de 14 de mayo) disponía, como ahora lo hace el artículo 241.2, que la resolución final sobre el incidente de nulidad de actuaciones no es susceptible de recurso alguno. Es indudable que ese carácter inimpugnabile debe predicarse tanto de la resolución que desestime la pretensión anulatoria como de la resolución del órgano judicial que, por apreciar un defecto de forma causante de indefensión o una incongruencia en la resolución cuestionada, acuerde su nulidad, con la consiguiente retroacción de las actuaciones al momento procesal inmediatamente anterior. Pero sería también razonable que la parte hubiese entendido que, por el contrario, la nueva decisión que deba adoptar el órgano judicial tras una declaración de nulidad sea susceptible, a su vez, de incurrir por sí misma en incongruencia o pueda haberse adoptado concurriendo un nuevo defecto formal causante de indefensión, lo que permitiría, en su caso, promover *ex novo* un incidente de nulidad frente a la nueva resolución que da lugar a una realidad procesal distinta.»

(STC 23/2005, de 14 de febrero. Recurso de amparo 5475/2000. Ponente: D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez. *BOE* de 22 de marzo de 2005, suplemento)

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

M.^a DEL CARMEN FIGUEROA NAVARRO

ABEL TÉLLEZ AGUILERA

Universidad de Alcalá

ARTÍCULO 14.3

Error de prohibición vencible: existencia. Venta de golosinas con derivados de marihuana a niños de siete y catorce años, ignorando la ilegalidad de la venta, pero sí conociendo la composición de los chupa-chups

Primero.—Se formaliza un único motivo de casación por la vía del artículo 849.1 LECrim para denunciar la inaplicación del artículo 5.º CP, en cuanto establece que no hay pena sin dolo o imprudencia, es decir, sostiene el recurrente que no obró con dolo y que la imprudencia no es una forma de culpabilidad aplicable a los delitos contra la salud pública. Como segundo argumento, añade «la escasísima cantidad de droga que contenía el “chupa-chups”, lo que hace imposible que afecte de forma real al bien jurídico protegido».

En cuanto al primer argumento, la Audiencia ha considerado que el imputado actuó con error de prohibición vencible (art. 14.3 CP), aplicándose en este caso la pena inferior en un grado a la prevista para el subtipo agravado calificado. Efectivamente, lo que se hace constar en el *factum* es que el recurrente «ignoraba la ilegalidad de la venta de “golosinas” de la concreta composición de las ofertadas», pero no que desconociese la composición de aquéllas, luego siendo un error de prohibición no es aplicable el párrafo primero del artículo 14 CP que se refiere a que la infracción será castigada como imprudente. El error de prohibición ha sido explicado mediante la teoría clásica denominada del dolo o la teoría de la culpabilidad, propia del finalismo. Para la primera es preciso que el agente conozca el hecho y su significado antijurídico, mientras que para la segunda lo importante no es que el autor conozca o no conozca la prohibición, sino si podía o no conocerla, de forma que quien no puede conocer la prohibición de un hecho no puede actuar de otro modo. El error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal puede ser vencible o invencible, en el primer caso se impone una pena inferior y en el segundo se excluye la responsabilidad criminal, es decir, no se castiga como si se tratase de una conducta imprudente, sino dolosa. Por ello, el argumento no puede ser atendido.

En cuanto al segundo, es cierto que la Jurisprudencia de esta Sala ha venido excluyendo la punibilidad de determinadas conductas relacionadas con el tráfico de estupefacientes por falta de antijuridicidad material, cuando la cantidad de principio activo objeto de la acción (por debajo de la dosis mínima psicoactiva) es tan escasa que no afecta al bien jurídico protegido, la salud pública. Sin embargo, ello debe entenderse en línea de principio aplicable cuando se trata de personas adultas, pero no cuando son menores a los que se suministra el estupefaciente, teniendo en cuenta la especial protección que conllevan (en el presente caso se trata de niños de siete y doce años de edad). Los argumentos de la Audiencia, apoyados por el Ministerio Fiscal, son atendibles en cuanto, como señala el perito que informó en la causa, mediante el suministro a menores de dichas sustancias se genera un favorecimiento específico de las mismas, ciertamente de no inmediata toxicidad, porque «vendrían a considerar que, en contra de lo postulado por los adultos, los derivados de la marihuana no resultan perjudiciales para la salud», favoreciéndose de esta forma el consumo de dichos menores, es lo que califica el Fiscal de «efecto psicológico que en absoluto es inocuo y entraña ese potencial riesgo para la salud pública». Ahora bien, siendo ello así, evidentemente el *non bis in idem* obliga a aplicar el tipo básico y no el subtipo agravado previsto en el artículo 369.1 CP, pues es claro que la tipicidad tiene lugar por la especial consideración como menores de los destinatarios de la sustancia, luego si ademásuviésemos en cuenta el subtipo agravado el mismo hecho sería objeto de una doble consideración penológica.

Por todo ello, el motivo debe ser parcialmente estimado.

(Sentencia de 13 de diciembre de 2004)

ARTÍCULO 20.1

Eximente de alteración psíquica a causa de la grave adicción a las drogas. Requisitos. Eximente incompleta y atenuante analógica

Quinto.—El motivo quinto del recurso se formaliza por la vía del artículo 849.1.º de la LECrim, denunciando la inaplicación indebida de la atenuante prevista en el artículo 21.2.ª del Código Penal. Y el motivo sexto, por la misma vía, denuncia la inaplicación de la atenuante analógica del artículo 21.6.ª del mismo cuerpo legal en atención al trastorno de la personalidad.

Ambos motivos deben ser examinados conjuntamente, pues las afectaciones de la capacidad de culpabilidad derivadas de la adicción a las drogas y a la existencia de trastornos de la personalidad debidos a su consumo deben ser objeto de una sola valoración.

En el hecho probado se declara que el recurrente presenta un trastorno de la personalidad como consecuencia de su adicción a la heroína y, más excepcionalmente, cocaína. Este trastorno se manifiesta en impulsividad e intolerancia a la frustración. Padece VIH positivo desde 1984. Como consecuencia de la adicción a la heroína estuvo ingresado en la Comunidad Terapéutica de Tomiño desde el 29 de marzo de 1988 al 21 de octubre del mismo año, dato este último que resulta de la estimación parcial del anterior motivo de casación.

La doctrina de esta Sala en la materia ha establecido que la aplicación de la eximente completa del artículo 20.1.ª será posible cuando se haya acreditado que el sujeto padece una anomalía o alteración psíquica que le impida comprender la ilicitud de su conducta o de actuar conforme a esa comprensión. Lo cual puede tener lugar en ocasiones, y ello deberá ser acreditado debidamente, a causa de un consumo muy

prolongado y muy intenso de sustancias que hayan producido graves efectos en el psiquismo del agente, como puede ocurrir con la heroína. Por otro lado, en el artículo 20.2.^a se contemplan los supuestos en los que esos efectos anulatorios de las funciones cognoscitivas y volitivas del sujeto se producen en el momento del hecho como consecuencia de una intoxicación plena por consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, o bien por encontrarse bajo un síndrome de abstinencia severo a causa de su dependencia de tales sustancias.

Cuando los efectos de la anomalía, de la intoxicación o del síndrome de abstinencia, aun siendo profundos, no sean totales, será de aplicación la eximente incompleta del artículo 21.1.^a, y en este sentido esta Sala ha admitido que la adicción, cuando es prolongada en el tiempo e intensa, o reciente, pero muy intensa, a sustancias que causan graves efectos, provoca una disminución profunda de la capacidad del sujeto, aun cuando generalmente no la anule. La Sentencia de esta Sala de 26 de marzo de 1997 aprecia la concurrencia de una eximente incompleta en una situación de larga dependencia de drogas acompañada de fenómenos patológicos somáticos que suelen ir unidos a tales formas de dependencia (hepatitis, SIDA), que producen una considerable modificación de la personalidad que, orientada a la consecución de medios para proveerse la droga, sumada a la seria disminución de la capacidad para lograrlos mediante un trabajo normalmente remunerado, afecta de una manera especial la capacidad de comportarse de acuerdo con la comprensión de la ilicitud.

Esta afectación profunda podrá apreciarse también cuando la drogodependencia grave se asocia a otras causas deficitarias del psiquismo del agente, como pueden ser leves oligofrenias, psicopatías y trastornos de la personalidad, o bien cuando se constata que en el acto enjuiciado incide una situación próxima al síndrome de abstinencia, momento en el que la compulsión hacia los actos destinados a la consecución de la droga se hace más intensa, disminuyendo profundamente la capacidad del agente para determinar su voluntad (STS de 31 de marzo de 1997)), aunque en estos últimos casos sólo deberá apreciarse en relación con aquellos delitos relacionados con la obtención de medios orientados a la adquisición de drogas.

En tercer lugar, en los casos en los que concurra una grave adicción a esas sustancias y además se acredite que ésta sea la causa del delito enjuiciado, nos encontraremos ante la atenuante prevista en el artículo 21.2.^a del Código Penal.

Finalmente, en los casos en los que la adicción a las drogas sea apreciable es posible determinar, a través de las correspondientes pruebas que ha de valorar el Tribunal, la existencia de una afectación leve de las facultades del sujeto, dando lugar a una atenuante análoga del artículo 21.6.^a en relación con el 21.1.^a y 20.1.^a y 2.^a, todos del Código Penal.

Con carácter previo debemos precisar que los preceptos a tener en cuenta son los del Código Penal de 1973, vigente a la fecha de los hechos, que es el que el Tribunal ha aplicado.

La aplicación de la anterior doctrina al caso actual podría conducir, en principio, a la apreciación de una eximente incompleta. Sin embargo, la doctrina reseñada no supone que los Tribunales deban proceder a una aplicación automática o mecánica de la eximente en los casos en que entiendan que concurren alguno o algunos de los elementos que se han tenido antes en cuenta. Por el contrario, la apreciación de la circunstancia de exención incompleta se basa en la alteración de las facultades del sujeto individualmente considerado, y por ello debe hacerse depender de las características de cada caso concreto, en función de los datos de los que dispone el Tribunal. Éste debe examinar las peculiaridades del caso y, por otra parte, debe explicitar adecuadamente su razonamiento en la sentencia para facilitar el conocimiento de las razones de su decisión y el oportuno control sobre la misma.

En el caso actual, el Tribunal destaca en su argumentación una serie de datos, que ya antes hemos mencionado en parte, que permiten precisar que, en este caso concreto, las facultades del sujeto no han sufrido como consecuencia de su drogadicción una perturbación suficientemente profunda como para debilitar su percepción de la ilicitud del hecho o su capacidad de actuar conforme a esa comprensión en una intensidad que justifique la exención incompleta, con los importantes efectos que produce en la pena. Efectivamente, no se trata de un supuesto de tráfico menor, o de actuaciones aisladas encaminadas simultáneamente tanto al tráfico como a la satisfacción de las propias necesidades derivadas de la adicción, ni tampoco se describe una actuación propia de quien tiene sus facultades seriamente afectadas, sino más bien de alguien que, además de atender a su consumo, se ha organizado de tal forma que, como se dice gráficamente, es un traficante profesional a gran escala que hace de operaciones de envergadura cual la juzgada su modo de vida hasta alcanzar un nivel de bienestar patrimonial ciertamente por encima de la media comunitaria. Así, en este mismo sentido, se dice en la sentencia de instancia que el procesado «no se hallaba bajo los efectos de tóxicos al emprender viaje a Madrid ni en su desarrollo; tampoco en estado carencial o síndrome de abstinencia; guardaba en su casa heroína suficiente (no jeringuillas) para proveer su argüida necesidad durante un tiempo amplio; tampoco se encontraba bajo los severos efectos de una pulsión psicológica que le compeliere a la obtención de droga; manejaba grandes sumas de dinero y no es lógico pensar que la adquisición de más de 500 gramos de heroína de cualificada riqueza persiguiese únicamente conseguir la satisfacción de lo inherente a su consumo».

Por lo expuesto, la Sala considera que el razonamiento del Tribunal de instancia, particularizado al caso concreto, es correcto, de forma que no resulta acreditada con la evidencia disponible la perturbación profunda de las facultades de comprensión de la ilicitud del hecho o las relativas a la capacidad de ajustar la conducta a esa comprensión.

Ello no impide, sin embargo, apreciar la existencia de alguna clase de afectación, como el propio Tribunal de instancia reconoce, al declarar probada una leve afectación de las facultades volitivas. Afectación que debe ser reconducida a la atenuante analógica prevista en el artículo 9.10.^ª en relación con los artículos 9.1.^ª y 8.1.^ª del Código Penal de 1973, aplicado a los hechos, lo que determinaría la individualización de la pena en el grado mínimo, de conformidad con el artículo 61.1 del mismo cuerpo legal. Es decir, respecto del delito contra la salud pública, en el grado medio de prisión mayor que se extiende desde ocho años y un día a diez años. Y en cuanto al delito de tenencia ilícita de armas en el grado mínimo de prisión menor. No existiendo otros datos, y ya tenida en cuenta la cantidad de droga a efectos de la agravación por notoria importancia en el delito contra la salud pública, la pena se establecerá en el mínimo legal.

En consecuencia, el motivo se estima parcialmente.

(Sentencia de 19 de enero de 2005)

ARTÍCULO 20.7

Eximente de cumplimiento de un deber, oficio o cargo. Requisitos. Policías que forcejean con detenido, provocando lesiones. Eximente incompleta por extralimitación en el uso del medio empleado

Tercero.—El segundo motivo, formalizado por pura infracción de ley, del artículo 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal denuncia la indebida aplicación del

artículo 147.1 del Código Penal, y dentro de este motivo, a impulso de una clara voluntad impugnativa, hemos de analizar la concurrencia de la exigente de cumplimiento de un deber, oficio y cargo, que es el planteamiento del recurrente en todo el desarrollo del recurso, y también en el juicio oral, ya que se ha alegado que toda la actuación fue consecuencia del cumplimiento de su deber policial. Esta Sala, en virtud de la llamada voluntad impugnativa de la resolución recurrida, puede entrar a valorar esta cuestión, favorable para el reo, siempre que se encuentre inserta en síntesis en su reproche casacional, conforme a una muy reiterada doctrina de esta Sala Segunda, de las que son exponentes, por citar sólo las más recientes, las Sentencias de 10 de julio de 2000, 6 de junio de 2002 y 9 de octubre de 2003. Los hechos probados narran tres episodios sucesivos, aunque con un desarrollo fugaz: en un primer momento, los policías actuantes detectan una operación de presunto narcotráfico, y detienen el vehículo en donde éste se produce; en segundo lugar, existe una frontal resistencia de los implicados, particularmente de Antonio, que forcejea con los policías nacionales, hasta hacer caer a éstos al suelo, e incluso se producen lesiones a Luis Enrique, como narra el *factum*, y, finalmente, en la operación de esposamiento, e incluso posteriormente, se producen las lesiones y una caída del detenido, en su intento de huida. Este tercer episodio es claramente revelador de una extralimitación en el ejercicio policial del ahora recurrente, que deberá ser contemplado bajo la exigente incompleta de cumplimiento de un deber, oficio o cargo.

En efecto, dice nuestra Sentencia de 5 de marzo de 2004 que «la exigente que se invoca, prevista en el artículo 20.7.º del Código Penal, requiere, según doctrina consolidada de esta Sala, de la que son exponentes, entre otras, las Sentencias de 21 de septiembre de 1999, de 31 de octubre de 2000 y de 25 de abril de 2003, los siguientes requisitos, sintéticamente expuestos: *a)* que los agentes actúen en el desempeño de las funciones propias de su cargo; *b)* que el recurso a la fuerza haya sido racionalmente necesario para la tutela de los intereses públicos y privados cuya protección tengan legalmente encomendados; *c)* que la utilización de la fuerza sea proporcionada; y *d)* que concurra un determinado grado de resistencia o de actitud peligrosa por parte del sujeto pasivo que justifique el acto de fuerza. (En el mismo sentido, Sentencia de 30 de septiembre de 2002.)»

Veamos ahora la aplicación por esta Sala Casacional. «Esta Sala –dice la Sentencia de 19 de junio de 1998, en un caso idéntico– estima que a la vista de la descripción fáctica fijada en la sentencia impugnada, y examinada la actuación policial en concurrencia con los elementos periféricos de la acción, y todas las circunstancias antecedentes, coetáneas y subsiguientes a la misma, procede la estimación de la exigente alegada [...] con el carácter de incompleta, ya que en la discordancia entre la necesidad abstracta o mera necesidad y la concreta que se traduce en el empleo de la fuerza exigible para controlar la situación, la que rebasa la racional legitimidad del medio empleado, origina que opere solamente como incompleta. Entendemos, pues, que hubo extralimitación en el uso del medio empleado y, por tanto, falta proporcionalidad en la actuación del agente de la autoridad en relación con las precauciones que el caso requería». Esto último es precisamente lo que tiene en consideración también el Tribunal *a quo*, en el caso que resolvemos, que dice que el conflicto planteado podía haber sido solucionado con una actitud más «comprensiva» (*sic*), ante la «respuesta inicial descortés y obstructiva respecto del policía actuante», pero que, sin embargo, no aplica circunstancia alguna modificativa de la responsabilidad del acusado, considerando los hechos desprovistos de cualquier relación con la actuación policial legítima inicial, pero con clara extralimitación en el curso de la detención y posteriormente.

En consecuencia, procede la estimación del motivo y el dictado de una nueva sentencia.

(Sentencia de 22 de enero de 2005)

ARTÍCULO 21.5

Atenuante de reparación del daño o disminución de sus efectos. Fundamento de la atenuación. Requisitos

Segundo.—En el segundo motivo, por la vía de la infracción de Ley del artículo 849.1.º de la LECrim, denuncia la inaplicación indebida del artículo 21.5.ª del Código Penal. La Audiencia ha entendido que la atenuante no es aplicable a pesar de que el acusado entregó a los padres de la víctima antes del juicio oral la cantidad de 7.000 euros, dándose éstos por suficientemente indemnizados. La razón de no apreciar la atenuación radica en que el acusado no reconoció los hechos y pretendía tan sólo garantizarse una atenuación. Entiende el recurrente que de seguirse el criterio de la Audiencia tal atenuante sólo sería de aplicación cuando el imputado se declare culpable.

El motivo, que ha merecido el apoyo del Ministerio Fiscal, debe ser estimado. Señala el Ministerio Fiscal en su informe que la circunstancia modificativa alegada y desestimada está construida sobre elementos objetivos, concretamente reparar el daño ocasionado a la víctima del delito o disminuir sus efectos. Asimismo, señala que «la finalidad o móvil por la que actúe el culpable no la ha contemplado el legislador, habiendo perdido el nuevo texto punitivo de 1995 la vieja referencia al arrepentimiento espontáneo del culpable que contemplaba la derogada circunstancia del artículo 9.9.ª del texto de 1973». La Sala comparte básicamente el criterio sostenido por el Ministerio Fiscal en su informe sobre el recurso.

El artículo 21.5.ª del Código Penal considera circunstancia atenuante la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.

El fundamento de la atenuación se ha encontrado generalmente en la satisfacción de las necesidades de tutela de la víctima del delito. Si claramente es precisa una reacción del Estado ante los ataques dirigidos contra los bienes jurídicos que se consideran más necesitados de protección, no menos conveniente resulta atender a la víctima de tales ataques, estableciendo las vías adecuadas para la restitución de las cosas al estado anterior al delito o, de no ser posible, para la reparación del daño o la indemnización de los perjuicios causados. Así, hemos dicho en la Sentencia de 18 de noviembre de 2003 que esta circunstancia, «por su fundamento político criminal, se configura como una atenuante *ex post facto*, que no hace derivar la disminución de responsabilidad de una inexistente disminución de la culpabilidad por el hecho, sino de la legítima y razonable pretensión del Legislador de dar protección a la víctima y favorecer para ello la reparación privada posterior a la realización del delito». Más adelante, esta misma sentencia señala que «como se ha expresado por la jurisprudencia de esta Sala (Sentencia de 28 de febrero de 2003, entre otras) lo que pretende esta circunstancia es incentivar el apoyo y la ayuda a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o curación del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que la atención a la víctima adquiere un

papel preponderante en la respuesta penal. Para ello resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera que satisface el interés general, pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, de responsabilidad civil, sino como un interés de toda la comunidad».

Por lo tanto, son principalmente razones de política criminal, orientadas a la protección de las víctimas de toda clase de delitos, las que sustentan la decisión del legislador de establecer una atenuación en la pena en atención a actuaciones del autor del delito, posteriores al mismo, consistentes en la reparación total o parcial, aunque siempre ha de ser significativa, del daño ocasionado por la conducta delictiva. Ello sin desconocer que también puede ser valorable la menor necesidad de pena derivada del reconocimiento de los hechos que, como una señal de rehabilitación, puede acompañar a la reparación, aunque la atenuante del artículo 21.5.^a no lo exija.

Estas consideraciones sobre el fundamento de la atenuación se corresponden con la desaparición, en su formulación legal, de elementos subjetivos referidos al arrepentimiento del autor, que la jurisprudencia anterior al nuevo Código Penal ya había ido abandonando progresivamente.

Importa, pues, el cumplimiento de las exigencias de tipo objetivo que se concretan en un elemento cronológico y otro de carácter sustancial. El primero exige para apreciar la atenuante que la acción reparadora tenga lugar con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral. Excluye, pues, del efecto atenuatorio las reparaciones realizadas durante el mismo plenario, después de su finalización o con posterioridad a la sentencia.

El segundo se refiere a la reparación del daño o a la disminución de sus efectos. No se refiere sólo a daños materiales, sino que incluye los de naturaleza moral (Sentencia de 18 de noviembre de 2003), y, de otro lado, comprende cualquier forma de «reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, de la reparación moral o incluso de la reparación simbólica».

Las cuestiones que puedan plantearse en casos de reparación parcial habrán de resolverse en atención a su relevancia en función del daño causado y de las posibilidades del autor.

En el caso actual, la sentencia impugnada declara probado que el acusado entregó a los padres de la menor la cantidad de 7.000 euros, considerándose éstos indemnizados. De acuerdo con el relato fáctico, pues, ha de considerarse que se trata de una reparación total. De otro lado, se ha producido antes de la celebración del acto del juicio oral, por lo que también cumple el requisito cronológico.

Es cierto que el acusado no ha reconocido los hechos. Pero no es una exigencia contenida en la descripción legal de la atenuante, que no condiciona sus efectos a dicho reconocimiento. No cabe duda que cuando se trata de una reparación simbólica es difícil concebir una reparación o disminución de los efectos del delito que no venga acompañada de una confesión de los hechos. Pero no es así cuando se trata de reparaciones de contenido económico, aunque se refieran a daños morales. La entrega de una indemnización relevante a los efectos de la atenuante no es radicalmente incompatible con una estrategia defensiva orientada a negar la existencia de prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia.

De acuerdo con esta doctrina, el motivo se estima.

(Sentencia de 17 de enero de 2005)

ARTÍCULO 28

Son coautores quienes intervienen de forma conjunta y coordinada en la realización del hecho criminal

F) En este apartado estima indebidamente aplicado el artículo 28 CP por ausencia del elemento subjetivo propio de los delitos dolosos. En este punto el censurante parece confundir el elemento subjetivo del delito (dolo homicida en la modalidad de eventual) con la participación en el hecho criminal.

La circunstancia prevista en el artículo 28 CP supone una decisión común de los autores integrada por el acuerdo sobre la comisión de un delito y la aportación de su esfuerzo personal a la materialización del mismo. En su ejecución se produce una asignación de funciones o distribución de papeles a cada uno de los autores, los cuales intervienen de forma conjunta y coordinada en la materialización del hecho criminal, que constituye la base del dominio funcional compartido de ese hecho típico.

En nuestro caso el recurrente, ante los propósitos manifestados por su pariente Evaristo frente a la víctima, se adhiere junto con Alberto a la realización de esos propósitos y mientras el recurrente impide la huida de aquél y le sujeta para la más perfecta comisión del hecho, es Alberto, con el arma que le entrega Evaristo, el que le asesta un golpe letal en el vientre que si no llegó a ocasionar su muerte fue por las inmediatas atenciones médicas que le fueron dispensadas.

La decisiva contribución al hecho, asumido por todos, disipa cualquier duda sobre su condición de coautor. El argumento no puede prosperar.

(Sentencia de 14 de enero de 2005)

Coautoría. No hay autoría conjunta en la conducta de los tres acusados que realizan agresión a tercero, uno le da un cabezazo, otro un botellazo y otra acusada patadas y puñetazos, produciéndole un aneurisma y otras lesiones leves, siendo sólo responsable del mismo el que le golpeó con la botella, que fue el que efectivamente lo causó

El recurrente centra su argumentación en el aspecto relativo a la existencia de un acuerdo entre los acusados para la causación de las lesiones, de manera que los tres son coautores de las mismas al ejecutarse la acción de común acuerdo. Éste es el aspecto central de la impugnación.

Con relación al denominado *pactum scaeleris* la jurisprudencia de esta Sala, por todas Sentencia de 24 de marzo de 1998, tiene declarado que, en los delitos dolosos, la común responsabilidad de los partícipes se basa en el acuerdo entre los distintos intervinientes en la acción con la concurrencia de los siguientes elementos: 1) Que alguien hubiera dado comienzo a la ejecución del delito. 2) Que posteriormente otro u otros ensamben su actividad a la del primero para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquél. 3) Que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito aprovechándose de la situación previamente creada por éste, no bastando el simple conocimiento. 4) Que cuando intervengan los que no hubieran concurrido a los actos de iniciación ya no se hubiese producido la consumación, puesto que, quien interviene después, no puede decirse que haya tomado parte en la ejecución del hecho. 5) Que la coautoría presupone la común y unitaria resolución de todos los partícipes para llevarla a efecto, siendo esencial la unidad de conocimiento y voluntad

de aquéllos como elemento subjetivo, junto al objetivo de la puesta en práctica de la acción conjunta, debiendo tener la actuación de cada uno la entidad y relevancia precisas que definan al delito. 6) Que la coautoría debe ir acompañada en su vertiente subjetiva por dolo directo o eventual; que el acuerdo de voluntades entre dos o más personas para llevar a efecto la realización de un plan delictivo por ellos trazado establece entre los que se concertan un vínculo de solidaridad penal que les hace partícipes con igual grado de responsabilidad, cualquiera que sea la función o cometido que a cada uno de los concertados se le asigne. Y 7) que la jurisprudencia actual rompe con la idea de que la existencia de un acuerdo previo convierte a los diversos partícipes en coautores, pues conllevaría a un criterio extensivo de autor y calificaría como tal a toda forma de participación concertada, sin tener en cuenta el aporte objetivamente realizado al delito. Por este motivo, la jurisprudencia se ha acercado cada vez más a un concepto de autoría fundado en la noción del dominio del hecho, para el que resulta decisivo, en relación a la determinación de si se ha «tomado parte directa» en la realización de la acción típica, la posición ocupada por el partícipe en la ejecución del hecho.

Toda participación en la comisión del hecho delictivo –para implicar una responsabilidad criminal– ha de ser consciente y querida. Es lo que constituye el elemento subjetivo de la coautoría. El otro elemento –el objetivo– se concreta en la ejecución conjunta del hecho criminal. Sobre esta base, diversas han sido las tesis sustentadas por la doctrina para determinar cuándo concurren ambos elementos. Así, cabe hablar de la denominada teoría del «acuerdo previo» (*pactum scelleris* y reparto de papeles), según la cual responderán como autores los que habiéndose puesto de acuerdo para la comisión del hecho participan luego en su ejecución según el plan convenido, con independencia del alcance objetivo de su respectiva participación. Otra teoría es la del «dominio del hecho» (en cuanto posibilidad de interrumpir a voluntad el desarrollo del proceso fáctico), que en la coautoría debe predicarse del conjunto de los coautores; cada uno de ellos actúa y deja actuar a los demás, de ahí que lo que haga cada coautor puede ser imputado a los demás que actúen de acuerdo con él, lo que sin duda sucede cuando todos realizan coetáneamente los elementos del tipo penal de que se trate. Lo importante, en definitiva, es que cada individuo aporte una contribución objetiva y causal para la producción del hecho típico querido por todos. Lo único verdaderamente decisivo, en suma, es que la acción de coautor signifique un aporte causal a la realización del hecho propuesto. La doctrina habla en estos supuestos de «imputación recíproca» de las distintas contribuciones causales, en virtud de la cual todos los partícipes responden de la «totalidad» de lo hecho en común. Sin embargo, ello no puede sostenerse cuando uno de los coautores «se excede» por su cuenta del plan acordado, sin que los demás lo consientan; pues, en tal caso, el exceso no puede imputarse a los demás, porque más allá del acuerdo no hay imputación recíproca. Consiguientemente, para resolver adecuadamente la cuestión aquí examinada, es preciso analizar detenidamente el conjunto de circunstancias que definen el hecho enjuiciado en esta causa.

Desde la perspectiva anteriormente expuesta es preciso analizar si el hecho declarado probado aparece apoyado en una actividad probatoria respecto, en primer lugar, a los elementos objetivos del tipo penal. La respuesta es afirmativa, en cuanto a los hechos realizados por cada uno de los imputados tal y como se relata en el hecho probado. La declaración del perjudicado y de las personas que le acompañaban el día de la agresión permite acreditar que este recurrente fue el primero que agredió al perjudicado propinándole un cabezazo. Con posterioridad a ese hecho, el perjudicado recibe un botellazo que le propina el otro recurrente, Vicente, y de la tercera condenada, también recurrente, patadas y puñetazos. La pericial médica ha informado al

tribunal la causación de lesiones que consistieron en un aneurisma producido por dilatación postraumática de la arteria temporal superficial en el lugar en donde se había producido un hematoma.

El tribunal hace a todos responsables de las lesiones en virtud de un acuerdo previo entre los tres acusados en la producción de unas lesiones agravadas por la utilización de un medio peligroso. Sin embargo, el enjuiciamiento no permite tener por acreditado ese acuerdo previo ni que los imputados tuvieran dominio de la acción realizada. La rapidez con la que ocurren los hechos, en los que de una inicial discusión sobre un conocimiento personal anterior subsigue una agresión, un cabezazo por el recurrente y, seguidamente, otras agresiones. Del hecho probado no resulta plausible considerar que actuaran de acuerdo en la producción de las lesiones.

Consecuentemente, al recurrente sólo cabe imputarle la agresión realizada al perjudicado consistente en el cabezazo al que no cabe imputar la producción del aneurisma a tenor de las propias afirmaciones del perjudicado, folio 133, al manifestar que el aneurisma estaba en el lugar en el que recibió el botellazo, y de la pericial que indica su causación con un objeto romo, como una botella. La indeterminación del resultado de la acción hace que subsumamos el hecho en la falta del artículo 617.1 del Código Penal.

(Sentencia de 9 de diciembre de 2004)

ARTÍCULO 50.5

La cuantía de la cuota diaria de la sanción de multa ha de adecuarse a las condiciones económicas del condenado, teniendo que ser proporcional a las mismas

El artículo 50.5 del Código Penal dispone, en efecto, que la cuantía de la cuota diaria de la sanción de multa ha de adecuarse a las condiciones económicas del condenado, teniendo que ser proporcional a las mismas.

De modo que esa cuantía deberá en todo caso, y a riesgo de quedar de otro modo en la más completa inaplicación el referido precepto en cuanto a las exigencias que establece, fundamentarse en alguno de los siguientes extremos: *a)* la acreditada situación económica concreta del sancionado, con apoyo expreso en la correspondiente pieza de responsabilidad civil; *b)* alguna circunstancia específicamente reveladora de una determinada capacidad económica (propiedad de un automóvil, por ejemplo); *c)* cuando menos, algún dato que el Juzgador de instancia, desde la apreciación que le permite su inmediación de juicio, ponga de relieve, con argumentos racionalmente aceptables, en la motivación de su decisión al respecto; o *d)* en todo caso, incluso la posibilidad de que el Tribunal *ad quem* vislumbre, con los datos que se ofrezcan en el procedimiento, que la cuantía aplicada no aparece como desproporcionada, al no resultar excesiva dado su importe, situado con proximidad al límite legal mínimo, y toda vez que no pueda considerarse al condenado carente de todo tipo de ingresos.

No podemos olvidar, en ese sentido, que si bien algunas Resoluciones de este mismo Tribunal se muestran radicalmente exigentes con estos aspectos, aplicando, sin paliativos, la cuantía mínima legal de la cuota diaria, en ausencia de investigación sobre la capacidad económica del acusado (Sentencia de 3 de octubre de 1998, por ejemplo), otras más recientes en el tiempo, por el contrario, admiten que, dada la amplitud de los límites cuantitativos previstos en la Ley, de doscientas a cincuenta mil

pesetas, la imposición de una cuota diaria en la «zona baja» de esa previsión, por ejemplo en quinientas pesetas, no requiere de expreso fundamento (Sentencia de 26 de octubre de 2001). Interpretación que no ofrece duda alguna en su admisión cuando el total de la multa a satisfacer, por la cuantía verdaderamente reducida de la cuota (no más de quinientas pesetas generalmente) o por los pocos días de sanción (al tratarse de la condena por una simple falta, por ejemplo), es verdaderamente nimia, hasta el punto de que su rebaja podría incurrir en la pérdida de toda eficacia preventiva de tal pena.

Así, son de destacar también, en la misma línea, las recientes Sentencias de 20 de noviembre de 2000 y 15 de octubre de 2001, que afirman, la primera de ellas para una cuota de mil pesetas y la segunda incluso para la de tres mil, que la fijación de unas cuantías que o no superan siquiera las del salario mínimo o, en todo caso, llevan a una sanción, en el ámbito penal, incluso inferior a la que pudiera considerarse equivalente impuesta por la Administración en el ejercicio de su función sancionadora, no requieren mayor justificación para ser consideradas conforme a Derecho, puesto que «Una cifra menor habría que considerarla insuficientemente reparadora y disuasoria, por lo que la sanción penal no cumpliría adecuadamente su función de prevención general positiva».

A su vez, la Sentencia de 11 de julio de 2001 insiste, con harto fundamento y reuniendo la doctrina más actual de esta Sala, en que:

«El artículo 50.5 del Código Penal señala que los Tribunales fijarán en la sentencia el importe de las cuotas diarias “teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos obligaciones, cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo”. Como señala la Sentencia de 12 de febrero de 2001, con ello no se quiere significar que los Tribunales deban efectuar una inquisición exhaustiva de todos los factores directos o indirectos que pueden afectar a las disponibilidades económicas del acusado, lo que resulta imposible y es, además, desproporcionado, sino únicamente que deben tomar en consideración aquellos datos esenciales que permitan efectuar una razonable ponderación de la cuantía proporcionada de la multa que haya de imponerse.

La insuficiencia de estos datos no debe llevar automáticamente y con carácter generalizado a la imposición de la pena de multa con una cuota diaria cifrada en su umbral mínimo absoluto (200 ptas.), como pretende el recurrente, a no ser que lo que en realidad se pretenda es vaciar de contenido el sistema de penas establecido por el Poder Legislativo en el Nuevo Código Penal convirtiendo la pena de multa por el sistema legal de días-multa en algo meramente simbólico, en el que el contenido efectivo de las penas impuestas por hechos tipificados en el Código Penal acabe resultando inferior a las sanciones impuestas por infracciones administrativas similares, que tienen menor entidad que las penales. Ha de tenerse en cuenta que, como señala acertadamente el Ministerio Fiscal, el reducido nivel mínimo de la pena de multa en el Código Penal debe quedar reservado para casos extremos de indigencia o miseria, por lo que en casos ordinarios en que no concurren dichas circunstancias extremas resulta adecuada la imposición de una cuota prudencial situada en el tramo inferior, próxima al mínimo, como sucede en el caso actual con la cuota diaria de mil pesetas.

Aplicando el criterio establecido en la Sentencia de 7 de abril de 1999, si el ámbito legalmente abarcado por la pena de multa (de 200 a 50.000 ptas. de cuota diaria), lo dividiésemos hipotéticamente en diez tramos o escalones de igual extensión (de 4.980 ptas. cada uno), el primer escalón iría de 200 a 5.180 ptas., por lo que cuando se aplica la pena en la mitad inferior de este primer tramo, señalando por ejemplo una cuota diaria de mil ptas., ha de estimarse que ya se está imponiendo la pena en su grado mínimo, aun cuando no se alcance el mínimo absoluto. En estos

supuestos sí consta, por la profesión o actividad a que se dedica el acusado o por otras circunstancias genéricas, que no se encuentra en situación de indigencia o miseria, que son los supuestos para los que debe reservarse ese mínimo absoluto de 200 ptas. diarias, la pena impuesta debe reputarse correcta, aun cuando no consten datos exhaustivos sobre la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones, cargas familiares y demás circunstancias personales.

Así, por ejemplo, la sentencia de 20 de noviembre de 2000, considera correcta la imposición de una cuota diaria de mil pesetas, aun cuando no existiesen actuaciones específicas destinadas a determinar el patrimonio e ingresos del penado, porque se trata de una cifra muy próxima al mínimo legal e inferior al salario mínimo, lo que supone que el Tribunal sentenciador ha considerado igualmente mínimos los posibles ingresos del acusado, estimando correcto que ante la ausencia de datos que le permitieran concretar lo más posible la cuota correspondiente, se haya acudido a una individualización "prudencial" propia de las situaciones de insolvencia y muy alejada de los máximos que prevé el Código Penal tomando en consideración, aun cuando no se especifique en la sentencia la actividad a la que se dedicaba el acusado y sus circunstancias personales.»

Por ello, en el supuesto que nos ocupa, aun cuando es cierto, como el Recurso refiere, que no constan las circunstancias económicas de los recurrentes ni el Tribunal de Instancia ha consignado motivación expresa para la imposición de las mil pesetas diarias que aplica, ha de considerarse que, en definitiva y de acuerdo con la doctrina expuesta, la fijación en mil pesetas diarias de la cuota integrante de la sanción pecuniaria no puede tacharse, en modo alguno, de desproporcionada o no ajustada a las previsiones legales.»

(Sentencia de 28 de enero de 2005)

ARTÍCULO 138

Homicidio. Diferencias entre dolo eventual y culpa consciente

Tercero.—Los motivos formalizados en tercero y cuarto lugar, ambos por la vía del artículo 849.1 LECrim, denuncian, respectivamente, la aplicación indebida de los artículos 138, 16 y 5.º CP, pueden ser examinados conjuntamente en la medida que suscitan la existencia del dolo de matar en los acusados. Sostiene el primero que aceptando el motivo anterior no es posible llegar a la conclusión de la existencia de dicho ánimo de matar, incluso partiendo de los propios hechos probados debe llegarse a la misma. El motivo siguiente, cuarto, impugna la concurrencia del dolo eventual, suscitando los problemas derivados de la línea divisoria entre dolo e imprudencia (culpa consciente). Sostienen los recurrentes que su propósito consistía en que la víctima subiese a su vehículo.

A diferencia del dolo directo, donde el agente quiere el resultado, y el directo de segundo grado, donde dicho resultado se representa como una consecuencia inevitable de la acción, que admite el autor, en el llamado dolo eventual el agente se representa el resultado como posible. Por otra parte, en la culpa consciente no se quiere causar la lesión del bien jurídico, aunque también se advierte su posibilidad, y, sin embargo, se actúa. Se advierte el peligro pero se confía que no se va a producir el resultado. Por ello, existe en ambos elementos subjetivos del tipo una base de coincidencia: advertir la posibilidad del resultado, pero no querer el mismo. Para la teoría del consentimiento habrá dolo eventual cuando el autor consienta y apruebe el resul-

tado advertido como posible. La teoría de la representación se basa en el grado de probabilidad de que se produzca el resultado, cuya posibilidad se ha representado el autor. Sin embargo, la culpa consciente se caracteriza por que, aun admitiendo dicha posibilidad, se continúa la acción en la medida en que el agente se representa la producción del resultado como una posibilidad muy remota. En síntesis, en el dolo eventual si el autor hubiese conocido de antemano la producción del resultado hubiese continuado el curso de la acción, mientras que en la culpa consciente dicho conocimiento le hubiese hecho desistir de la misma. Otras teorías explican el dolo eventual desde una perspectiva más objetiva, en la medida que lo relevante será que la acción en sí misma sea capaz de realizar el resultado prohibido por la Ley, en cuyo caso el consentimiento del agente quedaría relegado a un segundo plano, mientras en la culpa consciente el grado de determinación del resultado en función de la conducta desplegada no alcanza dicha intensidad, confiando en todo caso al agente que aquél no se va a producir. Tanto en un caso como en otro la caracterización del elemento culpabilístico no está en función de la voluntad sino del riesgo para lesionar el bien jurídico que lleva consigo la acción realizada que excede el límite de lo permitido y en función de su intensidad se dará el dolo eventual o la culpa consciente.

Razona la Audiencia, tras descartar el dolo directo de matar, para justificar la existencia del dolo eventual que los recurrentes realizan la acción «conociendo las características de las armas que portaban, dos escopetas del calibre 12, y también de la munición con que estaban cargadas, cartuchos con postas de nueve perdigones cada uno, sabedores también de que dentro del vehículo se hallaba una persona, su conductor, realizaron a corta distancia hasta ocho disparos... impactando todos en la parte delantera del turismo, llegando a penetrar uno de ellos a través de la luna delantera para incrustarse los perdigones sobre el respaldo del asiento del copiloto», añadiendo que «aun cuando los disparos no se ejecutaron apuntando directamente hacia la persona que ocupaba la posición conocida del conductor, sí los efectuaron apuntando hacia el vehículo, estando éste ya en movimiento... con pleno conocimiento y siendo conscientes ambos de que en su interior se hallaba una persona», volviendo a insistir en las características de las armas y su munición, lo que suponía «un elevadísimo riesgo y altísima probabilidad de que el ocupante del turismo resultase alcanzado por alguno de los proyectiles disparados, ya por impacto directo, pues las postas que cargaban los cartuchos disparados, a diferencia del disparo efectuado con bala única, se dispersan a medida que se alejan del arma que las percute, ya por acción de rebote de alguno de tales perdigones en las superficies metálicas hacia las que estuvieron dirigidos la mayor parte de los disparos», subrayando el riesgo generado por los disparos realizados en dirección del turismo ya en movimiento y, especialmente, «el que necesariamente debe enlazarse con el disparo dirigido hacia la luna del vehículo». Los argumentos de la Audiencia deben ser plenamente ratificados, sustancialmente en lo que se refiere al disparo efectuado al parabrisas estando el conductor ya a los mandos del vehículo. Naturalmente que el arma no fue dirigida directamente a dicho objetivo, pues entonces se trataría de dolo directo de primer grado, pero indudablemente los recurrentes tuvieron que representarse el altísimo riesgo que ello entrañaba aún dirigiendo el disparo a la zona del copiloto, sin olvidar las características del arma y munición empleadas, como recuerda la Audiencia, no siendo asumible en este caso la convicción o confianza de los autores en que mediante dicha acción el resultado no iba a producirse, precisamente teniendo en cuenta las circunstancias objetivas descritas. Podría ser objeto de controversia el hecho posterior de dirigir los disparos hacia la parte delantera del capó. Sin embargo, siendo ya suficiente el primer disparo para la calificación de los hechos llevada a cabo por la Audiencia, debe tenerse en cuenta en relación con los segundos el material sobre el que se efectúan (metal), las caracterís-

ticas de las armas empleadas y la incidencia de un ulterior rebote, sin olvidar que el objetivo no permanecía inmóvil.

Por todo ello, los dos motivos deben ser desestimados

(Sentencia de 24 de enero de 2005)

ARTÍCULO 147

Delito de lesiones. Dolo: existencia: el que golpea fuertemente con una botella en la cabeza de la víctima persigue un resultado y actúa dolosamente aunque no pueda concretarlo, causando un aneurisma

Tercero.—En el primer motivo de su oposición denuncia el error de derecho existente en la sentencia al inaplicar el artículo 617 del Código Penal, la falta de lesiones. En su argumentación mezcla diversos contenidos que hacen difícil la comprensión del contenido de su impugnación. De una parte, refiere que las lesiones causadas, el aneurisma, «incidió un factor ajeno a la acción inicial (las complicaciones postraumáticas)». De otra parte, que la «sentencia extiende al acusado una responsabilidad objetiva por un resultado que, no sólo no fue abarcado por su dolo, sino que no puede ser vinculado normativamente con la acción realizada». En conclusión, entiende que la acción del recurrente se subsume en la falta, como realizó el Juzgado de instrucción al declarar los hechos constitutivos de falta, de acuerdo con el dictamen del médico forense que dio la sanidad a la lesión producida a los siete días.

El motivo se desestima. La investigación de los hechos dio lugar a una primera declaración de falta de los hechos teniendo en cuenta las lesiones producidas y su sanidad. Cuando el juicio de faltas fue convocado tuvo que ser suspendido, remitiéndose el enjuiciamiento a la Audiencia provincial al peritarse que las lesiones producidas requirieron tratamiento médico e intervención quirúrgica. En el juicio oral el perito expresó que la contusión en la región temporal, la que el perjudicado identifica con la producida con una botella realizada por el recurrente, se complicó «se hizo un aneurisma en un vaso», que no fue apreciada en un principio pero en un segundo examen «sí se estableció relación causa efecto», señalando la compatibilidad de la lesión sufrida con la acción realizada, golpear con una botella. El que no sea una lesión frecuente no rompe la relación de causalidad que la sentencia impugnada establece entre la acción y el resultado que pericialmente ha sido informada.

Existió relación de causalidad entre la acción realizada, un botellazo en la cabeza y las lesiones declaradas probadas, lesiones que tardaron en curar 150 días que precisaron intervención quirúrgica para extirpar dilatación postraumática de la arteria temporal superficial.

Analizada la causalidad desde la imputación objetiva se observa que entre el hecho y el resultado existe la causalidad natural, pues la dinámica comisiva desarrollada es productora del resultado. La conducta creó el riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico y el resultado es concreción de la acción.

La tipicidad subjetiva del delito de lesiones dolosas fluye del relato fáctico. Resulta obvio que quien golpea, en la forma que se describe en el hecho probado, con la intensidad que se refiere actúa dolosamente y persigue la realización de un resultado. También es obvio que el resultado concreto de la acción, en este caso la dilatación de un vaso arterial, no es algo que pueda ser abarcado por el dolo del autor que no puede concretar con exactitud cual es el resultado de su acción. El dolo de lesionar no se refiere al resultado, salvo en aquellas figuras típicas de lesiones que requieren

un resultado concreto, sino que va referido a la acción, conociendo que como consecuencia de la acción que voluntariamente desarrolla se va a producir un resultado de lesiones.

Desde esta perspectiva resulta clara la existencia de un delito doloso de lesiones, pues el acusado conoció y quiso el resultado típico, lesiones, desarrollando una conducta dirigida al resultado bien entendido que, como hemos dicho, el dolo no puede abarcar el concreto resultado sino la realización de una acción peligrosa del bien jurídico protegido, en este caso, la integridad física. Consecuentemente, el motivo se desestima.

(Sentencia de 9 de diciembre de 2004)

ARTÍCULO 147.2

Lesiones. Concepto de tratamiento médico. Tipo atenuado: el hecho no reviste especial gravedad

Segundo.—Por infracción de Ley, al amparo del núm. 1 del artículo 899 LECrim, denuncia en el correlativo la indebida aplicación del artículo 147.2 y la inaplicación del artículo 617, ambos de nuestro texto punitivo.

1. Se impone en el motivo la no fácil distinción entre primera asistencia facultativa y tratamiento médico, como criterio delimitador entre la falta y el delito de lesiones.

Esta Sala ha realizado innumerables pronunciamientos tendentes a precisar el concepto de tratamiento médico. Recordemos la de 26 de septiembre de 2001, en la que se dice: «el concepto de tratamiento médico parte de la existencia de un menoscabo a la salud cuya curación o sanidad requiere la intervención médica con planificación de un esquema de recuperación para curar, reducir sus consecuencias, o, incluso, una recuperación no dolorosa que sea objetivamente necesaria y que no suponga mero seguimiento facultativo o simples vigilancias».

Es, pues, una planificación de un sistema de curación o de un esquema médico prescrito por un titulado en medicina con finalidad curativa.

Aunque ese tratamiento tendente a la sanidad del lesionado lo decida o prescriba un médico o facultativo sanitario, no empece para que la actividad de materialización posterior la realice el propio médico o la encomiende a auxiliares sanitarios, o incluso se imponga al paciente a través de la prescripción de fármacos o a medio de la fijación de comportamientos a seguir (dietas, rehabilitación, etc.).

2. A partir de este panorama conceptual debemos descender a nuestro caso para comprobar si realmente nos hallamos ante un tratamiento médico. En tal función hermenéutica no debemos pasar por alto la flexibilidad del artículo 147 CP a la hora de prever las penas para el delito básico de lesiones, en el que advertimos la existencia de un número segundo, que permite suavizar la pena para aquellos casos, en que no obstante existir tratamiento médico, el hecho no revistiere especial gravedad, circunstancia que aconseja no ser excesivamente rigurosos a la hora de establecer exigencias o condicionamientos en la delimitación del concepto de tratamiento médico, si no queremos que se produzca una desprotección del bien jurídico que la Ley quiere tutelar.

Al lesionado se le prescribió el uso de un collarín cervical y es indudable que ello no obedeció a medidas precautorias o cautelas con proyección en el futuro, sino que fue consecutivo a la lesión y, dada su naturaleza, medio necesario o de todo punto conveniente para evitar el dolor y obtener la sanidad lo más rápidamente posible.

A nadie pasa por alto, por muy escasos conocimientos médicos que posea, que para un esguince cervical resulta esencial, en términos generales (con exclusión de casos de especial gravedad), la inmovilización de las vértebras cervicales, en una determinada postura, función que cumple el «collarín» prescrito.

En lo concerniente a la ingestión de fármacos (analgésicos y antiinflamatorios) es indudable que no iban a estar tomándose *sine die*, sino conforme a un plan médico que estableciera unos límites en su dosificación y administración que el paciente debe seguir, haciendo él mismo notar cualquier contratiempo, complicación o efecto secundario que advierta, con objeto de que el propio médico pueda variar, intensificar o suprimir el tratamiento inicialmente impuesto, si lo estima conveniente.

Por todo ello entendemos que en la primera asistencia facultativa se puede perfectamente establecer un plan curativo que imponga un necesario control médico para evitar el dolor producido por la lesión y recuperar prontamente la salud, curando de la dolencia sufrida.

Por todo lo expuesto el Tribunal no incurrió en ningún error de derecho al calificar el supuesto enjuiciado como delito y no como falta. El motivo no puede prosperar.

(Sentencia de 15 de diciembre de 2004)

ARTÍCULO 163.2

Detenciones ilegales. Aplicación del subtipo atenuado, incluso no mediando la acción libertadora de terceros, la privación de libertad no podría prolongarse por mucho más tiempo

Segundo.—En los dos siguientes motivos, se denuncia, por la vía del artículo 849.1.º de la LECrim dos diferentes infracciones legales, de una parte, la indebida inaplicación del artículo 163.2 del Código Penal, que alude al subtipo atenuado de la Detención ilegal con base en la puesta en libertad del detenido, antes de transcurridos tres días de la detención y sin alcanzar el propósito de la misma (motivo primero bis), y la indebida aplicación del artículo 73 en relación con el 172, 163 a 165 y 617 del Código Penal, pues los hechos enjuiciados tan sólo constituirían una simple falta de Coacciones del artículo 620.2.

El cauce procesal aquí utilizado, de acuerdo con numerosísimos pronunciamientos de esta Sala en ese sentido, supone la comprobación por este 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.

En este sentido, es clara la improcedencia también del motivo Segundo, puesto que la descripción narrativa del relato sobre el que se asienta el pronunciamiento de la Audiencia es de sobra bastante e idóneo para alcanzar su conclusión condenatoria, tanto respecto de la presencia del delito de coacciones, como del de detención ilegal y la falta de lesiones.

En efecto, la gravedad de la conducta que supone la privación de libertad deambulatoria y retención de una joven de doce años de edad, para forzar a su acompañante, de quince años, a que acceda a los deseos del autor de tales hechos, dirigiéndose

a adquirir, para éste, cierta cantidad de sustancia estupefaciente, conducta que se reitera en tres ocasiones sucesivas, ante los intentos de eludir el encargo por parte del muchacho, al que se le llega incluso a conminar apoyándole un objeto, que posteriormente resultó ser una pistola de fogeo, contra su cuello, causándole la leve lesión que consta acreditada en autos, evidentemente no puede ser calificada como una simple falta de coacciones leves, sino que encuentra el más correcto acomodo en la triple calificación jurídico-penal llevada a cabo por el Tribunal *a quo*, como constitutiva de sendos delitos de detención ilegal y coacciones y una falta de lesiones leves.

Cosa distinta es, sin embargo, la pretensión contenida en el motivo Primero bis, acerca de la subsunción de la referida detención ilegal dentro del supuesto básico del apartado 1 del artículo 163, en vez del privilegiado del apartado 2 de ese mismo precepto, pues si bien es cierto que la joven fue liberada por sus familiares transcurridos unos minutos desde su detención, no lo es menos que esa liberación se produce, como queda dicho, antes de transcurridos los tres días de privación de libertad y sin que el autor de la misma hubiere alcanzado el propósito buscado con ella.

Lo que, en todo caso, nos llevaría a considerar si, en el ánimo de quien hoy recurre, puesto que ha resultado imposible conocer el real alcance de sus propósitos, ante la rápida intervención de los libertadores, se encontraba el mantenimiento de su ilícito comportamiento más allá del término de los tres días o hasta que alcanzase a ver hecho realidad el propósito que motivó la detención.

Y, en el presente caso, es obvio, por la precaria mecánica de comisión del delito, ejecutado en plena vía pública y con una finalidad tan urgente como la de la inmediata obtención de droga, que, aunque no hubieran intervenido terceros en la precipitada conclusión de la ilegal situación, la misma no se hubiera prolongado por tiempo superior a tres días.

Quedando, en definitiva, tan sólo el interrogante acerca de si le hubiera sido posible al autor culminar con éxito su propósito delictivo antes de dejar en libertad a la niña.

Especulación que, obviamente, no puede traducirse en la afirmación más gravosa para el reo, de entre las hipotéticamente posibles. Sino que, antes al contrario, nos obliga a optar por la más favorable para él.

Lo que nos sitúa ante el subtipo privilegiado cuya aplicación en el recurso se interesa.

En realidad, el apartado 1 del meritado artículo 163, al quedar circunscrito *a contrario* por los límites descriptivos del apartado 2 del mismo precepto, hay que entender que castiga a quien detuviere a alguien por más de tres días y menos de quince (con más de quince se cometería el subtipo agravado del apartado 3) o no le pusiera en libertad hasta ver cumplido el propósito que le llevó a cometer la infracción.

En casos como el que nos ocupa tal situación no se da, pues, aun cuando tampoco ha «dado libertad» a su víctima en forma voluntaria, como literalmente requiere el apartado 2, en modo alguno se ha alcanzado el referido plazo de detención ni cumplido la finalidad perseguida con ésta.

Por lo que, como queda dicho, en aras a la interpretación más favorable para el reo, máxime en un supuesto en el que todo indica que, incluso no mediando la acción libertadora de terceros, la privación de libertad no podría prolongarse por mucho más tiempo, lo correcto es la aplicación del subtipo atenuado.

En sentido semejante, baste citar, entre otras, la Sentencia de 28 de octubre de 2002 que dice:

«El delito de detención ilegal constituye una infracción instantánea que se consuma desde el momento mismo en que la detención o el encierro tienen lugar. De ahí que, en principio, el mayor o menor lapso de tiempo durante el cual se proyecta el

delito no es lo más relevante, pues lo esencial es la privación de libertad, aunque sea por breve espacio de tiempo, y el ánimo del autor orientado a causarla.

Se trata asimismo de un delito permanente, en el sentido de que la acción típica se sigue realizando, de modo ininterrumpido, más allá del momento consumativo inicial. El hecho de que el delito se consume desde el momento inicial del encierro o detención, no excluye la consideración de que el principio de ofensividad exige una mínima duración de la acción típica, para que ésta alcance la relevancia necesaria.

Por ello no resulta indiferente para la calificación y gravedad del delito el que se acredite que la decisión del autor está presidida de antemano por una limitación en la duración de la privación de libertad, pues el artículo 163.2 prevé una pena inferior cuando el culpable diera libertad al detenido o encerrado dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que había propuesto. Esta Sala ha considerado que cuando la situación de privación de libertad es interrumpida como consecuencia de actuaciones de terceros ajenas a la propia decisión del autor, bien sea por la actuación de efectivos policiales, bien por el propio detenido o bien por otros particulares, no resulta aplicable el subtipo privilegiado del artículo 163.2, pues para ello es precisa la voluntad del autor del delito en ese sentido, y no puede presumirse tal voluntad en todo caso.

(Sentencia de 28 de enero de 2005)

ARTÍCULO 167

Detención ilegal cometida por policía, sin mediar causa por delito. Error de prohibición vencible

Primero.—El único motivo de la Acusación Particular tiene su fundamento en la aplicación indebida del artículo 530 y 532 CP. En el recurso se sostiene que los hechos debieron ser subsumidos bajo el tipo del artículo 167 CP.

El recurso debe ser estimado.

1. La sentencia recurrida estimó que el acusado no había cometido el delito del artículo 167 CP, pues estimó que «puede dudarse» de que «en el momento de ordenar la detención» dicho acusado «fuera consciente de que los hechos no eran constitutivos de delito». Para ello la Audiencia se basa en la Sentencia de 20 de mayo de 1997, que estableció que «el funcionario público cuando realiza la detención (...) debe calibrar a simple vista y por las apariencias externas (...) la gravedad de la acción».

2. Como se ve, se trata de que la Audiencia entendió que concurría en el caso un error sobre un elemento normativo del tipo, es decir, sobre si la acción se desarrollaba en el contexto de una causa por delito o no.

Como es sabido el dolo requiere el conocimiento de los elementos del tipo objetivo y, dada la actual regulación contenida en el artículo 14.1 CP, también el de los elementos normativos del tipo. Estos elementos son aquellos que el autor sólo conoce mediante la comprensión de los hechos y no simplemente a través de su percepción sensorial, como en el caso de los elementos descriptivos del tipo. En un número considerable, al menos, son errores jurídicos, como el presente caso. Respecto de los elementos normativos, sin embargo, el dolo no requiere un conocimiento técnico-jurídico, sino, simplemente, el conocimiento paralelo en la esfera del lego o, como resulta terminológicamente más correcto, la valoración paralela en la esfera del lego. Dicho brevemente: el dolo sólo requiere que el autor haya conocido la valoración de los hechos en el nivel del lenguaje cotidiano, no técnico.

Estos presupuestos han sido implícitamente expuestos en la sentencia citada por la Audiencia cuando se refiere a «calibrar a simple vista y por las apariencias externas» la gravedad de la acción.

Sin embargo, la solución dada al caso no es acertada, dado que la valoración paralela que, como lego en derecho, debía realizar el acusado, era extremadamente simple, pues tenía una manifestación meramente cuantitativa: se trataba de la comprobación del valor del daño a través de los documentos que existían en el atestado, concretamente, de la estimación en dinero del daño que la propia denunciante proporcionó en la denuncia. Con la sola lectura de la denuncia el acusado, por lo tanto, pudo saber que el hecho no era constitutivo de delito. Por consiguiente, no cabe duda que supo que el hecho instruido en el atestado tenía un valor inferior a las 50.000 ptas. Y, en este sentido, que el dolo alcanzó completamente a todos los elementos del tipo del artículo 167 CP, inclusive el elemento normativo: supo que el daño no alcanzaba a 50.000 ptas. Para el dolo no se requiere más.

3. Sin embargo, la Audiencia consideró que el principio *in dubio pro reo* le impedía afirmar que el acusado hubiera ordenado la detención por error. «Todo parece apuntar –dice la Audiencia– a una supina ignorancia de las condiciones en las que puede acordarse la prisión» (Fundamento Jurídico cuarto). Esta decisión de la Audiencia no puede ser modificada, en tanto comprobación de un hecho, en el recurso de casación. Sin embargo, la calificación jurídica de ese error y las consecuencias que del mismo se derivan son objeto de la casación. En tal sentido debemos señalar que es técnicamente incorrecto haber considerado que al ordenar la detención el acusado obró con un error que excluía el dolo, es decir, subsumible bajo la prescripción del artículo 14.1 CP. En efecto, como se vió, en el caso se daban todos los elementos del dolo del tipo del artículo 167 CP. El error, por tal razón, sólo pudo recaer sobre la antijuricidad del hecho típico y debió ser considerado de acuerdo a las reglas del artículo 14.3 CP.

Desde esta perspectiva es evidente que se trata de un error de prohibición evitable, dado que el acusado actuaba en un ámbito en el que debía cerciorarse de las facultades que le acuerda la ley en relación con los derechos fundamentales de una persona.

En otras palabras: ateniéndonos a las manifestaciones de la Audiencia expuestas en la sentencia, es evidente que se debieron aplicar los artículos 167 (en relación con el artículo 163.4 CP) y 14.3 CP.

(Sentencia de 21 de enero de 2005)

ARTÍCULO 179

Delito de violación. Ausencia de consentimiento. Intimidación: no es necesario que la mujer despliegue una resistencia numantina ante la agresión sexual

Tercero.–El Ministerio Fiscal alega, al amparo del artículo 849.1.º de la LECrim infracción de Ley por aplicación indebida del artículo 178 del Código Penal e inaplicación indebida del artículo 179 del mismo texto legal.

En concreto, estima el Ministerio Público que, en el presente caso, al Tribunal ha ignorado el conjunto de circunstancias intimidatorias y violentas en el que se produjo el acceso sexual del recurrente con la víctima, cuya falta de consentimiento es patente y que la ausencia de resistencia viene perfectamente justificada por la situación de

desamparo en que se encontraba. Concluye el Ministerio Fiscal estimando que debería haberse apreciado el delito de violación del artículo 179 del Código Penal en atención a la violencia e intimidación empleadas para ganar el acceso sexual.

De la lectura de los hechos probados se desprende que el día 24 de diciembre de 2002, el acusado fue a buscar a Marina al local donde trabajaba. Como quiera que la mujer no pudo hablar con él por encontrarse trabajando, el acusado comenzó a llamarle reiteradas veces por el teléfono móvil anunciándole que se iba a suicidar. Al salir la mujer al exterior del establecimiento en el que trabajaba, no pudo ver ni al inculpado ni a su coche, por lo que estableció contacto telefónico con éste, quien le comunicó que estaba en su casa en el barrio de La Galera y que se iba a suicidar. Marina acudió al domicilio y cuando entró en su casa, el recurrente aprovechó el hueco dejado por la puerta entreabierta para penetrar asimismo en el interior de la vivienda y comenzar a revolver toda la casa pretendiendo buscar a un hombre con el que supuestamente la mujer tenía relaciones. Al apreciar la actitud crispada del recurrente, la mujer optó por abandonar la casa y dirigirse hacia la calle, momento en el que el recurrente armado de un cuchillo de cocina, que aplicó al costado de la mujer, la conminó a introducirse en el vehículo de su propiedad. A continuación, el recurrente activó el cierre centralizado del vehículo y le dijo a la mujer que iban a ir a San José del Alamo a comer. Al pasar esta localidad sin pararse, la mujer preguntó hacia donde se dirigían, momento en que el recurrente empezó a golpearle con la mano derecha mientras sostenía el volante con la izquierda, al tiempo que le anunciaba que «hoy vamos a morir los dos». Seguidamente, la obligó a desprenderse de su ropa íntima, y al observar que tenía manchas de la menstruación empezó a recriminarla que tuviese relaciones sexuales con otro hombre. Por último, el recurrente introdujo el vehículo en un descampado y ahí obligó a la mujer a que descendiese el vehículo. Acto seguido, le levantó la falda y, sin introducir los dedos dentro de la vagina, le palpó los genitales, «para averiguar si había tenido relaciones sexuales con otros hombres». A continuación, Luis comenzó a golpear a la mujer, lanzándola contra el suelo y, mientras Marina yacía desconcertada, fue a buscar el cuchillo que habían dejado en el lateral de la puerta del vehículo, y cogiendo a la mujer por el pelo, la arrastró hasta un punto donde el terreno sufría una inclinación, dejándola caer bruscamente al suelo, al tiempo que se ponía de rodillas encima de Marina y la golpeaba, al tiempo que le colocaba la mano en la boca y nariz hasta el punto que la mujer, a la que le faltaba el aire, para lograr respirar tuvo que morderle en la mano al acusado Luis. Por último, volvió a coger a la mujer por los pelos y, arrastrándola, la condujo hasta el borde de un precipicio.

En este punto cuando la mujer, con evidente intención evasiva, según resulta patente en el contexto de los hechos referidos, pues teme por su vida, y le sugiere, en primer lugar, hablar juntos y fumarse un porro. Acto seguido se producen relaciones sexuales con penetración vaginal, que el Tribunal de instancia interpreta consentidas.

Una vez mantenidas las relaciones sexuales, Marina solicita al recurrente volver lo que sólo consigue unas dos horas y media después. Por último, llegando a La Galera, hacia las siete horas de la tarde, Marina ve una tienda de comestibles abierta y solicita al recurrente que pare el vehículo para ir a comprar algo de comer. Tan pronto la mujer entra en el comercio, comunica al propietario Joaquín que está amenazada de muerte y retenida en contra de su voluntad. Joaquín avisa a la Policía Nacional, que se persona con una dotación en el lugar de los hechos. En ese momento, Marina echa a correr y se introduce en el vehículo policial para evidentemente protegerse del acusado.

Ante lo expuesto, es evidente la situación de intimidación y violencia en la que se desarrolla, enmarca y condiciona el contacto sexual entre la mujer y el acusado. La

situación de violencia e intimidación se da, en primer lugar, mediante reiteradas agresiones físicas durante el trayecto hasta el descampado así como con las continuas amenazas de acabar con la vida de la mujer que profiere el acusado, armado de un cuchillo de grandes dimensiones. A mayor abundamiento, el lugar, buscado ex profeso por el inculpado, es un descampado que aumenta la situación de vulnerabilidad y desamparo de la víctima, quien no puede esperar encontrar ayuda ajena en esas circunstancias. Además, los hechos se desarrollan entre las 16:30 y las 19:00 horas del día 24 de diciembre de 2002, cuando la luz empieza a menguar y en una fecha navideña en la que disminuye sensiblemente el número de personas fuera de sus hogares.

Por último, hay una situación de grave intimidación a la víctima que se produce cuando es arrastrada por los pelos hasta el precipicio. Es en este conjunto de circunstancias donde deben situarse las relaciones sexuales habidas, que forman parte del ardid que la mujer idea para intentar calmar al recurrente y presumiblemente evitar males mayores, como se desprenden de sus propias declaraciones tal y como constan en el acta de la vista oral. La víctima afirma que finge desear realizar el acto sexual y afirma rotundamente que, de no mediar la situación intimidatoria, en ningún momento hubiera tenido contacto sexual con el recurrente. Los propios hechos declarados consignan como probado que la víctima está «aterrorizada y convencida de que el acusado cumpliría su anuncio de matarla» cuando concibe, como estrategia de supervivencia, intentar calmarle, hablando y fumándose juntos un porro, y finalmente accediendo al mantenimiento de relaciones sexuales.

Debe también tenerse en consideración que la situación intimidatoria no se ha roto con las relaciones sexuales. La receptividad que muestra la mujer sólo forma parte del ardid para salir de la situación. Después de las relaciones sexuales, la mujer aún está retenida durante dos horas y media y cuando tiene la primera oportunidad de desembarazarse del cerco intimidatorio del acusado, la aprovecha y busca inmediato refugio en el vehículo policial. Esta actitud sería ilógica, si, como se pretende, las relaciones sexuales hubiesen sido consentidas y hubiese mediado una suerte de reconciliación entre la víctima y el acusado.

En tales circunstancias, no puede estimarse que Marina preste el consentimiento para las relaciones sexuales de forma libre. Más que de consentimiento, en su caso, puede hablarse de una suerte de aceptación resignada del contacto sexual ante la inminencia de un peligro aún mayor e incluso de la pérdida de la vida. La penetración vaginal, en sí misma, no es forzada, en cuanto que se emplee fuerza para obtener el acceso sexual, pero claramente el consentimiento se encuentra viciado por la situación intimidatoria y por la violencia aplicada inmediatamente antes. No puede hablarse, pues, de un consentimiento pleno y libre de la mujer, en el sentido jurídico.

Como esta Sala en reiteradas ocasiones ha tenido ocasión de pronunciarse, no es necesario que la mujer despliegue una resistencia numantina ante la agresión sexual. Como dice la Sentencia de 18 de octubre de 1999, «... en cuanto a la resistencia del sujeto pasivo, ya se ha abandonado la antigua doctrina que exigía que ésta fuera trascendente, casi heroica, para estimarse más adelante que la resistencia debía ser seria, más tarde definida como razonable».

En efecto, lo que no debe ser ignorado es que cada persona que sufre una violación, reacciona de distinta manera y con distinta intensidad ante una agresión sexual de este tipo, de acuerdo con la específica personalidad de cada uno. De ahí que la víctima no tiene porqué ofrecer una resistencia propia del héroe; quizás ni siquiera tendría que ser seria, bastando con que sea razonable ante la situación creada por el agresor. La víctima puede ser consciente de que una resistencia a ultranza sólo puede resultar infructuosa o llevar, incluso, a peores consecuencias.

Lo que califica la agresión sexual del artículo 179 del Código Penal no es la mayor o menor resistencia, sino la falta de consentimiento para el contacto sexual mediante penetración anal, bucal o vaginal, que se obtiene mediante la violencia o el miedo. Como dice la Sentencia de esta Sala de 1 de julio de 2002, «El tipo básico de las agresiones sexuales, artículo 178 CP, vincula la presencia de la violencia o intimidación al atentado contra la libertad sexual de la víctima, sin establecer otras circunstancias personales u objetivas para entender consumado el tipo. En este sentido el elemento normativo expresado en la alternativa violencia o intimidación, tratándose además de un tipo comprendido dentro de los delitos contra la libertad sexual, que afecta al libre consentimiento del sujeto pasivo, constituye el fundamento del delito, es decir, el castigo se produce por cuanto se coarta, limita o anula la libre decisión de una persona en relación con su actividad sexual. También la Jurisprudencia de esta Sala ha señalado que para delimitar dicho condicionamiento típico debe acudirse al conjunto de circunstancias del caso concreto que descubra la voluntad opuesta al acto sexual, ponderando el grado de resistencia exigible y los medios coactivos para vencerlo (Sentencias de 9 de noviembre de 2000 y 25 de enero de 2002)

En consecuencia, se estima el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal.

(Sentencia de 15 de diciembre de 2004)

Delito de violación en grado de tentativa: hubo propósito de yacer que quedó sin realizarse por la astucia de ella que aguzó su ingenio. No es que él haya desistido de su propósito inicial, sino que ella lo elude como puede

Segundo.—En el motivo 1.º, al amparo del núm. 1.º del artículo 849 LECrim se alega infracción de Ley por aplicación indebida del artículo 179 CP. Nos dice el recurrente que no tuvo intención de yacer, sino sólo de realizar tocamientos y otros actos semejantes de significación sexual, de modo que debió aplicarse la figura más leve del artículo 178.

En síntesis, la argumentación del letrado autor del escrito de recurso es que estuvo a su alcance haber realizado ese propósito de yacer, porque ella cada vez tenía menos fuerzas para resistir, según dice el relato de hechos probados de la sentencia recurrida —ello es cierto, página 2 al final—, y sin embargo no lo hizo. Añade que, aunque él tuvo inicialmente el propósito de tener acceso carnal completo, es lo cierto que su actuación posterior puso de manifiesto que, «llegado el momento, el autor se decidió por la realización de un delito distinto», el de menor gravedad del artículo 178, que sanciona las agresiones sexuales sin ánimo de violación.

La Audiencia Provincial no lo entendió así y por ello aplicó el artículo 179.

Nosotros ahora en casación entendemos que, a la vista de tales hechos probados, es razonable el pronunciamiento de la sentencia recurrida en este aspecto.

Decimos aquí una vez más que los hechos probados de la sentencia recurrida vinculan a cuantos intervenimos en un motivo de casación amparado en este artículo 849.1.º LECrim, por lo dispuesto en el núm. 3.º del artículo 884 de esta misma Ley procesal. Las partes han de hacer sus alegaciones en pro o en contra del recurso con sujeción a tales hechos probados y esta sala queda vinculada también a estos hechos a la hora de resolver.

En base a esos hechos probados vamos a distinguir aquí varios episodios:

1.º Comienza todo cuando ella se ha marchado y él, instantes después, la agarra y la empuja hacia el bar Avenida, ella le dice que la deje, él la sujeta por ambos brazos

y la arrastra; como ella se resiste le tapa la boca y nariz, le dice a ella «ven conmigo a la estación de autobuses donde tengo estacionado mi vehículo», ella se niega, atraviesa la carretera, todo por la fuerza, y entonces él manifiesta que le gusta y que le va a echar un «polvo que va a ver las estrellas».

En este primer episodio nos encontramos ya con múltiples actos de fuerza de él ante la evidente resistencia de ella y con una expresión verbal del agresor que revela su propósito de tener acceso carnal con la señora, pese a que está viendo cómo ella se opone.

2.º Marina, aprovechando el paso de un vehículo, logra escapar; pero de nuevo Franco consigue sujetarla, ella cada vez tiene menos fuerzas y él con la chaqueta le cubre la cabeza lo que dificulta su respiración.,

Vemos cómo continúa la agresión física y es aquí donde nos dice el relato que ella va perdiendo fuerzas, algo que no es un factor determinante, pues después ella continúa oponiéndose y se va defendiendo más por su astucia que por sus energías físicas.

3.º En el tercer episodio se narra cómo el procesado arrinconó a su víctima contra la pared de un edificio y allí le tocó los pechos, la besó a la fuerza y sacó su miembro viril pretendiendo que se lo tocara y chupara, distrayéndole entonces Marina para ganar tiempo.

En este episodio comienza la agresión de tipo sexual. Tiene especial significación esa pretensión de que le chupara el pene, porque nos sitúa ya en la órbita del artículo 179 («acceso carnal por vía bucal»). Y es en este momento cuando ella lo distrae y comienza el 4.º episodio. Ella, cuando ve que se acerca lo más grave tiene habilidad para evitarlo, como también ocurrió al final. No es que él haya desistido de su propósito inicial, sino que ella lo elude como puede.

4.º La arrastra hasta llevarla debajo de un puente, la tumba, se coloca encima de ella por su superioridad física, le exige que se baje pantalones y bragas, ella se los baja –de otro modo no habría podido meterla los dedos en la vagina–, la llama zorra al tiempo de tal introducción de los dedos, todo ello agarrándola por el cuello.

Parece que es este momento al que se refiere el escrito de recurso cuando nos dice que estuvo al alcance del acusado haber consumado el acto carnal y voluntariamente no lo hizo conformándose con los roces y tocamientos. Pero no fue así: de nuevo ella aguza su ingenio y actúa como exponemos a continuación.

5.º Episodio final. Cuando ella percibe próxima su penetración vaginal se acuerda de la intención inicial de Franco y le dice que pueden ir a la estación de autobuses hasta su coche, prometiéndole no escaparse. Accede el procesado y los dos se dirigen a tal lugar. Pero se encuentran con una pareja, ella pide su ayuda, la recibe y termina el incidente con la denuncia inmediata a la policía local.

A la vista de lo expuesto –los hechos probados y nuestro comentario al respecto–, consideramos aquí en casación que nos parece razonable lo que resolvió la Audiencia Provincial en este punto: hubo propósito de yacer que quedó sin realizarse por la astucia de ella que aguzó su ingenio, como de modo expresivo nos dice la sentencia recurrida en el propio relato de lo sucedido. Y de esta manera se vio libre de tener que chupar el pene y de padecer el acceso carnal por vía vaginal, conductas ambas incardinadas en la más grave agresión sexual del artículo 179, que es el aplicado al caso presente, si bien limitando la condena al grado de tentativa (artículos 16 y 62).

(Sentencia de 14 de diciembre de 2004)

ARTÍCULO 197

Delitos contra la intimidad personal. Descubrimiento y revelación de secretos. Instalación de cámara oculta para grabar la relación sexual de conocido periodista con prostituta: existe vulneración del derecho a la intimidad aun en los casos de intimidad compartida. Hechos que afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen social o vida sexual o la víctima fuere un menor o un incapaz: existencia: venta de vídeo que contiene relación sexual con prostituta. Hechos realizados con fines lucrativos que afecten a datos de carácter personal: existencia: no se refiere sólo a los profesionales de la información

Octavo.—Nos restan por examinar los motivos undécimo, duodécimo y decimotercero, por ordinaria infracción de Ley del artículo 849.1 LECrim. El primero denuncia la aplicación indebida del artículo 197.1.3 y 5, mientras que el segundo se ocupa de la infracción por la sentencia del apartado sexto del mismo artículo y el tercero invoca la falta de aplicación del artículo 14, todos ellos del Código Penal, error de prohibición invencible.

Los tres motivos deben ser desestimados.

A) El motivo undécimo, tras exponer con carácter general el alcance y fundamento del artículo 197 CP, sostiene que no concurren en el caso los requisitos para la consumación del tipo, aduciendo concretamente como razones de ello la aplicabilidad de la teoría de la intimidad compartida, el consentimiento en la grabación de las imágenes del denunciante y la falta de concurrencia del elemento subjetivo del tipo en la acusada.

El artículo 197 CP ha pretendido colmar las lagunas del antiguo 497 bis CP de 1973, reformado por la LO 18/1994, mediante una tipicidad ciertamente complicada donde se suceden diversos tipos básicos y supuestos agravatorios. Así, el apartado 1.º del mismo contiene en realidad dos tipos básicos definidos por modalidades comisivas distintas, como son el apoderamiento de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, o la interceptación de las telecomunicaciones o utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, 2.º inciso de dicho párrafo que es el aplicado en este caso en su modalidad comisiva de utilización de artificios técnicos para la reproducción de la imagen o del sonido, lo que se denomina control auditivo y visual clandestinos. Lo relevante es que se trata de un delito en cualquiera de sus versiones que no precisa para su consumación el efectivo descubrimiento del secreto o en el presente caso de la intimidad del sujeto pasivo, pues basta la utilización del sistema de grabación o reproducción del sonido o de la imagen (elemento objetivo) junto con la finalidad señalada en el precepto de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad (elemento subjetivo), es decir, en el presente caso el tipo básico se consume por el sólo hecho de la captación de las imágenes del denunciante con la finalidad de vulnerar su intimidad. Por ello se le ha calificado como delito intencional de resultado cortado cuyo agotamiento tendría lugar, lo que da lugar a un tipo compuesto, si dichas imágenes se difunden, revelan o ceden a terceros, supuesto agravado previsto en el apartado 3.º, 1, del mismo precepto, lo que conlleva la realización previa del tipo básico. Esta conducta reviste

una especial gravedad si tenemos en cuenta el carácter permanente que conlleva la utilización de los medios descritos mediante la plasmación de la imagen o reproducción del sonido, y la obtención de copias posteriores. La intervención del derecho penal está justificada por la especial insidiosidad del medio empleado que penetra en los espacios reservados de la persona, de ahí la intensa ofensividad para el bien jurídico tutelado, que se atenúa cuando se produce en lugares públicos, aun sin consentimiento del titular del derecho, que en línea de principio debe generar una respuesta extrapenal. En relación con el subtipo agravado del 1.º inciso del apartado 3.º (revelación, difusión o cesión a terceros), que es aplicable a todos los tipos básicos anteriores, debemos señalar que tiene su fundamento en que dichas acciones suponen incrementar la vulneración de la intimidad del sujeto pasivo. También debemos subrayar que el legislador equipara difusión, revelación y cesión a terceros, aun cuando la primera suponga una mayor publicidad. El apartado 5.º del precepto incluye otro supuesto agravado cuyo fundamento tiene por objeto la especial protección de lo que se denomina el núcleo duro del derecho a la intimidad, además de los casos en que la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, que exaspera la pena que resulte de la aplicación de los preceptos anteriores, imponiéndola en su mitad superior. Las Sentencias de 14 de mayo de 2001 y 20 de junio de 2003 se han ocupado también de definir el alcance de este precepto. Así, expone la segunda que el artículo 197.1 contempla el tipo básico del delito de descubrimiento y revelación de secretos, que tutela el derecho fundamental a la intimidad personal –que es el bien jurídico protegido–, garantizado por el artículo 18.1 de la Constitución Española –derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen–, superando la idea tradicional del concepto de libertad negativa, materializado en el concepto de secreto que imperaba en el Código Penal derogado –art. 497–. Los elementos objetivos del artículo 197.1 se integran en primer término por la conducta típica, en la que se pueden distinguir dos modalidades: *a)* apoderamiento de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, y *b)* la interceptación de telecomunicaciones o la utilización de artificios técnicos de escuchas, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o cualquier otra señal de comunicación. Esta última cláusula general trata de subsanar las posibles lagunas de punibilidad que se pueden derivar de los avances de la tecnología moderna. Sujeto activo del tipo básico podrá ser cualquiera, «el que», dice el texto legal; y sujeto pasivo ha de ser el titular del bien jurídico protegido y se corresponderá con el de objeto material del delito, pues el concepto que se examina utiliza el posesivo «sus» referido a papeles, y también al otro supuesto, intercepta «sus telecomunicaciones». Respecto al *iter criminis*, es una figura delictiva que se integra en la categoría de los delitos de intención, y en la modalidad de delito mutilado de dos actos, uno de apoderamiento, interceptación o utilización de artificios técnicos, unido a un elemento subjetivo adicional al dolo, consistente en el ánimo de realizar un acto posterior, descubrir el secreto, o vulnerar la intimidad de otro, sin necesidad de que éste llegue a producirse. Por ello, la conducta típica del artículo 197.1 se consuma con el apoderamiento, interceptación, etcétera, sin necesidad de que se produzca el efectivo descubrimiento de los secretos, o vulneración de la intimidad, siendo posibles las formas imperfectas de ejecución, tentativa acabada o inacabada. El elemento subjetivo del delito, constituido por la conducta típica que ha de ser dolosa, pues no se recoge expresamente la incriminación imprudente, exigida conforme al artículo 12 del texto legal, que ha de llevarse a cabo con la finalidad de descubrir secretos o vulnerar la intimidad, ya que la dicción literal del precepto emplea la preposición «para».

El primer argumento de la recurrente consiste en sostener que en los casos de intimidad compartida no existe vulneración del derecho a la intimidad por cuanto una

de las partes puede disponer libremente de ella y la otra está sujeta a esa decisión en la medida que acepta compartir su intimidad con la primera. Este argumento es erróneo, como también han señalado las Sentencias citadas en casos referidos a la intimidad familiar, por cuanto lo que se comparte es una actividad personal desarrollada reservadamente, en el presente caso de carácter sexual, pero no propiamente la intimidad de la otra parte, puesto que ésta corresponde exclusivamente a cada uno de los partícipes y no es susceptible de ser compartida porque es un derecho personalísimo. Como señala la STC 70/2002 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», con cita de las SSTC precedentes, y ello así sucede cuando se trata de actos, por mucho que se compartan, comprendidos en la protección constitucional de la intimidad, como es el caso. Se arguye que la grabación de las conversaciones telefónicas por uno de los interlocutores no constituye vulneración del derecho a la intimidad. Sin embargo, dicho argumento parte de una confusión entre lo que dispone el artículo 18 en sus apartados 3.º y 1.º CE, puesto que el objeto de la protección en el primero de los señalados es precisamente el secreto de las comunicaciones, y es evidente que no puede considerarse secreto lo que ya se ha comunicado a un interlocutor, mientras el apartado 1.º lo que garantiza es la intimidad personal *per se*. La STC 114/1984 ya se ocupó de esta cuestión distinguiendo el alcance de estas vulneraciones constitucionales, exponiendo que «quien entrega a otro la carta recibida o quien emplea en su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que estas mismas conductas, en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera íntima del interlocutor, pudiesen constituir atentados al derecho garantizado en el artículo 18.1 CE. Otro tanto cabe decir respecto de la grabación por uno de los interlocutores de la conversación telefónica. Este acto no conculca secreto alguno impuesto por el artículo 18.3 y tan sólo, acaso, podría concebirse como conducta preparatoria para la ulterior difusión de lo grabado. Por lo que a esta última dimensión del comportamiento se refiere, es también claro que la contravención constitucional sólo podría entenderse materializada por el hecho mismo de la difusión (art. 18.1 CE)». Pero en el presente caso de lo que se trata es de vulnerar directamente el artículo 18.1 CE, con el alcance penal tipificado en el artículo 197 CP, en su dimensión relativa a la intimidad, que es lo que se protege, y no el secreto de la misma como sucede con las comunicaciones.

La existencia o no del consentimiento del denunciante en la grabación puede considerarse un elemento subjetivo y como tal sujeto al juicio de valor de la Audiencia mediante las inferencias correspondientes. Lo que sucede es que la conclusión negativa sobre la existencia de dicho consentimiento es totalmente adecuada teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el hecho, de naturaleza objetiva y externa, tal como se reflejan en el *factum*, con independencia de la propia declaración del perjudicado.

De la misma forma debemos negar la falta del elemento subjetivo del tipo que exige el conocimiento y voluntad del empleo del modo comisivo desplegado con la finalidad descrita en el precepto, vulnerar la intimidad del sujeto pasivo, que no es dependiente de un ulterior comportamiento. Al tratar el motivo referente al error volveremos sobre esta cuestión.

Tampoco es posible cuestionar error de subsunción alguno cuando la Audiencia aplica los supuestos agravatorios de los apartados 3.º y 5.º del artículo 197 CP, pues el

sustrato fáctico de los mismos se encuentra en el hecho probado, que es intangible en un motivo como el presente. Evidentemente existe cesión a terceros, mediante precio, y las imágenes contienen o revelan datos o aspectos de la vida sexual del denunciante, es decir, afectan al núcleo duro del derecho a la intimidad.

B) El duodécimo denuncia la aplicación indebida del supuesto agravatorio contenido en el apartado sexto del artículo 197 mencionado. Se refiere a la realización de los hechos con fines lucrativos, estableciéndose en este caso en su mitad superior las penas previstas conforme a los apartados 1.º al 4.º del precepto. Si además concurre la agravación del apartado 5.º (cuando los hechos afecten al núcleo duro de la intimidad), la pena sufre una exasperación al fijarse entre los cuatro y siete años.

Sostiene la recurrente que dicho apartado no es aplicable «porque no es posible acreditar que los hechos realizados por Marí Trini estaban conducidos por el ánimo de lucro. Más bien al contrario, se realiza con la intención de causarle una sorpresa agradable al señor Octavio, sin intención alguna de comercializarla». Estas alegaciones se dan de bruce con los hechos probados que comienzan por sentar precisamente que el coacusado Miguel Ángel propuso a la ahora recurrente «un negocio consistente para venderla a quien pudiera interesarle su difusión y así obtener un importante beneficio económico». Más adelante se afirma que los coacusados Bruno y Gaspar acudieron «al domicilio de la señora Marí Trini, que estaba con Miguel Ángel, les entregó 50 millones y ellos le entregaron el vídeo con una carta manuscrita de Marí Trini». A la vista de lo anterior no existe el error de subsunción que se denuncia, es más, ni siquiera la Audiencia ha debido acudir a la inferencia cuando los hechos así descritos han sido obtenidos mediante prueba directa (declaración de la propia acusada).

Esta figura agravada, con independencia de que pueda aludir o referirse principalmente al «mundo de la información ilegal», es también aplicable a los no profesionales cuando su conducta esté guiada por una finalidad lucrativa, es decir, obtener un beneficio, ganancia o utilidad evaluable económicamente. Su fundamento está en la mayor reprochabilidad de la acción en estos casos. Se trata, en síntesis, de una especial cualificación agravatoria del móvil del sujeto activo.

C) El motivo decimotercero denuncia la inaplicación del artículo 14 CP. Aduce que el Tribunal no ha tenido en cuenta el error de prohibición que concurre en la acusada y que la sentencia ha resuelto esta cuestión de modo defectuoso. Más adelante se refiere a la existencia de un claro error sobre la norma prohibitiva, error que califica de invencible. Por último se refiere a la posible existencia de consentimiento tácito del perjudicado.

El artículo 14 CP distingue entre el error de tipo (o de hecho), que afecta al supuesto de hecho previsto por la norma, y el error de prohibición (de derecho, según la terminología anterior), que atañe a la propia existencia de la norma que prohíbe la realización del hecho. No basta con conocer el hecho típico, sino que además el sujeto activo debe conocer su significado antijurídico. Teniendo en cuenta lo anterior, el error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal puede ser invencible o vencible. En el primer caso se excluye la responsabilidad criminal, impunidad de la conducta, y en el segundo se impone una pena inferior. El error de prohibición ha sido explicado mediante la teoría clásica denominada del dolo o la teoría de la culpabilidad, propia del finalismo. Para la primera es preciso que el agente conozca el hecho y su significado antijurídico, mientras que para la segunda lo importante no es que el autor conozca o no conozca la prohibición, sino si podía o no conocerla, de forma que quien no puede conocer la prohibición de un hecho no puede actuar de otro modo. Con independencia de que el artículo 14 CP pueda ser adscrito a una u otra concepción del error de prohibición, lo cierto es que la Jurisprudencia participa de ambas concepciones cuando establece que no basta con alegar la existencia del error,

sino que éste ha de quedar suficientemente acreditado, empleándose para ello criterios que se refieren básicamente a la posibilidad del autor de informarse sobre el derecho (Sentencia de 28 de mayo de 2003), de forma que cuando dicha información en todo caso se presenta como de fácil acceso no se trata ya en rigor de que el error sea vencible o invencible, sino de cuestionar su propia existencia. Es lo que sucede en el caso de autos, pues se trata de una grabación subrepticia, tal como se constata en el *factum*, que forma parte del plan para llevar a cabo un negocio ilícito. La aceptación del mismo es incompatible con la concurrencia en la acusada de un error sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción, es decir, que no esté prohibido por la norma vulnerar la intimidad de la persona como se hizo. La Sentencia de 10 de octubre de 2003 expone que constituye doctrina reiterada de esta Sala que para sancionar un acto delictivo el conocimiento de la ilicitud del hecho no tiene que ser preciso, en el sentido de conocer concretamente la gravedad con la que el comportamiento realizado es sancionado por la Ley. Los ciudadanos no son ordinariamente expertos en las normas jurídicas, sino legos en esta materia, por lo que lo que se requiere para la punición de una conducta antijurídica es lo que se ha denominado doctrinalmente el conocimiento paralelo en la esfera del profano sobre la ilicitud de la conducta que se realiza.

El motivo se refiere también a la creencia de la acusada de un consentimiento tácito del perjudicado. La cuestión aquí se refiere a la concurrencia de una posible causa de justificación que puede ser considerada como error de prohibición indirecto o bien como un error de tipo sobre los presupuestos de una causa de justificación (puesto que ello es independiente del error sobre la licitud o ilicitud de la acción), es decir, el sujeto activo cree erróneamente que concurre la misma, el consentimiento tácito del perjudicado. Ahora bien, sólo es posible sustituir la falta de un consentimiento real cuando sea imposible obtener el mismo, lo cual evidentemente no sucede tampoco en el caso de autos. La acusada no puede pretender la existencia de un consentimiento tácito cuando ninguna circunstancia impedía la obtención directa del consentimiento real del sujeto pasivo.

(Sentencia de 10 de diciembre de 2004)

ARTÍCULO 248

Delito de estafa. La falsedad del cheque es un tipo independiente cuya realización concurre realmente con el de estafa

3. Totalmente diversa es la situación en lo que concierne al delito del artículo 248 CP. La cuestión se basa más que en un problema de prueba, en un manifiesto error de concepto respecto del delito de estafa en el que incurrieron tanto el Fiscal como la Acusación Particular. La Audiencia, por su parte, omitió el procedimiento del artículo 733 LECrim.

En efecto, es necesario poner de manifiesto que la Audiencia se equivoca al considerar que el tipo penal de la estafa «se integra por el propio hecho falsario». No es así. La falsedad del cheque es un tipo independiente cuya realización concurre realmente con el de estafa. La simple lectura, sin más, del artículo 77 CP demuestra que una infracción debe ser medio necesario para cometer otra. Si no fuera así, la Audiencia debería haber aplicado el artículo 8 CP. La estafa es, a su vez, otro tipo independiente que requiere engaño, pero que no se integra con la falsedad, pues ésta no es el único modo típico para realizar la acción de engaño.

De esta falsa premisa la Audiencia parece haber deducido que, teniendo por probada la falsedad, era innecesario probar la concurrencia de los elementos de la estafa. Lo cierto es que en la causa hubieran existido elementos para aplicar al caso el artículo 252 CP, que ni el Fiscal ni la Acusación Particular acusaron y, que, en consecuencia, el Tribunal *a quo* no podía aplicar, como se dijo, sin recurrir al procedimiento del artículo 733 LECrim, al que no recurrió.

Pero, esta omisión de la Audiencia no puede ser cubierta aplicando el artículo 248.1 CP sin establecer legalmente los hechos que se subsumirían en el tipo penal de la estafa.

En efecto, el Tribunal a quo debería haber comprobado que el recurrente engañó con los cheques falsificados al sujeto que realizó la disposición patrimonial, que debe ser –como es claro– distinto del que engaña. Los elementos del tipo de la estafa surgen de la mera lectura del artículo 248.1 CP, que requiere producir error «en otro». La prueba de estos elementos no se ha expuesto en la sentencia. No se ha aclarado racionalmente si el acusado engañó a otro. Puede haber vendido o cedido los cheques a un comprador conocedor de la falsedad, y, por lo tanto, haber realizado quizá un acto de agotamiento de la apropiación indebida (no acusada). En ese supuesto no habría consumado la falsificación para cometer otro delito. En todo caso, se podría haber considerado la hipótesis de la participación en el delito ejecutado por otro, sobre la que sólo es posible conjeturar.

En el hecho probado lo único que se dice es que el acusado actuó «disponiendo de distintas cantidades de dinero, mediante la falsificación de la firma de los otros dos socios, en los cheques [...] con cargo a la cuenta bancaria de dicha sociedad, abierta en el Banco Central Hispano núm. [...], ascendiendo el total a la suma [...]». Aquí no aparece ningún segundo sujeto engañado, que haya dispuesto, por error, la suma perjudicial.

Por lo tanto, respecto del delito de estafa la Audiencia ha vulnerado manifiestamente el derecho del recurrente a la presunción de inocencia.

4. No obstante, la pena establecida por la Audiencia está casualmente dentro del límite que impone el artículo 74.1 CP, en relación al 392 CP y, consecuentemente no hay razón para modificar el fallo. Es decir, se trata de una pena justificada.

(Sentencia de 31 enero de 2005)

ARTÍCULO 257

Alzamiento de bienes. Bien jurídico protegido. Elementos del tipo

Efectivamente, en el artículo 519 del Código Penal derogado, que se aplica en la sentencia, se sancionaba al que se alzase con sus bienes en perjuicio de sus acreedores. Este delito «tutela, de un lado, el derecho de los acreedores a que no se defraude la responsabilidad universal prevenida en el artículo 1911 del Código Civil y, de otro el interés colectivo en el buen funcionamiento del sistema económico crediticio» (Sentencia de 27 de noviembre de 2001).

Tal como decíamos en la Sentencia de 15 de octubre de 2003, «... el alzamiento de bienes consiste en una actuación sobre los propios bienes destinada, mediante su ocultación, a mostrarse real o aparentemente insolvente, parcial o totalmente, frente a todos o frente a parte de los acreedores, con el propósito directo de frustrar los créditos que hubieran podido satisfacerse sobre dichos bienes. No requiere la producción de una insolvencia total y real, pues el perjuicio a los acreedores pertenece no a la fase

de ejecución, sino a la de agotamiento del delito. La jurisprudencia de esta Sala ha señalado, como se recuerda en la Sentencia de 5 de julio de 2002, que uno de los elementos del delito es la producción de “un resultado no de lesión, sino de riesgo, pues es preciso que el deudor, como consecuencia de las maniobras descritas, se coloque en situación de insolvencia total o parcial o, lo que es igual, que experimente una sensible disminución, aunque sea ficticia, de su activo patrimonial, imposibilitando a los acreedores el cobro de sus créditos o dificultándolo en grado sumo”. También hemos dicho que “el delito de alzamiento de bienes es un delito de mera actividad o de riesgo que se consuma desde que se produce una situación de insolvencia, aun parcial de un deudor, provocada con el propósito en el sujeto agente de frustrar legítimas esperanzas de cobro de sus acreedores depositadas en los bienes inmuebles o muebles o derechos de contenido económico del deudor. Los elementos de este delito son: 1.º) existencia previa de crédito contra el sujeto activo del delito, que pueden ser vencidos, líquidos y exigibles, pero también es frecuente que el defraudador se adelante en conseguir una situación de insolvencia ante la conocida inminencia de que los créditos lleguen a su vencimiento, liquidez o exigibilidad, 2.º) un elemento dinámico que consiste en una destrucción u ocultación real o ficticia de sus activos por el acreedor, 3.º) resultado de insolvencia o disminución del patrimonio del delito que imposibilita o dificulta a los acreedores el cobro de lo que les es debido, y 4.º) un elemento tendencial o ánimo específico en el agente de defraudar las legítimas expectativas de los acreedores de cobrar sus créditos (numerosas sentencias de esta Sala, entre las últimas, las de 28 de septiembre y 26 de diciembre de 2000, de 31 de enero y 16 de mayo de 2001 y de 13 de marzo de 2002). Basta para su comisión que el sujeto activo haga desaparecer de su patrimonio uno o varios bienes, dificultando con ello seriamente la efectividad del derecho de los acreedores, y que actúe precisamente con esa finalidad. No se cometerá el delito si se acredita la existencia de otros bienes con los que el deudor acusado pueda hacer frente a sus deudas (Sentencia de 31 de enero de 2003) que resulten accesibles a los acreedores, pues en ese caso no es posible apreciar la disminución, al menos aparente, de su patrimonio ni, por lo tanto, la intención de causar perjuicio a los derechos de aquéllos. La existencia de este tipo delictivo no supone una conminación al deudor orientada a la inmovilización total de su patrimonio en tanto subsista su deuda, por lo que no existirá delito aunque exista disposición de bienes si permanece en poder del deudor patrimonio suficiente para satisfacer adecuadamente los derechos de los acreedores”».

Por lo tanto, para estimar la comisión de un delito de alzamiento de bienes, es preciso que el deudor haya actuado sobre sus bienes propios de forma que pueda entenderse que pretendió situarlos fuera del alcance de las acciones que corresponden a los acreedores para la efectividad de sus créditos, originándoles el correspondiente perjuicio en sus derechos. Bien porque resulte imposible hacerlos efectivos ante la inexistencia de bienes sobre los que dirigir la reclamación, o bien porque su actuación suponga una dificultad seria y relevante para ello. Consecuentemente, no existirá delito de alzamiento de bienes respecto de acreedores propios si los actos realizados por el acusado afectan solamente al patrimonio de terceros.

En el caso actual es preciso partir del relato fáctico. Se declara probado que el acusado recurrente, que había adquirido a la querellante sus participaciones sociales, el 50 por 100 de las totales, y no había satisfecho una gran parte del precio, procedió a resolver el contrato de arrendamiento del local del que era arrendataria la sociedad, renunciando a cualquier derecho, incluidas indemnizaciones. Sin perjuicio de que no se declaran probados los términos del contrato de arrendamiento, lo cual resultaría de interés para valorar su relevancia respecto del patrimonio de su titular, se trata de

derechos que correspondían a la sociedad como arrendataria, y no al acusado personalmente.

También se declara probado que, a través del propietario, encontró a otra persona que firmó un nuevo contrato de arrendamiento sobre el mismo local, como titular de la entidad Restauración González Vidal, a la que pasó con sus elementos el negocio tal y como venía funcionando, y que el acusado permaneció al frente de la explotación y fue nombrado administrador único de esta segunda entidad.

En realidad, por lo tanto, según el hecho probado el acusado no dispuso de bienes propios, sino de bienes o derechos de la sociedad, sin que se precise la repercusión que ello pudiera tener en su patrimonio.

Respecto de los elementos del negocio, que por otro lado no se describen en la sentencia sin que conste su estado o su valor o las cargas existentes sobre los mismos, se dice que pasaron a un tercero. Sin embargo, la propiedad de estos elementos, que originariamente parecía corresponder a la sociedad Pefli, aunque la sentencia no lo dice con claridad, o bien permaneció en dicha sociedad, o bien pasó al propietario del local en virtud de la mencionada resolución del contrato, pero en ningún momento se declara probado que su propietario viniera a ser la nueva entidad arrendataria, sin que conste que el acusado tuviera ninguna posibilidad real de acceso directo a la propiedad de los mismos.

El Tribunal de instancia razona que el acusado vació por completo el activo patrimonial de la mercantil con el consiguiente perjuicio para la querellante, «a quien de esa manera le impedía hacer efectivo el crédito que tenía contra ella», y añade más adelante que «la querellante era acreedora ante Pefli por una cantidad de 3.750.000 pesetas (importe de las cinco cambiales impagadas)», y que «en esta situación la querellante se queda sin posibilidad de encontrar el más mínimo activo patrimonial en Pefli sobre los que realizar su derecho de crédito». Tal forma de argumentar confunde los términos de la cuestión, pues la querellante no tenía ningún crédito contra la sociedad, sino contra el acusado, ya que tal como se dice en la sentencia fue éste, junto con otra persona, quien adquirió las participaciones sociales y, por lo tanto, quien estaba obligado al pago del precio. Por esa razón la disposición de bienes de la sociedad, cuya justificación o explicación pudiera deberse a causas variadas, no afectó a la solvencia aparente o real del acusado, que, como ya se ha dicho, respondía de sus deudas con sus propios bienes, según el artículo 1911 del Código Civil, y no con los bienes de la sociedad. Ni tampoco supuso, en principio, ningún perjuicio para el crédito de la querellante, pues en ningún caso podría dirigirse contra los bienes de la sociedad para hacerlo efectivo.

Tampoco puede entenderse que el patrimonio del acusado sufriera una disminución apreciable al disponer de bienes de la sociedad como lo hizo. El valor de las participaciones de la sociedad de responsabilidad limitada se corresponde con el capital social (art. 5 LSRL) y éste debía estar completamente desembolsado por imperativo legal (art. 4 LSRL). Se ignora, pues no lo dice la sentencia, si el precio pactado en la compraventa se corresponde con el valor nominal de las participaciones sociales o es diferente, con lo cual no puede deducirse directamente de los hechos probados que el valor de aquéllas sufriera ninguna modificación por el hecho de la resolución del contrato de arrendamiento. Y de otro lado, la resolución de éste también supone la desaparición, al menos, de la correlativa obligación de pago de la renta a cargo de la sociedad. Y no consta en la sentencia que el negocio hasta entonces explotado tuviera beneficios para los socios.

Por otro lado, las participaciones sociales permanecieron en poder del acusado y, por lo tanto, al alcance de las acciones de reclamación de la querellante, y, además, según se argumenta en la sentencia, aquél «se aseguraba la continuidad en el negocio

a través de la pantalla que suponía la nueva sociedad Restauración González Vidal, obteniendo, de paso, las ventajitas o beneficios que de otra manera tendrían que haber ido a parar a Pefli». No deja de apreciarse que esta argumentación resulta un tanto contradictoria desde la perspectiva de las exigencias propias del delito de alzamiento de bienes, pues en caso de que tales beneficios no existieran la disposición de los bienes resultaría irrelevante al no afectar al patrimonio del deudor, y en caso de existir, al pasar al patrimonio del acusado, lo incrementarían de forma que ello facilitaría el cumplimiento de sus obligaciones.

De todo lo expuesto no se deduce que el acusado ocultara su patrimonio para hacer ineficaz o para dificultar seriamente las reclamaciones de la querellante, pues no sólo las participaciones de la sociedad continuaban en su poder, sino que, además, recibía los beneficios de la explotación, aun cuando fueran solamente en concepto de retribución como administrador, sobre los que, sin duda, podría dirigirse la reclamación de cantidad de la querellante a través de la vía procedente en derecho.

Por lo tanto, no se aprecia la existencia de un delito de alzamiento de bienes, lo que determina la estimación del motivo.

(Sentencia de 17 de enero de 2005)

ARTÍCULO 318 BIS

Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros. Existencia: favorecer, con ánimo de lucro y dentro de una red estable, jerarquizada y con distribución de papeles y apoyos en el exterior; el tráfico de extranjeros desde países del Este a España, privándoles de derechos fundamentales

3. Por el cauce del artículo 849.1.º LECrim, Pedro Francisco denuncia la aplicación indebida del «artículo 318 bis, apartados 1, 2 y 5, del Código Penal. Mantiene que no concurre el tipo básico y concluye el desarrollo de esa causa de impugnación expresando que, «si no existe la concurrencia del tipo básico, no tiene sentido hablar de las modalidades agravadas, que parten de su existencia».

Pero en la sentencia consta la conducta atribuida a Pedro Francisco de favorecer, con ánimo de lucro y dentro de una red estable, jerarquizada y con distribución de papeles y apoyos en el exterior, el tráfico de extranjeros desde países del Este a España, donde quedan privados de derechos elementales al margen del ordenamiento jurídico. Y los hechos contenidos en la resolución de instancia deben ser mantenidos, como se ha visto anteriormente, y no pueden ser atacados dentro de la causa de impugnación que ahora examinamos.

Alega el recurrente que la circunstancia de que la entrada de los inmigrantes se hiciera por pasos fronterizos es contraria a entender que el trasiego de los inmigrantes se hiciera al margen de la normativa vigente. Pero ello no es así, porque, aparte de que el tránsito por un puesto fronterizo no siempre encierra, según la experiencia general, un control efectivo, la utilización de tal clase de acceso no descarta la ilegalidad en la explotación lucrativa de la inmigración con grave riesgo para los derechos de los extranjeros, riesgo actuado en el presente caso; como pone detalladamente de relieve el fundamento jurídico sexto de la sentencia impugnada (baste recordar la sumisión a la organización con desamparo para los extranjeros que implicaba el desposeerles de

sus pasaportes y la percepción por aquélla de las retribuciones correspondientes a los trabajos que desarrollaban los inmigrantes).

La alusión que se hace en el recurso a la falta de especificaciones relativas a las relaciones laborales no es cierta, pero, aunque lo fuera, hemos de tener presente que el tipo delictivo que a Pedro Francisco le es imputado no es el previsto en el artículo 312 CP. Tampoco procede traer a colación el hoy suprimido número 6.º del artículo 515 CP, pues no se trata de mera pertenencia a una organización, sino que, dentro de ella, el acusado ha llevado a cabo actos de explotación de la inmigración ilegal.

(Sentencia de 20 de enero de 2005)

ARTÍCULO 301

Delito de blanqueo de capitales procedente del narcotráfico. Dolo. Indicios que constituyen la prueba de cargo que de ordinario es la que existe en delitos de blanqueo de dinero

Primero.— La Sentencia de 8 de mayo de 2003 de la Sección VI de la Audiencia Provincial de Cádiz, con sede en la Ciudad Autónoma de Ceuta, condenó a Juan María como autor de un delito de blanqueo de dinero procedente del narcotráfico de los artículos 301 y 302 del Código Penal a la pena de cuatro años, siete meses y quince días de prisión con los demás pronunciamientos incluidos en el fallo.

Los hechos se refieren a que el condenado, conociendo que el origen del dinero procedía del tráfico de drogas, compró entre los años 2001 y 2003 cuatro embarcaciones identificadas en el *factum*, así como un Volkswagen Polo, todo ello por importe de 125.381 euros, careciendo, por otra parte, dicha persona de ingresos suficientes y bastantes.

Se ha formalizado recurso de casación por el condenado, que lo desarrolla a través de tres motivos que serán seguida y separadamente estudiados.

Segundo.— El primer motivo, por la vía de la vulneración de derechos fundamentales, estima que la prueba indiciaria tenida en cuenta en la sentencia es manifiestamente insuficiente desde las exigencias derivadas del derecho a la presunción de inocencia para el dictado de la sentencia condenatoria e interdicción de toda arbitrariedad.

En la argumentación, tras recoger la doctrina de esta Sala en relación al delito de blanqueo de dinero, critica la sentencia porque en ella no se especifica con claridad y contundencia que el condenado supiese que el dinero que se le facilitó para la compra de las cuatro embarcaciones y el vehículo procediese del negocio del tráfico de drogas, y que en definitiva el Tribunal no da por probado tal conocimiento, sino que en el *factum* hace descansar tal afirmación en la investigación policial, pero sin tenerlo como propio, es decir, sin que se especifique en el *factum* un juicio de certeza del Tribunal en tal sentido, por todo ello estima indebidamente aplicados los artículos 301 y 302 del Código Penal. Retomando las reflexiones contenidas en la sentencia de esta Sala de 10 de enero de 2000, que se cita en el motivo, hay que recordar que en relación al delito de blanqueo de dinero «... lo usual será contar sólo con pruebas indiciarias y que el cuestionamiento de su aptitud para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia sólo produciría el efecto de lograr la impunidad respecto de las formas más graves de delincuencia, entre las que deben citarse el narcotráfico y las enormes ganancias que de él se deriven, las que se encuentran en íntima unión con él, como se reconoce expresamente en la Convención de Viena de 1988...».

Es preciso reiterar, una vez más, que la prueba indiciaria es prueba apta para integrar la prueba de cargo suficiente capaz de provocar el derecho a la presunción de inocencia y de justificar el dictado de una sentencia condenatoria.

Así lo reconoció el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 174/1985 y 175/1985, ambas de 17 de diciembre, y lo mismo puede decirse de esta Sala de casación a partir de la Sentencia de 14 de octubre de 1986. Fecha ciertamente algo tardía por referencia a otros órdenes jurisdiccionales –así en la Sala Primera de lo Civil es a partir de la Sentencia de 29 de enero de 1965 cuando se estudia y admite la prueba de indicios en multitud de ocasiones.–Por lo que se refiere a esta Sala Segunda, en más de un centenar de Sentencias sólo en el año 2004 se ha estudiado la prueba de indicios –entre las últimas, la Sentencia de 11 de noviembre de 2004–. Por su parte, la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya desde la Sentencia de 18 de enero de 1978 –*Irlanda vs. Gran Bretaña*– declaró que «... a la hora de valorar la prueba, este Tribunal ha aplicado el criterio de la prueba más allá de la duda razonable. Sin embargo, tal tipo de prueba se puede obtener de la coexistencia de inferencias suficientemente consistentes, claras y concordantes o de similares presunciones de hecho no rebatidas...», doctrina que se ha reiterado en otras resoluciones, entre las que se pueden citar las SSTEDH de 27 de junio de 2000 –*Salman vs. Turquía*–; de 10 de abril de 2001 –*Tamli vs. Turquía*–; y de 8 de abril de 2004 –*Tahsin vs. Turquía*–.

Por ello, de una vez por todas, es preciso contar con la prueba indiciaria sin desconfianzas ni complejos.

Existen dos fuentes de conocimiento empírico de los hechos pasados: la prueba directa y la prueba de indicios o indirecta, en plano de igualdad, por ello, la prueba indiciaria no es una prueba más insegura que la directa, ni subsidiaria. Es la única prueba disponible –prueba necesaria– para acreditar hechos internos de la mayor importancia como la prueba del dolo en su doble acepción de «prueba del conocimiento» y «prueba de la intención».

Es finalmente una prueba al menos tan garantista como la prueba directa, y probablemente más porque el plus de motivación que exige para explicitar y motivar el juicio de inferencia alcanzado para llegar del hecho-base acreditado, al hecho-consecuencia, actúa en realidad como un plus de garantía que permite un mejor control del razonamiento del Tribunal *a quo* cuando el Tribunal Superior conoce del tema vía recurso, con lo que hay un mejor y más acabado control de la interdicción de la arbitrariedad, que en relación a la prueba directa, la que por mor de la inmediatez se convierte en prueba de imposible fiscalización por quien no hubiera presenciado el juicio o incluso en una excusa o coartada para eximirse del deber de motivar o reducirlo a una entidad puramente formal, ello sin contar con los problemas de todo tipo que plantea la aprehensión de la realidad y la transmisión y exteriorización de ese conocimiento por el testigo, como se pone de relieve por parte de los especialistas en psicología del testimonio, y que pueden provocar errores judiciales.

Entrando en las denuncias efectuadas en el motivo, basta leer la sentencia para comprobar que el Tribunal, en base a la prueba de cargo existente, no actuó como notario que recoge las afirmaciones de otros –en este caso de la policía–, sino que asumió como juicio de certeza propio que el recurrente conocía que el dinero procedía de las ventas de droga y ello a la vista de la pluralidad de indicios estudiados en detalle en el fundamento jurídico primero, indicios que constituyen la prueba de cargo que de ordinario es la que existe en delitos de blanqueo de dinero. Tales indicios fueron:

- a) Incremento inusual del patrimonio del recurrente que adquirió cuatro embarcaciones y un turismo en un par de años.
- b) Ausencia de fuentes de ingresos de procedencia lícita y conocida que pudiera justificar disponer de la fuerte cantidad de dinero que se precisó para la adqui-

sición de tales vehículos –125.383,93 euros–. Al folio 44 consta en su declaración que es fontanero, pero que no trabaja ni cobra compensación económica alguna.

c) El tratarse en dos de las embarcaciones, de las que pueden desarrollar alta velocidad, lo que las hace idóneas para transportar droga entre Ceuta y la Península. En tal sentido, la posesión de tales embarcaciones en la ciudad autónoma de Ceuta, como bien se razona en la sentencia de instancia, resulta muy significativa de su más que probable destino para el narcotráfico, y no a otros fines como la pesca o el recreo que dijo el recurrente.

d) La ausencia de toda explicación por parte del recurrente sobre tales adquisiciones y el destino que pensaba darles. No se trata de que tenga que probar su inocencia, lo que supondría una inadmisibles manifestación de inversión de la carga de la prueba. Más limitadamente, lo que está diciendo, que ante la existencia de prueba de cargo vía indicios, le era exigible ofrecer una explicación exculpatoria que eliminase o disminuyera la naturaleza incriminatoria de aquellos indicios, y en esta dialéctica el silencio manifestado o las explicaciones inverosímiles confirman y refuerzan la potencia incriminatoria de aquellos indicios. En definitiva, la falta de explicación plausible equivale a que no hay explicación posible y así debe calificarse la «explicación» que dio en el Plenario «... el dinero se lo dieron unas personas de Marruecos ellos no poder adquirirla...», justificando esta insólita colaboración por la necesidad de disponer de dinero para satisfacer su toxicofilia, y que le dieron por el «servicio» 100.000 pesetas.

e) Como cuarto indicio se tuvo en cuenta en la sentencia de instancia un dato de extraordinaria relevancia para situar el blanqueo de dinero en el subtipo más grave de blanqueo de dinero procedente de droga –art. 301.1.º, párrafo segundo–. En efecto, la conexión del delito de blanqueo derivado de un delito inicial de tráfico de droga exige también la oportuna probanza que, de ordinario, será prueba indiciaria, y la jurisprudencia de esta Sala ha venido exigiendo como elemento indiciario acreditativo del conocimiento por parte del autor de este origen del dinero, la existencia de algún vínculo o conexión entre el autor del blanqueo y el tráfico de drogas.

En el caso de autos la sentencia sometida al presente control casacional se refiere a que el recurrente ya fue condenado anteriormente como autor de un delito de tráfico de droga en Sentencia firme de 14 de mayo de 1991. Analizaremos con más detenimiento esta cuestión en el motivo siguiente.

En definitiva, como resultado de todo el examen efectuado, podemos afirmar que la denuncia que se efectúa sobre la falta de consistencia de los indicios para soportar y justificar el dictado de una sentencia condenatoria no es tal. Se está en presencia de una prueba indiciaria compuesta por varios hechos-base totalmente acreditados, no desvirtuados por indicios de signo adverso que en una valoración conjunta permitieron al Tribunal sentenciador construir el juicio de inferencia y llegar al hecho-consecuencia que se quería acreditar, y que se describió en el *factum* como juicio de certeza alcanzado por el Tribunal.

No se está ante insuficiencia probatoria alguna como se dice en el motivo, antes bien, la conclusión surge de forma natural del encadenamiento de los indicios analizados fruto de un juicio inductivo totalmente acorde con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, por lo que con toda claridad se está extramuros de toda decisión arbitraria o infundada.

El motivo debe ser rechazado.

Tercero.–El segundo motivo, por igual cauce que el anterior, vuelve a plantear las mismas cuestiones, sólo que ahora desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia, tutela judicial efectiva y motivación de la resolución.

Se trata de un motivo de naturaleza subsidiaria respecto del anterior; en realidad, dada la identidad de cuestiones, su desestimación se impone por aplicación de los

razonamientos expuestos en el anterior motivo, que, en lo necesario, se dan por reproducidos para evitar innecesarias repeticiones.

No obstante, nos centramos en la cuestión de la prueba del conocimiento del origen del dinero como procedente del tráfico de drogas.

De entrada debemos recordar que el tipo básico de blanqueo sólo exige en el autor el conocimiento de la procedencia ilícita del dinero. El tipo agravado por el que ha sido condenado el recurrente supone el conocimiento de que la procedencia del dinero lo es del tráfico de drogas.

La prueba de conocimiento del delito de referencia es un dato subjetivo, lo que le convierte en un hecho que, dada su estructura interna, sólo podría verificarse –salvo improbable confesión– por prueba indirecta, y en este sentido la constante jurisprudencia de esta Sala ha estimado que a tal conocimiento se puede llegar siempre que se acredite una conexión o proximidad entre el autor y lo que podría calificarse «el mundo de la droga».

Esta doctrina se origina en la Sentencia de 23 de mayo de 1997, y se reitera en las de 15 de abril de 1998, de 10 de enero de 2000, de 18 de diciembre de 2001, de 5 y 10 de febrero de 2003, de 22 de julio de 2003 y de 29 de noviembre de 2003, entre otras, precisándose en la jurisprudencia citada que no se exige un dolo directo, bastando el eventual o incluso, como se hace referencia en la sentencia de instancia, es suficiente situarse en la posición de ignorancia deliberada. Es decir, quien pudiendo y debiendo conocer la naturaleza del acto o colaboración que se le pide, se mantiene en situación de no querer saber, pero, no obstante, presta su colaboración, se hace acreedor a las consecuencias penales que se deriven de su antijurídico actuar. Es el principio de ignorancia deliberada al que se ha referido la jurisprudencia de esta Sala, entre otras, en Sentencias de 10 de enero de 2000, de 16 de mayo de 2002, de 17 de febrero, de 20 de marzo, de 30 de abril o de 29 de mayo de 2003.

En tal situación, debemos concluir, en relación al recurrente, que frente a lo que se argumenta en el motivo en el sentido de la sola realidad del antecedente penal por tráfico de drogas no es por sí sólo suficiente para dar por cierto que el recurrente conocía que el delito de referencia del que procedían los capitales era tráfico de drogas, hay que añadir que no sólo se cuenta con ese dato –de singular potencia acreditativa–, sino que además hay que añadir otros datos: *a)* que el dinero se lo facilitaron unos ciudadanos de Marruecos, *b)* que la excusa que facilitaron de que ellos no podían adquirirlos por sí mismos es de extrema debilidad, *c)* que no facilitó la identidad de tales personas, lo que *d)* unido a la situación estratégica de Ceuta en relación al tráfico de droga, y *e)* la propia situación de adicto al consumo de drogas del recurrente, todo este cúmulo de detalles le sitúa intramuros de ese «mundo de la droga» según la sentencia, lo que en este control casacional aparece como de extraordinaria razonabilidad y en modo alguno se trata de conclusión arbitraria o infundada.

Procede la desestimación del motivo.

(Sentencia de 19 de enero de 2005)

ARTÍCULO 368

Tráfico de drogas. Principio de insignificancia en relación a la heroína

Segundo.–El segundo motivo, por la vía del *error iuris* del artículo 849 LECrim, alega que, dada la escasa cuantía de la droga ocupada –0,923 gramos, con una pureza

del 11,5 por 100, equivalente a 106 miligramos netos de heroína– y de acuerdo con el principio de mínima insignificancia, procedería la absolución.

Esta Sala tiene ya una doctrina consolidada en relación al principio de insignificancia que en relación a la heroína se sitúa en aprehensiones entre 0,66 miligramos y un miligramo –entre otras, Sentencia de 29 de noviembre de 2004 y las citadas en ellas–.

En el caso de autos la droga ocupada excede con mucho de ese tipo, y además su vocación al tráfico está claramente evidenciada con dos datos: a) la presentación de la droga en seis envoltorios, aptos para la venta «al menudeo» y b) la propia declaración del recurrente que reconoció en fase judicial –en el Plenario no declaró– que no era consumidor de heroína.

(Sentencia de 19 de enero de 2005)

Tráfico de drogas. La prueba de cargo puede ser directa, indirecta o circunstancial. Requisitos que deben concurrir para que esta clase de prueba circunstancial goce de aptitud para considerarse prueba de cargo capaz de enervar la presunción de inocencia

Segundo.–Contra esta sentencia condenatoria se alza en casación la acusada Paula, formulando un primer motivo al amparo del artículo 5.4 LOPJ en el que denuncia la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia proclamado en el artículo 24.2 CE, alegando «inexistencia de prueba de cargo suficiente para enervarla», porque, según sostiene en el desarrollo del motivo, la condena de la recurrente se fundamenta en una prueba indiciaria en la que los indicios manejados por el Tribunal no resultan unívocos ni tampoco netamente acusatorios; y que el razonamiento seguido por la Audiencia para condenarla presenta graves quiebras y deficiencias, hasta el punto que podemos considerarlo irrazonable e insuficiente.

Tiene declarado reiteradamente esta Sala que la presunción de inocencia que ampara a toda persona acusada de un ilícito de cualquier naturaleza despliega sus efectos en el ámbito material de aquél, es decir, en la realidad de los hechos imputados y en la participación en éstos del acusado, que únicamente podrán considerarse acreditados mediante una prueba de claro sentido incriminatorio, válidamente obtenida y racionalmente valorada.

También hemos dicho infinidad de veces que esa prueba de cargo tanto puede ser directa como indirecta o circunstancial, dado que en multitud de ocasiones los hechos delictivos y la intervención en ellos del acusado no pueden establecerse por prueba directa (testigo presencial o confesión, ordinariamente), lo que supondría la impunidad de muchos y graves delitos.

Del mismo modo, cuando se trata de acreditar la concurrencia del elemento subjetivo, lo que el acusado pretende, conoce, o proyecta, al ser factores que no trascienden directamente al mundo exterior y, por ende, no pueden percibirse por las facultades sensoriales de un tercero, sólo pueden determinarse judicialmente mediante prueba indirecta o indiciaria, si bien, en estos casos, será necesario extremar la prudencia y el rigor analítico a fin de evitar en lo posible conclusiones equivocadas. Por ello mismo, inveteradamente, hemos dejado marcados los requisitos que deben concurrir para que esta clase de prueba circunstancial goce de aptitud para considerarse prueba de cargo capaz de enervar la presunción de inocencia.

Requisitos que son los que –de consuno– se recogen en la sentencia impugnada y en el motivo de casación:

A) Que los indicios estén plenamente acreditados y que además sean plurales, o excepcionalmente sean únicos, pero de una singular potencia acreditativa; sean concomitantes al hecho que se trate de probar y estén interrelacionados, cuando sean varios, reforzándose entre sí.

B) Que a partir de esos indicios se deduzca el hecho consecuencia como juicio de inferencia razonable, es decir, que no solamente no sea arbitrario, absurdo o infundado, sin que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural, el dato precisado de demostración, existiendo entre ambos un «enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano».

C) Que la sentencia exprese cuáles son los hechos base o indicios en que apoya el juicio de inferencia, y que explicita el razonamiento a través del cual partiendo de los indicios se llega a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación del acusado.

Tercero.–En el supuesto enjuiciado, la AP ha formado su convicción de la conjunta posesión por los dos acusados de la droga y el destino al tráfico de ésta en base a la prueba indiciaria, que ha sido valorada de acuerdo a los mencionados requisitos, llegando, a través del análisis de los hechos-indicios plurales, probados e interrelacionados entre sí, al hecho-consecuencia mediante un proceso intelectual exteriorizado en la sentencia efectuado con plena observancia de las reglas de la lógica, de la razón y de la experiencia en esta clase de actividades que excluyen otra alternativa o cualquier duda razonable, por más que el recurrente disienta, desde su personal perspectiva de parte acusada, de tal resultado valorativo.

No de otra manera pueden interpretarse el conjunto de datos indiciarios, que la sentencia desgrana como presupuestos fácticos del juicio de inferencia: la policía monta un dispositivo de vigilancia ante las denuncias de que en el vehículo propiedad de la acusada se realizan actos de venta, observando durante varios días que efectivamente la acusada se sitúa en el interior del mismo, sin que se observe que circula, sino encontrándose detenida, concretamente el día de los hechos frente a su domicilio, igualmente se observa que al menos dos personas se acercan al vehículo e introducen en el interior de la ventanilla la cabeza y alargan la mano, si bien por encontrarse la policía a unos 100 metros no pueden distinguir qué se intercambian, presumiendo que es droga, que ante dicha sospecha se acercan al vehículo, tomando el acusado la actitud de darse a la fuga y cuando es detenido intenta tragarse papelinas de rebujo y al ser impedido caen al suelo, resultando ser 10 papelinas, encontrándose en el cacheo escondida entre las ropas otra más, que las mismas tienen un peso de 0,708 gramos dispuestas para la venta, cantidad que excede del consumo diario, pues, aunque ambos acusados reconocen que son consumidores habituales, a ninguno se le conocen ingresos que justifiquen la posibilidad de adquirir diariamente las dos o tres papelinas que señalan consumen, lo que exige unos ingresos constantes y de cierto volumen y aún menos el acopio de la droga para varios días. Por último, la tenencia de dinero es otro indicio de que puede ser producto de la droga, constando que en anterior intervención, que fue sobreseída, se le encontró a la acusada una bolsa con gran cantidad de dinero, y si bien ello no es objeto de enjuiciamiento sí es un indicio a tener en cuenta cuando reconoció en el juicio que no trabaja y no explica cómo obtiene dinero para adquirir la droga que diariamente señala que necesita, por último la actitud que ambos acusados adoptan al ser sorprendidos, así uno intenta fugarse y tragarse las papelinas y la acusada, aprovechando que la policía está intentando detener al acusado, se esconde sin ni siquiera recoger las llaves de su

vehículo, no siendo contra indicio suficiente que con posterioridad se persona en comisaría para recogerla, pues pensaría que, puesto que a ella no se le encontró droga, ya que ni siquiera fue cacheada, no se le podría considerar coautora; de donde por un proceso lógico de deducción tras apreciar los indicios expuestos se ha de llegar a la convicción de que la droga incautada estaba preordenada al tráfico.

El motivo debe ser desestimado.

(Sentencia de 26 de enero de 2005)

ARTÍCULO 417.2

Violación de secretos: datos de personas y empresas con altas y bajas a la Seguridad Social, prestaciones que recibían, deudas que tenían, domicilios particulares y laborales. El responsable del manejo del sistema informático tiene la obligación de conservarlos y resguardarlos de cualquier petición que no proceda de los organismos a los que legalmente le deban ser facilitados

Cuarto.—El motivo cuarto y los siguientes hasta agotarlos se canalizan todos ellos por la vía del artículo 849.1 de la LECrim y plantean diversas alternativas sobre la calificación jurídica de los hechos probados y la consideración del recurrente como autor de los mismos.

1. La denuncia se refiere no sólo a la autoría, sino a la inclusión de los hechos en los artículos 417.2 y 423.1, ofreciendo, como alternativa, la aplicación del artículo 423.1 en relación con el artículo 420 del Código Penal, para terminar solicitando que se corrija la pena de multa que se ha aplicado en función del artículo 419 del Código Penal.

2. El motivo cuarto parte de un presupuesto que ha sido rechazado, como es el de la modificación del hecho probado. No obstante y con carácter subsidiario, en los motivos quinto, sexto, séptimo y octavo entra en el fondo de la cuestión a partir del respeto a la realidad de los datos fácticos de la sentencia.

3. Denuncia, en primer lugar, la aplicación indebida del artículo 417.2 del Código Penal y para ello se basa en que la sentencia solamente dice que el copartícipe funcionario se limitaba a facilitar al recurrente datos de personas y empresas sin establecer qué tipo de datos, por lo que no es posible, en su opinión, incluir los hechos en el artículo 417, al no poder afirmarse que los datos facilitados fuesen secretos o que el responsable del archivo público los hubiera conocido por razón de su oficio o cargo. Asimismo, tampoco consta que no debieran ser divulgados.

4. Esta tesis supone un fraccionamiento del hecho probado, ya que existe una clara referencia a la naturaleza de los datos cuya custodia correspondía al funcionario. Se trataba de datos de personas y empresas con altas y bajas a la Seguridad Social, prestaciones que recibían, deudas que tenían, domicilios particulares y laborales, categoría profesional y todos aquellos almacenados en el sistema informático de la Seguridad Social.

Diffícilmente se puede sostener que estos datos no son confidenciales y reservados. Por imperativo legal el responsable del manejo del sistema informático tiene la obligación de conservarlos y resguardarlos de cualquier petición que no proceda de los organismos a los que legalmente le deban ser facilitados. Por ello, la aplicación del artículo 417 no sólo es correcta, sino que incluso podrían haber merecido una calificación más severa.

5. No procede la aplicación del artículo 418, porque presenta una estructura totalmente distinta y además solamente contempla la acción del particular, que se limita, sin más connotaciones, a aprovecharse de los datos secretos o de información privilegiada. Aunque necesita el concurso del funcionario público, la actividad principal corresponde al particular. Es cierto que el particular consigue un efecto similar al del delito de revelación de secretos cometido por funcionario público o autoridad y previsto en el artículo 417, hasta tal punto que ha sido calificado por la doctrina como el reverso del tipo penal del funcionario que actúa en el ámbito del artículo 418. Realmente la conducta solamente sería impune si el particular se limita a recibir u obtener la información para sí mismo sin hacer uso de ella. En todos los demás casos el daño para el bien jurídico protegido es evidente y la norma prioritaria es la del artículo 417 del Código Penal.

6. El motivo séptimo denuncia la incorrecta aplicación de los preceptos anteriores y solicita que se le aplique el artículo 423.1 en relación con el artículo 420 del texto legal.

Las cuestiones suscitadas ponen de relieve la incompleta, anticuada y burocrática regulación de los delitos cometidos por autoridades o funcionarios públicos que se lucran ilícitamente en el ejercicio de su cargo.

No se comprende cómo en la redacción del Código Penal de 1995 y en las modificaciones posteriores no se ha corregido este arcaísmo y se valora adecuadamente el peligro que suponen para el funcionamiento de la causa pública las conductas de corrupción que afectan a los funcionarios, tanto si se trata de un acto espontáneo de éstos como si el funcionario, quebrantando su deber de cumplir fielmente con la sociedad y la administración, decide acceder a las ofertas, casi siempre económicas y en elevada cuantía que realiza el particular, que antaño era normalmente una persona física y que ahora, frecuentemente, es una persona jurídica que actúa por medio de sus representantes.

Las penas resultan absolutamente simbólicas y alejadas de las preocupaciones que rigen en este momento en el seno de la Unión Europea respecto de los fraudes o gestiones indebidas de los fondos y, sobre todo, de la utilización de la corrupción como instrumento para obtener unos privilegios ilegales en el mercado y, al mismo tiempo, de enriquecerse en cantidades importantes. No comprendemos cómo el legislador ha sido sensible a las indicaciones para castigar las actuaciones dirigidas a corromper a funcionarios extranjeros y no ha reaccionado, en la misma medida, cuando se trata de actuaciones que afectan directamente a los intereses nacionales.

7. El recurrente, según el hecho probado, sabía perfectamente las actividades delictivas que estaban desarrollando el funcionario encargado de los datos de la Seguridad Social y de los sobornos que estaba pagando su hermano. Cuando en el mes de septiembre de 1999 conoce personalmente al funcionario, toma una decisión que se integra en la actividad típica. Por su propia voluntad solicita que, también a él, le facilite los datos de personas y empresas. Esta petición fue atendida recibiendo los datos bien directamente o bien a través de su hermano.

El hecho probado, por tanto, reúne los mismos requisitos que se contienen en el artículo 417 y que también fueron aplicados al otro acusado.

8. La pretensión de aplicar el artículo 423 a los particulares que actúan corrompiendo a autoridades o funcionarios públicos en aquellos casos en que se trate de funcionarios ya corrompidos no tiene justificación alguna, ya que, como hemos dicho, la conducta realizada se integra de lleno en el artículo 417 y la pena correspondiente es la que allí se establece. Su extensión se determinará, combinando el artículo 417 con el artículo 419.

9. En relación con el principio *non bis in idem* que también esgrime el recurrente de forma indirecta, debemos decir que no existe aplicación del mismo, pues el delito se consuma desde que el particular, en este caso el recurrente, hace efectivo el soborno para que el acusado ejecute el hecho delictivo, pero, si además, como sucede en el caso presente, es el inductor, se le debe exigir una mayor responsabilidad.

10. En relación con la pena de multa considera que no se ha tenido en cuenta el artículo 419 del Código Penal que contempla una pena de multa del tanto al triplo del valor de la dádiva.

La Sentencia condena al recurrente a una pena de multa de cinco millones de pesetas y a continuación realiza una serie de cálculos tomando como base los datos que facilita el hecho probado. Partiendo del mismo, debemos tener en cuenta que se le atribuye pagar entre 15.000 y 17.000 pesetas por los datos de cada persona, y que éstos fueron facilitados durante diez o doce meses. Realizando el cálculo sobre el número de datos que facilitaba mensualmente (entre diez y doce) hasta febrero de 2000, nos encontramos con que, tomando la versión más favorable al acusado, la cuantía máxima sería de 900.000 pesetas en total.

Por ello, el tanto de la multa arrancarían en 900.000 pesetas y el triple máximo sería de 2.700.000 pesetas. Estimando la gravedad de la conducta que supone utilizar datos de carácter personal estrictamente confidenciales y sólo necesarios para el uso de los servicios públicos y los efectos que ello produce sobre la degradación de la función pública con el subsiguiente efecto de pérdida de confianza de los ciudadanos en facilitar los datos personales que la Ley promete usar exclusivamente para los usos previstos en la misma, procede fijar la pena de multa en su grado máximo, es decir, en 2.700.000 pesetas.

Por todo lo expuesto se desestiman la totalidad de los motivos, salvo este último aspecto parcial al que nos acabamos de referir.

(Sentencia de 7 de diciembre de 2004)

ARTÍCULO 435.3

Delito de malversación impropia: elementos configuradores del tipo. Compatibilidad con el delito de alzamiento de bienes

Tercero.—Analizaremos ahora los dos primeros motivos, formalizados por estricta infracción de ley, del número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y con la perspectiva de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia.

Por el primer motivo se alega que el recurrente no puede ser condenado por un delito de malversación (denominada impropia) del artículo 435.3.º en relación con el artículo 432.1.º del Código Penal, al tratarse lo firmado por aquél de una diligencia impresa, en donde no ha sido advertido expresamente de sus consecuencias punitivas, en caso de quebrantar el depósito constituido en su persona.

Los elementos básicos de la figura delictiva de malversación impropia pueden sintetizarse en los siguientes: *a)* que exista un procedimiento judicial o administrativo; *b)* que en el mismo se haya acordado por autoridad competente el embargo, secuestro o depósito de bienes de una persona física o jurídica; *c)* que se constituya depósito de bienes en legal forma, entregándose su posesión al depositario, que asume por esta vía el ejercicio de funciones públicas; *d)* que el depositario haya aceptado

en forma su cometido tras ser debidamente informado tanto de los deberes que su compromiso conlleva, como de las responsabilidades en que puede incurrir; e) que el depositario realice un acto de disposición de los artículos 432-434 CP.

Pues bien, como ha declarado la doctrina de esta Sala (por todas STS de 18 de noviembre de 1998, que cita, entre otras, las de 30 de abril de 1993, de 14 de febrero de 1994, de 26 de mayo de 1995 y de 3 de octubre de 1996), el delito de malversación impropia, tipificado en el artículo 435 CP, se trata de un tipo delictivo construido sobre dos ficciones: la de que el administrador o depositario de los bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública se convierte por su nombramiento para dicho cargo en funcionario público, y la de que dichos bienes se convierten en caudales públicos aunque pertenezcan a particulares. Precisamente porque ésta es la base del injusto típico, la interpretación que debe hacerse de los actos de la autoridad que perfeccionan la ficción debe ser muy rigurosa. La jurisprudencia ha insistido de forma reiterada en que la formal y expresa aceptación del cargo por la persona designada debe estar precedida de una instrucción suficiente sobre las obligaciones y responsabilidades que contrae, puesto que, en caso contrario, el eventual incumplimiento de los deberes del depositario no podrá integrar por sí solo el tipo en cuestión, la existencia de cuyo elemento subjetivo no puede ser supuesta o presumida. No puede ser equiparado, en efecto, un particular a un funcionario público, precisamente al efecto de exigirle la misma responsabilidad penal que al segundo, sin instruirle del cambio cualitativo que supone en su *status* personal el nombramiento de administrador o depositario que ha recaído sobre él y de la mutación jurídica que han experimentado los bienes secuestrados, embargados o depositados al convertirse ficticiamente en caudales públicos.

En esa misma línea, la Sentencia de esta Sala de 27 de abril de 1999 declara que sobre esta doble ficción se han establecido unos requisitos del tipo penal, destacando, entre ellos, la necesidad de que la aceptación de la condición de depositario sea precedida de una instrucción suficiente sobre las obligaciones y responsabilidades que contrae, puesto que un eventual incumplimiento de los deberes del depositario acarrea una responsabilidad penal, precisamente, a quien ni es funcionario público ni su conducta se realiza sobre caudales públicos, de no operar las ficciones expuestas con anterioridad. Se hace necesario, consecuentemente, una información precisa de las obligaciones que suponen un cambio cualitativo en el depositario y sobre los bienes.

En el caso enjuiciado, la diligencia de embargo, si bien se extendió por medio de un impreso, es lo cierto que en ella el depositario acepta el cargo, jura o promete desempeñarlo con arreglo a la ley, después de ser enterado de las responsabilidades en que incurriría de no verificarlo. Este último apartado, información de responsabilidades, debe ser estudiado en combinación con la doctrina del error de prohibición. El recurrente sostiene que desconocía tales obligaciones, pero constituye doctrina reiterada de esta Sala que para sancionar un acto delictivo el conocimiento de la ilicitud del hecho no tiene que ser preciso, en el sentido de conocer concretamente la gravedad con la que el comportamiento realizado es sancionado por la Ley (Sentencia de 28 de octubre de 2003, dictada a propósito de un caso de malversación impropia). Claramente, la diligencia indica que fue informado (y quedó «enterado») de tales responsabilidades, por lo demás de todos conocidas, y máxime de quien se encuentra ejerciendo el comercio o la industria, pues parece evidente que los bienes embargados a resultas de un procedimiento judicial para el pago de una deuda no pueden enajenarse sin hacer constar la traba, por estar afectos a dicho destino. Repetimos, esto es algo que conoce cualquiera, y máxime cuando, como declara nuestra jurisprudencia, debe constar en la diligencia una información acerca de las consecuencias negativas de su incumplimiento, pero sin que sea necesario que en la misma se tenga que hacer

reseña de los concretos preceptos del Código Penal en donde se sanciona tal conducta, que habrá sido objeto de lectura por parte del destinatario de la misma y depositario de los bienes, y en el caso, firmó el «enterado».

No se ha planteado por el recurrente la naturaleza inmobiliaria de los bienes, en cuanto que el delito de malversación se ha venido considerando como una apropiación indebida agravada por la naturaleza de los bienes y la condición pública del culpable, pero aparte de no especificar el tipo aplicable (art. 432 del Código Penal) la naturaleza de los caudales o efectos, es lo cierto que el artículo 252 del mismo Código, al introducir la mención «activo patrimonial», ensancha considerablemente las posibilidades interpretativas de los bienes apropiados.

Distinto problema es el de la compatibilidad de este delito con el de alzamiento de bienes, que en el supuesto enjuiciado es subsiguiente (dos días después, con venta en escritura pública), suscitado en el segundo motivo, de modo tangencial, máxime cuando el ahora recurrente no ha intervenido en el documento público, sino que lo hizo el administrador legal de la sociedad (Juan Francisco) y el cooperador necesario (Cornelio).

La compatibilidad entre el delito de malversación impropia y el de alzamiento de bienes ha sido descartada por la jurisprudencia de esta Sala Casacional. En efecto, entre el delito de malversación y el de alzamiento de bienes existe sólo un concurso de normas o concurso aparente regido por el principio de consunción. De tal manera que el contenido de la ilicitud del delito de alzamiento de bienes está ya contemplado en el del artículo 399 del Código Penal de 1973 (hoy, 435). Precisamente este delito ha sido establecido en el Código Penal con la misma finalidad que el de alzamiento de bienes, toda vez que no sólo protege a la administración de justicia, sino también a los acreedores en favor de cuyo crédito se ha trabado el embargo. La desaparición de los bienes embargados, en consecuencia, no puede ser sancionada conjuntamente con el delito de alzamiento de bienes sin infringir el principio *non bis in idem* (Sentencia de 24 de junio de 1997). En esta línea, procede señalar que el artículo 432.1 del Código Penal, que es el tipo referencial de la malversación impropia, a los efectos enjuiciados, contiene en su nomenclatura legal no solamente la expresión «sustra- jere», sino también la mención «o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sus- traiga», que es precisamente la conducta delictiva que ha sucedido, con la venta operada por los aludidos acusados, terceros al ahora recurrente, consistente en hacer desaparecer, con su consentimiento, el bien del activo patrimonial del deudor, a los efectos de perjudicar a los acreedores.

De ahí que este segundo reproche casacional tiene que ser estimado, y absolver a José Francisco del delito de alzamiento de bienes por el que también ha sido conde- nado, manteniendo, sin embargo, la condena por delito de malversación impropia.

(Sentencia de 4 de enero de 2005)

ARTÍCULO 617.1

Falta de lesiones: inexistencia. Contusiones en cuello y mentón y mor- dedura en la mejilla, consecuencia de una práctica sexual quizá demasiado «fogosa»

Primero.—El acusado fue absuelto de un delito de agresión sexual y de una falta de lesiones de las que era acusado por el Ministerio Fiscal y la acusación particular. En el hecho probado se describe una relación sexual consentida, y unas lesiones con

las que resultó la mujer «como parte de la práctica amoratoria» en el curso de dicha relación, consistentes en contusión en cuero cabelludo en zona temporal derecha; herida en región de la mejilla derecha con características de mordedura y contusión en región mentoniana. El Tribunal ha entendido que no consta que la mujer se opusiera a la relación sexual ni que el acusado tuviera intención de lesionarla.

Contra la sentencia interpone recurso la acusación particular, formalizando dos motivos, ambos impugnados por el Ministerio Fiscal.

En el primero de ellos denuncia, como infracción de Ley del artículo 849.1.º de la LECrim, la indebida inaplicación del artículo 617.1 del Código Penal, pues entiende que en el relato fáctico se describen las lesiones y que aunque no existiera dolo directo ha de apreciarse al menos el dolo eventual.

Tanto para el delito como para la falta de lesiones es preciso un elemento objetivo consistente en el resultado lesivo, que ha de reunir en cada caso los requisitos que se desprenden de la descripción del tipo en los artículos del Código Penal que regulan el delito y la falta, y que no es preciso reproducir aquí dados los términos del motivo.

Y además es preciso un elemento subjetivo constituido por el dolo. La Audiencia Provincial dice en la sentencia impugnada que debe absolverse por las lesiones, ya que no consta probado que «hubieren sido causadas a propósito por el acusado».

La Sala no comparte en su integridad este criterio, pues nuestra jurisprudencia ha establecido que en estas infracciones penales es suficiente el dolo eventual. El dolo directo existe cuando el autor encamina su acción directamente a la consecución del resultado típico. Se habla entonces de intención, y a ello parece referirse la Audiencia en la sentencia impugnada al decir «causadas a propósito».

Hemos entendido que existe dolo eventual cuando el autor conoce que con su acción crea un peligro no permitido y cercano para el bien jurídico protegido, y a pesar de ello ejecuta su conducta, bien porque el resultado le sea indiferente o bien porque, considerándolo probable, lo acepta, aun cuando no lo pretendiera directamente. La intención no va entonces referida al resultado, sino a la conducta, y a aquélla se une la aceptación del resultado probable o la indiferencia sobre su producción, de modo que éste se imputa a título de dolo eventual. Sus consecuencias penológicas no lo distinguen del dolo directo en nuestro Derecho penal actual, aunque en algún momento anterior la atenuante de preterintencionalidad permitió ajustar la respuesta penal a estos casos. En la actualidad es preciso tener en cuenta las reglas del Código Penal relativas a la individualización de la pena.

En el delito o falta de lesiones, por lo tanto, será preciso que las circunstancias del hecho permitan afirmar, desde un punto de vista externo en el que han de tenerse en cuenta elementos objetivos y también el plan del autor, que éste quería directamente causar una lesión o, al menos, que tuvo que ser consciente del peligro cercano y no permitido que originaba para la integridad física o psíquica de la víctima y que a pesar de ello ejecutó su conducta.

En la sentencia impugnada no se describen de forma pormenorizada las acciones que causaron las lesiones a la recurrente. La descripción resulta muy escueta, pero permite excluir que el empleo de cualquier clase de violencia fuera orientado a la finalidad de conseguir doblegar la negativa y la resistencia de la víctima, pues en este caso el Tribunal no consideró que tal negativa y tal resistencia hubieran quedado probadas. La ausencia de una descripción detallada de la acción impide ahora obtener, basándonos en la forma de ejecución, otras conclusiones contrarias a las alcanzadas por el Tribunal.

Solamente se dice que se atribuyen a la «práctica amoratoria». Y sus características no son incompatibles con un episodio sexual acompañado de una cierta violencia que,

en principio y dados los términos del hecho probado, no está orientada a causar lesión.

Si se considera, como se dice en la sentencia, que las lesiones tienen su origen en acciones realizadas como una parte de la práctica sexual o como actos acompañantes de la misma, no es posible afirmar, sin la concurrencia de otros elementos que lo avalen, que tales acciones estuvieran directamente dirigidas a causar un menoscabo en la integridad física de la mujer, aun con su consentimiento, o que el acusado contemplara tal posibilidad, pues esta conclusión no puede extraerse de unos hechos cuyas particularidades no se describen en el hecho probado.

Por lo tanto, no podemos afirmar la existencia de dolo eventual, ya que de las circunstancias del hecho no se extrae razonablemente que el autor tuvo que considerar que su acción generaba un peligro prohibido cercano para la integridad física de la mujer y que a pesar de ello continuó la ejecución. Los detalles de tales circunstancias son desconocidas en el caso actual.

Restaría considerar si es posible apreciar la ejecución de una conducta imprudente. Pero para ello sería necesario apreciar una falta de atención a las exigencias impuestas por el deber de cuidado, y eso tampoco lo permite la escueta descripción de la conducta del autor.

Por lo tanto, el motivo se desestima.

(Sentencia de 2 de diciembre de 2004)

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

MARÍA DEL CARMEN FIGUEROA NAVARRO
Universidad de Alcalá

Instrucciones

INSTRUCCIÓN 1/2005, DE 27 DE ENERO SOBRE LA FORMA DE LOS ACTOS DEL MINISTERIO FISCAL

I

El Ministerio Fiscal es una Institución clave para el funcionamiento de la Administración de Justicia y, con ella, del propio Estado de Derecho. Ya la Exposición de Motivos de la Ley 14/2003, de 26 de mayo, *de modificación de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal*, ponía el acento en la necesidad de impulsar la modernidad de la Institución, desde la premisa de que del grado de eficacia con el que ejerza las funciones que le son asignadas dependerá, en buena medida, la efectiva vigencia de los valores constitucionales comprometidos en todo proceso jurisdiccional.

Este ambicioso objetivo de renovación de la Institución, que necesariamente ha de afectar a la estructura y funcionamiento del Ministerio Fiscal, no debe preterir determinados aspectos que –aun pudiendo considerarse desde una aproximación simplificadora como menores– requieren ser abordados ineludiblemente y sin más dilaciones.

En este contexto han de impartirse instrucciones en relación con la forma de los actos del Ministerio Fiscal, materia en la que es evidente que se precisa de una profunda modificación de algunos de los usos y modos de actuación que, de modo sorprendente, han llegado hasta nuestros días.

Bien es verdad que la perpetuación en ciertos hábitos vetustos viene determinada por la endémica penuria de medios sufrida por el Ministerio Público. Es de justicia reconocer que esta cuasi estructural situación de indigencia ha obligado al Fiscal a tener que cumplir sus altas funciones supliendo las carencias con un encomiable tesón, diligencia y empeño, sin más auxilio personal que el brindado por su sentido del deber y sus conocimientos jurídicos y sin más apoyo material que el aportado por el recado de escribir.

La mejora en los medios a disposición del Fiscal y los avances tecnológicos hacen ya viable la superación de esta situación.

El Fiscal ha de asimilar el uso de los nuevos sistemas de comunicación e información (*Internet*, correo electrónico), las bases de datos, las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, y el documento electrónico. Necesariamente ha de asumirse la nueva realidad tecnológica y las ventajas que la misma puede generar y está ya de hecho generando en la Administración de Justicia, especialmente en cuanto a la elaboración de escritos y a su archivo, a los actos de comunicación o a la documentación de los mismos.

Tanto el Libro Blanco de la Justicia como el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia consideran prioritaria la generalización del uso de las nuevas tecnologías con el propósito final de conseguir el denominado principio de continuidad electrónica en la tramitación procesal, conforme al que ha de aspirarse a lograr que la presentación electrónica de documentos, y el tratamiento de los mismos de igual forma por los órganos jurisdiccionales sea una realidad.

En esta coyuntura, es necesario exigir un esfuerzo para superar viejos esquemas incompatibles ya con el actual estado de la técnica aplicada al proceso.

II

El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de actos en los que expresa su valoración jurídica sobre cuestiones respecto de las que nuestro ordenamiento le atribuye legitimación. Los actos del Fiscal dentro del proceso han de ajustarse a la forma prevista en las leyes. Los demás actos de los Fiscales no legalmente predeterminados adoptan generalmente la forma de Decreto, informe o dictamen, diligencia de constancia, diligencia de ordenación o nota de servicio.

Los actos del Ministerio Fiscal pueden formalizarse verbalmente cuando lo autoriza el ordenamiento jurídico, o por escrito.

La forma de los actos del Ministerio Fiscal no está regulada con vocación de generalidad en el Estatuto Orgánico, el cual se limita a establecer en el apartado último de su artículo 3 que *con carácter general, la intervención del fiscal en los procesos podrá producirse mediante escrito o comparecencia. También podrá producirse a través de medios tecnológicos, siempre que aseguren el adecuado ejercicio de sus funciones y ofrezcan las garantías precisas para la validez del acto de que se trate.*

Aunque usualmente suele considerarse a esta materia como meramente adjetiva, no puede desconocerse la importancia de la observancia de unas mínimas normas tendientes a respetar unos estándares básicos de calidad. Ya Baldo resaltaba esta idea al proclamar que *forma est quae dat esse rei*.

Los actos del Ministerio Fiscal, ya se formalicen por escrito, ya por medio de informe oral, deberán cumplir, como regla general, desde el punto de vista sustantivo, con la necesaria exigencia de motivación, proporcionada a la entidad del acto, y desde el punto de vista formal, con unos mínimos básicos de pulcritud, claridad e inteligibilidad.

III

La exigencia de motivación en los informes del Ministerio Fiscal es una consecuencia indeclinable del principio de interdicción de la arbitrariedad que vincula a todos los poderes públicos (art. 9.3 CE) Esta exigencia deriva directamente de imperativos constitucionales, vinculados al Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE)

La adecuada motivación de los informes del Ministerio Fiscal redonda sin duda en el incremento del prestigio y de la credibilidad de la Institución, actuando preventivamente para que nunca la discrecionalidad que se le reconoce en el ejercicio de sus funciones pueda trastocarse en arbitrariedad.

La mayor o menor extensión, exhaustividad o detalle dependerá lógicamente de la entidad de la materia sobre la que verse el dictamen. En todo caso habrá de ser acorde con los parámetros de la suficiencia y la razonabilidad, huyendo del uso de fórmulas estereotipadas. Esta necesidad de cumplir con la exigencia de la motivación viene por lo demás siendo puesta de manifiesto en los últimos pronunciamientos de la Fiscalía General del Estado (v. gr. Instrucciones 3/1993, 2/2000 y 1/2003 o Circulares 1/2000, 1/2004 y 2/2004)

Si el Ministerio Público ha de constituirse en celoso vigilante del cumplimiento por los órganos jurisdiccionales del deber de motivar sus resoluciones, deberán los Sres. Fiscales empezar predicando con el ejemplo y utilizar al evacuar sus informes una fundamentación acorde con las exigencias constitucionales.

Si los informes no se motivan quedan formalmente reducidos a un mero ejercicio voluntarista de la función, que impide conocer si se respeta o no el canon genérico de razonabilidad e interdicción de la arbitrariedad. El deber de motivar cumple una función doble: por un lado como obligación, estando directamente relacionada con el carácter vinculante que para los Fiscales tiene la Ley y por otro lado como derecho de quienes intervienen en el proceso.

El uso de modelos impresos para confeccionar los informes aunque es desaconsejable por ser potencialmente contrario al derecho a la tutela judicial efectiva, no implica necesariamente una falta o insuficiencia de la motivación, habiéndose pronunciado en tal sentido el TC respecto de las resoluciones judiciales (SSTC 184/1988 125/1989 74/1990 y ATC 73/1996), pues *«peticiones idénticas pueden recibir respuestas idénticas sin que la reiteración en la fundamentación suponga ausencia de ésta»* (ATC 73/1996) En consecuencia, tal utilización es admisible siempre que el informe en que se haya utilizado el modelo impreso o formulario constituya una respuesta –incluida su motivación– que satisfaga las exigencias constitucionales (SSTC 8/2002, 128/1996, 74/1990)

La necesidad de motivar debe cuidarse en las contestaciones del Fiscal a los recursos de apelación interpuestos contra sentencias dictadas en la jurisdicción penal. La conveniencia de dar en la contestación respuesta individualizada a todos los motivos que se articulen de forma razonada en el recuso hace inviable utilizar en estos supuestos modelos impresos estandarizados, práctica ésta que, detectada en algunas Fiscalías, ha de ser definitivamente proscrita.

Los Señores Fiscales, con carácter general, habrán de evitar en sus informes la utilización de motivaciones tautológicas, apodícticas o aparentes, o la simple repetición de fórmulas reiterativas de los textos normativos.

IV

En los informes escritos habrá de estar identificado nominalmente el Fiscal interviniente. Esta exigencia no es, en absoluto, una novedad. Ya la Instrucción 1/1987, de 30 de enero, *sobre normas de funcionamiento interno del Ministerio Fiscal* se pronunció al respecto, requiriendo que bajo la firma se haga constar el nombre y apellido del Fiscal correspondiente.

Las razones de esta exigencia son profundas: debe quedar perfectamente identificado quién es el firmante del dictamen o escrito, pues como la propia Instrucción 1/1987 explicaba *la representación de la Institución no excluye la responsabilidad individual del que actúa*.

Esta obligación de identificación, parcialmente en desuso, ha de considerarse plenamente vigente, debiendo ser escrupulosamente observada por todos los Fiscales y su cumplimiento exigido por los visadores, Fiscales Jefes, y eventualmente, Inspección Fiscal.

Podrá, no obstante, omitirse excepcionalmente la identificación del Fiscal autor del informe por razones de seguridad debidamente motivadas, con autorización del Fiscal Jefe, autorización de la que habrá de quedar constancia por escrito.

V

Para la redacción de los actos escritos del Ministerio Fiscal no podrá utilizarse la forma manuscrita. Debe definitivamente desterrarse esta arcaica práctica, ajena a otras instituciones u organismos públicos.

La razón de ser de esta exigencia es por sí misma evidente. Los destinatarios de los escritos del Ministerio Público –órgano jurisdiccional, letrados, justiciables, incluso otros Fiscales distintos de aquel que emitió el informe– tienen el derecho básico de poder conocer el contenido del mismo. El manuscrito no garantiza el respeto a tal premisa lógica.

Debe evitarse de raíz el riesgo cierto de que la ininteligibilidad derivada del manuscrito desemboque en el puro y simple desconocimiento de su contenido por el resto de los intervinientes en el proceso, o genere una defectuosa interpretación de lo realmente postulado por el Ministerio Público.

Únicamente cabrá excepcionar esta exigencia formal –*exceptio firmat regulam*– cuando el acto escrito tenga por objeto la utilización de la fórmula «visto» durante los servicios de guardia si por razones cuantitativas la emisión de dictamen mecanografiado puede resultar disfuncional.

Los actos escritos emitidos por los Sres. Fiscales habrán de ser ordinariamente redactados mediante el empleo de los medios ofimáticos puestos a disposición de las Fiscalías.

Incumbe en última instancia a los Sres. Fiscales Jefes asegurar la efectiva supresión de la utilización de las fórmulas manuscritas.

VI

Mención especial merecen los extractos.

Las notas explicativas o extractos pueden definirse como resúmenes o explicaciones de uso interno que los fiscales elaboran en relación con las causas en las que intervienen, a efectos de facilitar el conocimiento y comprensión del contenido del procedimiento por los demás fiscales que hubieren de intervenir en la misma.

El artículo 116 del Decreto 437/1969, de 27 de febrero, *por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal* menciona como contenido de esta nota explicativa el *extracto de las declaraciones de los procesados y de las de*

los testigos, de los informes de los peritos que hayan de comparecer en el juicio y de las actuaciones escritas que propongan como prueba documental, extracto que será suficientemente expresivo para que el funcionario que haya de asistir al juicio tenga conocimiento del contenido de dichos informes, declaraciones y actuaciones.

La importancia de respetar la suficiencia del extracto no necesita ser puesta de manifiesto: el Fiscal que asiste a juicio debe tener un conocimiento completo de la causa.

Ha de reconocerse –en ejercicio de una siempre saludable autocrítica– que en ocasiones se detectan extractos en las causas penales que adolecen en su contenido de deficiencias tales que determinan que el Fiscal que acude a juicio oral se encuentre en una situación de inferioridad solo subsanable por la consulta *in integrum* de los autos.

Si en ocasiones el estudio directo de los autos es conveniente e incluso necesario, en las causas de menor entidad cuantitativa o cualitativa debiera ser suficiente el extracto para tener un conocimiento completo del asunto penal.

La Instrucción 1/1987, de 30 de enero, *sobre normas de funcionamiento interno del Ministerio Fiscal* considera la elaboración de un extracto lo suficientemente expresivo como *una de las tareas fundamentales que deben desarrollar los Fiscales*, conminándoles a poner especial cuidado en su confección. La Instrucción demanda de los Fiscales –y tal exigencia es ahora reiterada– que los extractos se redacten con claridad, debiendo ordenarse las fotocopias que se estime oportuno incorporar de forma que permitan su fácil comprensión, dedicándose un apartado especial en el extracto para justificar en cada caso que de lo actuado parece desvirtuada la presunción de inocencia reconocida en el artículo 24 CE.

Es igualmente conveniente que los extractos se elaboren por medio de texto mecanografiado. En todo caso, cuando no sea posible cumplir con esta recomendación, corresponderá al Fiscal encargado del visado comprobar que el extracto manuscrito es claramente legible.

El visado, además de su función básica como mecanismo para salvaguardar la unidad de actuación del Ministerio Público, ha de servir de control de calidad para garantizar al Fiscal que acude a juicio un extracto suficiente, claro y coherente con el escrito de calificación. Por tanto, el Fiscal encargado del visado de las calificaciones habrá de comprobar que los extractos cumplen tales requisitos.

Por último, el extracto deberá expresar siempre la fecha y la firma de quien lo realiza.

VII

Cuando por algún motivo excepcional se utilice la forma manuscrita, el dictamen habrá de ser redactado en folio independiente, debiendo evitarse utilizar el reverso del último folio de la causa en la que se dictamina. La utilización de folio independiente evita la en otro caso estadísticamente inevitable aparición de palabras tachadas, enmendadas o entre renglones.

Podrá, no obstante, utilizarse el reverso del último folio de la causa cuando el dictamen sea el del mero «visto» (art. 779.3 LECrim) en los supuestos exceptuados del mecanografiado, o cuando se trate de simple firma de notificaciones.

En consecuencia, los Sres. Fiscales acomodarán en lo sucesivo sus escritos a las prescripciones contenidas en la presente Instrucción.

INSTRUCCIÓN 2/2005, DE 2 DE MARZO, SOBRE LA ACREDITACIÓN POR EL MINISTERIO FISCAL DE LAS SITUACIONES DE VIOLENCIA DE GÉNERO

I. INTRODUCCIÓN

Las dificultades interpretativas que puede suscitar la aplicación de la novedosa Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, requieren la publicación de una Circular –actualmente en elaboración– que unifique los criterios de actuación del Ministerio Fiscal en aquellos ámbitos de índole sustantiva, orgánica o procesal sobre los que incide la nueva legislación.

No obstante, el hecho de que junto a tales reformas, previstas en los Títulos IV –*Tutela Penal*– y V –*Tutela Judicial*– de la Ley y que entrarán en vigor el 29 de junio de 2005, coexistan preceptos que han cobrado vigencia a partir del 28 de enero de 2005, hace necesario anticipar el pronunciamiento sobre una de las obligaciones que, desde esta misma fecha, debe atender el Ministerio Fiscal: la emisión de informes sobre la acreditación de las situaciones de violencia de género.

La protección integral de las víctimas de violencia de género, objeto y fin de la Ley 1/2004, se articula tanto sobre un conjunto de medidas de naturaleza penal y judicial como sobre otras, no menos importantes, de amparo institucional, configurando todo un sistema normativo de asistencia a la víctima de carácter jurídico, económico, social, laboral y administrativo, asentado en principios de solidaridad social.

Así, los capítulos II y III (arts. 21 a 26) del Título II de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género recogen medidas de protección en el ámbito laboral y de Seguridad Social respecto de las mujeres trabajadoras por cuenta propia o ajena y de las funcionarias públicas víctimas de violencia de género, tales como el derecho a la reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica, al cambio de centro de trabajo, a la suspensión de la relación laboral con reserva del puesto de trabajo o a la extinción del contrato de trabajo con derecho a la situación legal de desempleo, y el Capítulo IV (art. 27), determinadas ayudas públicas de carácter pecuniario para las mujeres víctimas de violencia de género sin ingresos o con ingresos mínimos.

Estas concretas medidas tienen por objeto posibilitar que las víctimas afronten el proceso contra sus agresores sin riesgos innecesarios, garantizarles un mínimo de cobertura económica que evite situaciones materiales de desamparo económico y, en definitiva, coadyuvar a su recuperación psicológica al margen de presiones.

Es en este contexto, en el que el legislador ha condicionado el reconocimiento de tales derechos, en determinados casos, a la existencia de un informe que debe emitir el Ministerio Fiscal.

II. SUPUESTOS Y REQUISITOS DE LOS INFORMES FISCALES DE LOS ARTÍCULOS 23,26 Y 27 DE LA LO 1/2004

Bajo el epígrafe «Acreditación de las situaciones de violencia de género ejercida sobre las trabajadoras» el artículo 23 de la LO 1/2004 dispone «*Las situaciones de violencia que dan lugar al reconocimiento de los derechos regulados en este capítulo*

se acreditarán con la orden de protección a favor de la víctima. Excepcionalmente, será título de acreditación de esta situación, el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género hasta tanto se dicte la orden de protección».

La misma previsión se introduce en los artículos 26, referido a la acreditación de las situaciones de violencia de género ejercida sobre las funcionarias, y en el segundo párrafo del apartado tercero del artículo 27, relativo a las víctimas de violencia de género que precisen ayudas sociales de contenido económico. Ambos preceptos se remiten a lo dispuesto en el artículo 23 de la LO 1/2004.

A la hora de determinar los presupuestos que deben concurrir para que los citados informes del Ministerio Fiscal actúen como título habilitante, resulta obligado, dados los términos del artículo 23, conjugar los requisitos de la orden de protección regulados en el artículo 544 ter de la LECrim, con el concepto de violencia de género que constituye el objeto de la LO 1/2004 y que queda establecido en su artículo primero.

Procede, por ello, abordar las siguientes cuestiones:

II.a) Supuestos en que corresponde al Fiscal informar la condición de víctima de violencia de género

Como regla general, las víctimas de violencia de género que se encuentren en situación de riesgo obtendrán una orden de protección dentro del plazo de las 72 horas previsto legalmente, constituyendo el testimonio de la resolución, que conforme al apartado octavo del artículo 544 ter LECrim les debe ser entregado, el título acreditativo de su condición de víctima de violencia de género.

La orden de protección a favor de la perjudicada, se erige de este modo en requisito necesario y título hábil para que la víctima de violencia de género pueda obtener los derechos recogidos en la Ley, posibilitando que las distintas Administraciones públicas, estatal, autonómica y local, activen de forma inmediata los instrumentos de protección social establecidos en sus respectivos sistemas jurídicos.

Ahora bien, la imposibilidad de conceder la orden de protección hasta tanto no se celebre la comparencia prevista en el apartado 4.º del artículo 544 ter LECrim puede determinar que, atendidas las circunstancias del hecho, del agresor y de la víctima, resulte necesaria la adopción urgente de medidas de protección desde el inicio del proceso penal aunque todavía no se haya celebrado dicha audiencia; así ocurrirá en aquellos supuestos en los que la comparencia no pueda celebrarse en el plazo señalado por algún motivo, tal como la imposibilidad de asistencia justificada de alguna de las partes o por encontrarse el denunciando en ignorado paradero. En estos casos, como ya apuntó la Circular 3/2003 de la Fiscalía General del Estado, *sobre algunas cuestiones procesales relacionadas con la orden de protección*, podrán adoptarse las medidas cautelares de carácter penal previstas en el artículo 544 bis de la LECrim, que no requieren la celebración de comparencia, o medidas de carácter civil para la protección de los hijos menores al amparo del artículo 158.4 del Código Civil y de lo dispuesto en el apartado séptimo del artículo 544 ter de la LECrim.

Pues bien será en esos limitados supuestos, *«excepcionalmente... y hasta tanto se dicte la orden de protección»*, según reza el artículo 23 de la LO 1/2004, cuando corresponderá al Fiscal acreditar con su informe la condición de víctima de violencia de género.

Este informe fiscal posibilitará activar las medidas de protección previstas en el ámbito laboral, de seguridad social, funcional o social cuando todavía no se ha

dictado el auto judicial concediendo la orden de protección, permitiendo que, también en estas circunstancias, la mujer pueda romper una dependencia económica, social o psicológica del agresor que merma su capacidad de respuesta.

II.b) Presupuestos que deben concurrir para que el Ministerio Fiscal entienda acreditada la condición de víctima de violencia de género.

Dada la trascendencia de los derechos que, a partir del informe del Ministerio Fiscal, pueden serle reconocidos a la víctima, no sólo de carácter económico, sino en el ámbito laboral y funcionarial y la posible afectación de las expectativas de terceras personas, resulta necesario concretar aquellos requisitos del informe que permitan una actuación unificada de los miembros del Ministerio Fiscal.

El estudio conjunto de las normas reguladoras de la orden de protección y del concepto de violencia de género de la LO 1/2004, permite concluir en tal sentido, que siempre que corresponda al Fiscal efectuar los informes previstos en los artículos 23, 26 y 27 de esta Ley conforme a lo establecido en el apartado anterior, deberán atenderse los siguientes extremos:

1) *Ha de haber sido solicitada una orden de protección y que se constate la existencia de indicios de la comisión de determinados hechos delictivos.*

Además de haber sido instado el procedimiento para la adopción de la orden de protección por alguna de las personas legitimadas conforme al apartado segundo del artículo 544 ter de la LECrim (o, cuando entre en vigor, en el artículo 61.2 de la LO 1/2004), deben concurrir indicios fundados de la comisión de alguna de las infracciones penales que posibilitan el dictado dicha resolución judicial, esto es, un delito o falta contra la vida, la integridad física o moral, la libertad sexual o la libertad o seguridad, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1.º del artículo 544 ter LECrim.

La instrucción penal, por ello, tendrá que haber determinado suficientemente la existencia de indicios –sin que sean suficientes meras conjeturas o sospechas– acerca de que la mujer que pretende el reconocimiento de los derechos o ayudas previstos legalmente es víctima de violencia de género. Si por el contrario, lo incipiente de la investigación no permite alcanzar tal conclusión, no será posible efectuar un pronunciamiento afirmativo, sin perjuicio de lo que pueda resultar procedente en un momento posterior si las diligencias de instrucción que se practiquen, y que el Fiscal debe en cualquier caso instar para la averiguación de los hechos a la mayor brevedad, aportan a la causa indicios de la comisión de alguno de los delitos anteriormente mencionados.

La solicitud de la demandante, por tanto, deberá estar necesariamente ligada a la sustanciación de una orden de protección y simultáneamente a la existencia de un proceso penal.

Ahora bien, si pese a no existir procedimiento iniciado, la demandante solicitase ayudas públicas o laborales, y existieran razones para estimarla acreedora de las mismas, los Sres. y Sras. Fiscales adoptarán aquellas medidas que, en cada caso, resulten más idóneas para el esclarecimiento de los hechos, instando la incoación del procedimiento penal que corresponda y de la oportuna orden de protección –al amparo de la legitimación que al Ministerio Fiscal concede el artículo 544 ter.2 de la LECrim– si ya constasen indicios de la comisión del hecho delictivo y resultara preciso para garantizar la seguridad de la mujer o de terceros de ella dependientes, aun cuando aquélla opte por mantener una conducta abstencionista con relación al proceso.

2) *La demandante ha de ser víctima de actos de violencia de género.*

El concepto de víctimas que pueden ser receptoras de las ayudas previstas en la LO 1/2004 es más restrictivo que el previsto en el artículo 173.2 del CP –al que se remite el apartado primero del artículo 544 ter de la LECrim cuando regula los posibles beneficiarios de la orden de protección– ya que el requisito de que «*la demandante sea víctima de violencia de género*» reduce el círculo de sujetos pasivos protegidos a los términos previstos en el artículo 1 de la LO 1/2004.

Esta circunstancia obliga a colegir que los hechos delictivos que dan derecho a las mismas deben tener, en todo caso, a una mujer como sujeto pasivo, a un hombre como sujeto activo y que entre ambos ha de existir, o haber existido, una relación matrimonial o relación similar de afectividad, aun sin convivencia.

3) *Ha de constar una situación de riesgo objetivo para la víctima.*

Por último, será preciso objetivar una verdadera situación de riesgo para la víctima en atención a lo dispuesto en el apartado primero del artículo 544 ter LECrim, juicio que se obtendrá tras efectuar el oportuno pronóstico de la peligrosidad del denunciado, vista la situación personal de la víctima, las circunstancias del hecho y del imputado, así como cuantos datos consten en las actuaciones que puedan alertar sobre la posibilidad de reiteración en la conducta agresiva.

Por tanto, cuando no concorra alguno de los presupuestos anteriormente mencionados, los Sres. y Sras. Fiscales informarán negativamente la condición de víctima de violencia de género de la solicitante: bien porque no exista constancia de los hechos típicos mencionados, bien porque no concurren las circunstancias exigidas respecto de los sujetos pasivo y activo, bien porque no se objetive una verdadera situación de riesgo que haga necesaria la adopción de medidas de protección.

A fin de obtener la información necesaria para una más fundada valoración de los extremos anteriormente indicados, los Sres. y Sras. Fiscales deberán consultar, en cualquier caso, además del Registro de Fiscalía a que se refiere el apartado V de esta Instrucción, el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica lo que les permitirá conocer, antes de evacuar los preceptivos informes, si existen otros procedimientos que afecten a las mismas partes implicadas, si ya ha sido concedida alguna orden de protección a favor de esa víctima, así como la restante información disponible en el Registro.

III. DEBER DE INFORMACIÓN A LAS VÍCTIMAS

Las disposiciones contenidas en los artículos 3.10 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y 773.1 de la LECrim que, con carácter general, encomiendan al Fiscal «velar por la protección de las víctimas» y «promover los mecanismos previstos para que reciban la ayuda y asistencia efectivas», hacen de la tutela de las víctimas una de las finalidades esenciales de nuestra Institución, que alcanza su máxima vigencia en los delitos de violencia doméstica como recordaba la Instrucción 4/2004, de 14 de junio, *acerca de la protección de las víctimas y el reforzamiento de las medidas cautelares en relación con los delitos de violencia doméstica.*

La función tuitiva del Ministerio Fiscal trasciende –singularmente en estos delitos– del mero ejercicio de la acción penal y de la solicitud de indemnizaciones en el proceso, imponiendo una exigencia de información y asistencia inmediatas a las víc-

timas que garantice el efectivo ejercicio de los derechos y ayudas legalmente reconocidos.

La misma preocupación refleja el artículo 776 de la LECrim en el ámbito de las diligencias previas –al que se remite el artículo 797 en el seno de las diligencias urgentes–, cuando al regular la información de derechos al ofendido y al perjudicado por el delito, enfatiza en la *necesaria instrucción de las medidas de asistencia a las víctimas que prevé la legislación vigente*.

Como se dijo, en el ámbito de la Ley 1/2004 tales medidas de asistencia vienen reguladas en el Título II, resultando compatibles –según el apartado 5.º del su art. 27– las ayudas públicas previstas en el mismo con cualquiera de las reguladas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual.

Por otra parte, en el marco del Plan de Medidas Urgentes para la Prevención de la Violencia de Género aprobado por el Consejo de Ministros en su sesión de 7 de mayo de 2004, se está llevando a efecto la implantación de un servicio de teleasistencia a las víctimas de la violencia de género que cuenten con orden de protección. Este servicio, basado en la utilización de tecnologías de comunicación telefónica móvil y de telelocalización, posibilita que las mujeres en riesgo de sufrir violencia de género entren en contacto, durante las 24 horas del día con un Centro de Atención específicamente preparado para dar una respuesta de seguridad y atención social.

A fin de facilitar un rápido y eficaz conocimiento por parte de las víctimas de violencia de género de la existencia de dicho servicio de teleasistencia se está procediendo a la firma de Protocolos de colaboración entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y las Instituciones implicadas en el tratamiento de este fenómeno delictivo, entre ellas, la Fiscalía General del Estado.

En dicho Protocolo la Fiscalía General del Estado asume el compromiso de hacer llegar el material informativo que proporcione el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales a los Fiscales a fin de que por éstos, se informe de dicho servicio de teleasistencia a las víctimas de violencia de género a cuyo favor se haya dictado una orden de protección.

Por todo lo expuesto, los Sres. y Sras. Fiscales cuidarán de que las víctimas de violencia de género sean informadas de sus derechos, de forma clara y accesible, en la primera comparecencia en el Juzgado, comprendiendo dicha información, además del ofrecimiento de acciones de los artículos 109 y 110 LECrim, la obligación de comunicarle los actos procesales que puedan afectar a su seguridad (arts. 109 y 544 ter 9 LECrim), las medidas previstas en la Ley 35/1995, si fuera aplicable y las medidas contempladas en la LO 1/2004 relativas a su protección y seguridad, así como la existencia del programa de teleasistencia anteriormente mencionado.

En ocasiones, podrá resultar preciso, en atención a las circunstancias del caso concreto, efectuar tal información en las propias Fiscalías. A tal fin las oficinas fiscales, además de tener disponible el material divulgativo que se les haga llegar en virtud del Protocolo de colaboración al que se ha hecho referencia, deberán proveerse de la documentación necesaria acerca de aquellos organismos, servicios u oficinas existentes en su ámbito territorial, a los que puedan dirigirse las víctimas para acceder a los recursos institucionales que existan, tanto en el ámbito estatal, autonómico o local. Para ello puede resultar muy conveniente que las Fiscalías se coordinen e intercambien información con las Oficinas de Asistencia a las Víctimas o, en su defecto, con los correspondientes servicios sociales.

El régimen de compatibilidad de las ayudas, por último, obliga a observar, en cuanto sea aplicable, los pronunciamientos de la Circular 2/1998, de 23 de diciembre, *sobre las ayudas públicas a las víctimas de delitos dolosos y violentos*

y *contra la libertad sexual*, en aquellas causas que se sigan por violencia de género cuando se haya producido muerte, lesiones invalidantes, incapacidad temporal superior a seis meses o daños a la salud mental que precisen tratamiento terapéutico, como ya recordó –respecto de los delitos de violencia doméstica en general– la Instrucción 4/2004 de la Fiscalía General del Estado.

IV. PROCEDIMIENTO PARA LA EMISIÓN DE LOS INFORMES DE ACREDITACIÓN

El carácter excepcional de estos informes fiscales, que como se indicó *supra* solo se emitirán en los supuestos en que no haya sido posible tramitar íntegramente la orden de protección, no obsta a la relevancia de los mismos.

Es cierto que, como ya ocurriese con la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, la LO 1/2004 no habilita al Juez o al Fiscal para ordenar medidas sociales o económicas, pero no debe olvidarse que del acierto de sus autos e informes dependerá en parte la efectiva realización de los derechos y ayudas legalmente previstos, lo que obliga a un nuevo esfuerzo de sensibilidad y responsabilidad para con las víctimas.

Además, debe recordarse, que dichos informes nacen con vocación de eficacia frente a terceros, actuando como medio de prueba de la condición de víctima de violencia de género respecto de aquellas administraciones públicas, empleadores o terceros ajenos al proceso penal, ante los que las víctimas pretendan el reconocimiento de sus derechos.

Todo ello apunta a la conveniencia de supeditar dichos informes al visado del Fiscal Jefe correspondiente, del Fiscal responsable en cada Fiscalía del Servicio de Violencia Doméstica –próximamente Sección contra la Violencia sobre la Mujer– o del Fiscal en quien aquél delegue, como medida para garantizar no sólo la deseable unidad de actuación del Ministerio Fiscal, sino como medida de control de la propia Fiscalía.

Su emisión se llevará a efecto –cuando las circunstancias que concurren hagan previsible una demora en la resolución de la orden de protección– a petición de las víctimas o de su representación procesal, en la que deberá concretarse la medida o medidas específicas de las contempladas en la LO 1/2004 a cuya obtención pudiera ir dirigido el informe. Dicha solicitud podrá efectuarse directamente a la Fiscalía, bien por escrito, bien verbalmente en comparecencia debidamente documentada, o en la propia declaración que la perjudicada preste ante la autoridad judicial, en cuyo caso deberá solicitarse del Juzgado una copia testimoniada para su constancia en la Fiscalía.

Los Sres. y Sras. Fiscales receptores de la solicitud, ya sea el Fiscal de guardia, ya el Fiscal encargado del despacho del asunto, elaborarán un informe en el que harán constar cuantos datos se estimen precisos para la debida identificación de la solicitante y del procedimiento penal a que se refiere, exponiendo fundadamente los indicios que acrediten a la interesada como víctima de violencia de género en atención a las circunstancias y extremos analizados en el apartado II, o en su caso, la inexistencia de dichos indicios.

El indicado informe, junto con la solicitud de la interesada y la documentación complementaria que se considere oportuna, será remitida con carácter urgente al Fiscal responsable de su visado, el cual si estima justificada la petición, y sólo en este caso, expedirá una certificación –conforme al modelo que se adjunta como Anexo de

la presente Instrucción— para que surta efecto respecto del concreto derecho o ayuda que pretenda realizar la víctima. En dicha certificación, se hará constar el reconocimiento de la existencia de indicios acerca de que la solicitante es víctima de violencia de género, sin detallar en qué consisten, de forma que no trasciendan datos de la causa a terceros ajenos al proceso.

La certificación se hará llegar a la interesada con la mayor brevedad posible, remitiéndose igualmente una copia testimoniada al Juzgado encargado de la tramitación de la causa penal de su razón, de forma que quede constancia en las actuaciones de la emisión del mismo ante eventuales pronunciamientos judiciales que puedan incidir en su vigencia.

No obstante, pueden concurrir razones de urgencia que imposibiliten el visado previo de los informes en supuestos excepcionales. En tales circunstancias, si fueran evidentes los indicios de criminalidad, los Sres. y Sras. Fiscales emitirán directamente el certificado de indicios —conforme al modelo adjunto—, dando cuenta, con la mayor brevedad, al Fiscal encargado del visado a quien se entregará la solicitud, el informe de indicios, la documentación complementaria que se estime necesaria y una copia del certificado para su registro.

Para posibilitar el seguimiento y control de los informes que los Sres. y Sras. Fiscales emitan al amparo de la LO 1/2004, posibilitando la expedición de copias o la certificación, si fuera necesario, de la autenticidad de su contenido, en cada Fiscalía se llevará un registro en el que se archivarán, con número de identificación correlativo, todas las solicitudes que se reciban junto con el informe positivo o negativo de indicios relativo a la misma y, en su caso, copia de la certificación expedida por el Fiscal visador, o excepcionalmente, por el Fiscal que la haya emitido por razones de urgencia. Igualmente resulta aconsejable que tales registros dispongan además de un índice alfabético de las solicitantes que posibilite la búsqueda por el nombre de la interesada.

En tanto no se produzca la deseable incorporación de estos informes al Registro Central para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica, el Registro de Informes que se lleve en cada Fiscalía deberá ser igualmente consultado por los Sres. y Sras. Fiscales antes de expedir sus dictámenes, por la vía que en cada caso resulte más idónea —fax, teléfono— a fin de conocer si existen antecedentes, salvo que tal medida supusiera demorar una petición que presenta caracteres de urgencia.

V. ESTADÍSTICA

Los datos estadísticos correspondientes a los informes que los Sres. y Sras. Fiscales emitan conforme a lo dispuesto en los artículos 23, 26 y 27 de la LO 1/2004, habrán de ser recogidos en las Memorias Anuales de las Fiscalías, junto con los restantes datos a los que alude la Instrucción 7/2001, sobre elaboración de la Memoria Anual, debiéndose mencionar también en aquéllas las incidencias que se hayan planteado en la ejecución de dichas normas, sin perjuicio de poner en conocimiento de la Fiscalía General del Estado, en cualquier momento, cuantas cuestiones dificulten la correcta intervención del Ministerio Fiscal.

La presente Instrucción será de aplicación sin perjuicio de que en momento ulterior resulte preciso abordar cuantas otras cuestiones pueda plantear el desarrollo reglamentario de la Ley o la experiencia de su aplicación diaria.

ANEXO

FISCALÍA DE

Número de orden:

D./DÑA FISCAL JEFE DE
..... (o nombre y cargo del Fiscal que asuma la emisión del certificado).

CERTIFICO:

Que en el (especifíquese el tipo y número del procedimiento judicial) que se sigue ante el Juzgado de número de, aparecen indicios de que doña, con DNI/NIF número, es víctima de violencia de género, sin que hasta la fecha se haya dictado auto resolutorio de la orden de protección que se ha instado en el mismo.

Y para que conste, expido el presente certificado conforme a lo dispuesto en el artículo..... (cítense los arts. 23, 26 ó 27 según proceda) de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, a petición de la interesada (o en su caso de su representante legal, reseñando en tal caso su nombre y DNI) a efectos de (indíquese el derecho o ayuda que pretende realizar la solicitante), en, a

BIBLIOGRAFÍA

BUENO ARÚS, Francisco, y DE MIGUEL ZARAGOZA, Juan, *Manual de Derecho Penal Internacional*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2003, 469 páginas

En la extrema madurez de su carrera universitaria y de servicio público, el Profesor Bueno Arús; y desde la perspectiva de la dedicación pretérita y válida a la cooperación jurídica internacional, el Magistrado De Miguel Zaragoza, nos ofrecen este libro fruto de la experiencia y de la entrega de ambos a una materia a la que los penalistas, tal vez y, desde luego en lo que a mi concierne, no prestamos la debida y merecida atención. Y sin embargo, nada más de actualidad rigurosa y necesario conocimiento que el temario abordado en esta obra única en la literatura científica española del momento.

Es de esos trabajos que sólo pueden escribirse desde la distancia del conocimiento elevado que únicamente proporciona el tiempo dedicado al estudio y a la práctica de cuanto conforma su contenido. De ahí, la excepcionalidad del texto resultante, la claridad expositiva y la síntesis armónica de los resultados obtenidos.

Nada, por otra parte, es de extrañar. Siento por Francisco Bueno Arús una admiración y un cariño que los años han ido ratificando. Sus escritos lejanos fueron una de mis primeras lecturas en el tema del Derecho Penitenciario, siempre provechosas y aleccionadoras, que confirmaron y orientaron mi vocación decidida hacia la penología. Cuando colaboramos juntos en la Dirección General de Instituciones Penitenciarias el aprendizaje fue mutuo, recíproco y constante. Desde entonces nos hemos encontrado en múltiples ocasiones universitarias y prelegislativas y todas ellas han sido y son gratificantes. El poder contar con un compañero y colega como él es una de las satisfacciones de mi vida profesional y universitaria.

Entrando ya en la reseña del libro, este manual de Derecho Penal Internacional, pese a la innata modestia de los propios autores a la hora de calificarlo en la nota introductoria, constituye, sin duda, ya lo he dicho, la más completa exposición de una materia de por sí harto compleja, no sólo por la dispersión normativa que la caracteriza sino, quizás lo más determinante, por la ausencia de unas bases dogmáticas cimentadas sobre las que estructurar una exposición completa de esta disciplina. El antecedente de la obra del gran Quintano, mi querido profesor de licenciatura en la Complutense, se reseña aquí con su merecido mérito.

Siendo conscientes los autores de lo mencionado, el libro arranca con un capítulo introductorio (parte I) dedicado a cuestiones generales, donde se aborda el concepto, contenido y fuentes de esta rama del Derecho, señalándose los dos conceptos nucleares sobre los que se estructura la obra.

En efecto, la ya clásica distinción entre el Derecho Internacional Penal y el Penal Internacional (que arranca con Jannacone y se consolida en nuestra doctrina con la mencionada aportación de Quintano en su conocido Tratado), es sustituida ahora por los autores por la de Derecho Penal de fuente Internacional y Derecho Penal español con elementos extranjeros. Y ahora que acabamos de citar a Constantino Jannacone podemos indicar, como botón de muestra de la minuciosidad bibliográfica del libro que comentamos, que una errata heredada históricamente de la obra de Quintano, consistente en datar el artículo del italiano en 1946 (*vid.* pp. 20 y 144 del tomo I del Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal, Madrid –si bien en reverso de portadilla figura Sevilla–, 1955) es ahora subsanada y correctamente fechada (1926) y referenciada con paginación.

La parte II se dedica, como hemos dicho, al Derecho penal de fuente internacional conceptuándolo como aquel conjunto de normas internacionales referentes a delitos, consecuencias del delito, Tribunales penales internacionales y procedimiento penal, distinguiendo dentro de su exposición una parte general y una especial. De la primera destacaríamos el estudio del delito internacional, de especial importancia tras la aprobación del Estatuto de la Corte Penal Internacional, de las sanciones imponibles, con una clarividente evidencia del problema que plantea la asunción de la cadena perpetua en el Estatuto, con la solución a ello en lo referido a nuestro país mediante la cláusula de prohibición de ejecución, y el estudio, meridianamente didáctico, de determinados organismos judiciales (Magistrados de enlace, Red Judicial Europea, Eurojust, Olaf) y policiales (Europol, Interpol, Sistema de Información de Schengen) de ámbito internacional.

En la parte especial se estudia la regulación que de determinados delitos realiza la normativa internacional, desde los consignados como tal en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, a la protección de intereses financieros de la Unión Europea (el conocido *corpus iuris* en quienes algunos han visto un primer germen de un Código penal europeo), pasando por la trata de personas, tráfico de drogas, falsificación de moneda, piratería, corrupción... y sobre todo, por su especial interés, resaltando el estudio de los instrumentos referidos al delito de terrorismo, desde el Convenio de represión de 1977 a la Decisión-marco de 13 de junio de 2002. En esta última materia los autores sostienen la necesidad de que en el Derecho interno sea una ley especial la que regule la respuesta punitiva ante el mismo, a fin de evitar que los rigoristas principios que deben informar esta regulación terminen «contaminando» todo el Código penal, algo de lo que por desgracia ya tenemos experiencia con la denostada Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas. Finaliza esta parte especial con unas consideraciones generales, de gran interés, sobre la caracterización de los delitos internacionales en el Derecho Internacional Penal vigente.

La parte III, como dijimos, se dedica al Derecho penal español con elementos extranjeros, comenzando por el estudio de la aplicación de la Ley penal en el espacio, donde, lógicamente, destaca el estudio del siempre controvertido artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Aquí, el criterio de los autores respecto al principio de universalidad es llamativo, pues lo reconducen únicamente al delito de piratería en alta mar, por entender que en el resto de los casos siempre se exige alguna conexión con el Derecho del Estado que pretende ejercer la jurisdicción.

Especial mención merecen los capítulos VII a XI dedicados a la cooperación jurídica internacional, la extradición, la asistencia judicial en materia penal y al traslado de condenados. Es aquí, precisamente, donde de una forma más evidente se aprecia la experiencia de los autores en estas materias, de la que he hablado al comienzo de estas líneas. Después de sentar las bases y límites de la cooperación jurídica internacional, con interesantes observaciones respecto a la consideración del acto político como límite de cooperación internacional, a la cláusula de salvaguarda del orden público y a la eficacia extraterritorial de la Constitución como límite a esta cooperación, se estudia detenidamente el instituto de la extradición y los sistemas de entrega sustitutivos de la misma, entre los que sobresale, lógicamente, la denominada euroorden. Y sobre ambas materias los autores presentan novedosas posiciones hermenéuticas: así entienden la existencia de una competencia de bloqueo del Poder ejecutivo en el caso de la extradición activa y, por lo que respecta a la euroorden entienden aplicable la doctrina jurisprudencial existente respecto a la extradición, pues aquélla no es sino una forma de ésta.

Termina la obra, en los capítulos XII a XIV, dedicando Bueno Arús y De Miguel Zaragoza su atención a la transmisión de procesos penales, al valor internacional de las sentencias extranjeras y ejecución de las mismas y, finalmente, al interesante tema de la vigilancia internacional de personas condenadas o liberadas condicionalmente, en donde se evidencian los defectos y lagunas de nuestro Derecho al respecto, esbozando como solución razonable la integración de determinadas entidades públicas y profesionales privados en la Conferencia Europea de la Probation.

Por último, ha de decirse que, como anexo y en más de cien páginas, se compilan ocho instrumentos internacionales considerados de mayor relevancia.

Como fácilmente es observable, y reiterando lo dicho al principio de esta noticia bibliográfica, el presente manual está llamado a ocupar un lugar privilegiado en nuestra doctrina pues aúna, como méritos incuestionables, la claridad expositiva y el rigor científico en una materia tan ayuna de este tratamiento como es el Derecho Penal Internacional.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

CÓRDOBA RODA, Juan, y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, tomos I y II, Marcial Pons. «Ediciones Jurídicas y Sociales S. A.», Madrid-Barcelona, 2004, 2.790 páginas + índices

Siempre he tenido al Prof. Córdoba Roda por uno de los grandes del Derecho Penal. Cuando yo me iniciaba, de la mano de mi maestro, el Prof. Gimbernat, en nuestra disciplina, leí sus libros con admiración y aprovechamiento, aquéllos que hablaban de las eximentes incompletas o daban cuenta de la nueva estructura sistemática delictiva. Con superlativo interés estudié sus imperecederas notas al Tratado de Maurach (1962) y, en fin, completé parte de mi lejana formación con sus primeros *Comentarios al Código Penal. Parte General y Especial*, incompletos éstos, de los primeros años de la década de los años setenta aquéllos y de 1978 los segundos. Y, desde luego, encontré en la obra de Juan Córdoba Roda la consciencia de sí mismo, de su valía, la utilidad práctica innegable de sus líneas para el operador jurídico y la profundidad técnica necesaria para el científico. Su tarea magnífica como publicista se completa con su veraz labor docente y de perdurable magisterio de tantos penalistas y la no menos reconocida de letrado en ejercicio, a la cabeza de cuantos se visten la toga o dictaminan asuntos.

Los presentes *Comentarios al Código Penal*, escritos en muchos de sus apartados (insolvencias punibles, falsedades, delitos contra la Administración Pública y de Justicia y atentados) por el maestro de Barcelona, donde se aprecia el respeto a la literatura clásica y el fácil manejo de la moderna, dirigidos por él en todo caso, en unión de la Profesora García Arán, en la que siempre creí, alcanzan un valor insuperable en la hora actual pues diez años después de la vigencia del Código Penal, reformado posterior y sucesivamente, nos proporciona una visión madura y sentada de sus preceptos consolidados, tratados uno a uno por algunos de los brillantes colaboradores, todos Profesores Titulares de Universidad (Magaldi, Cugat, Rebollo y Baucells), que firman la obra y cuya relación pormenorizada se ofrece al final de los tomos para información de la autoría concreta de cada comentario.

La literatura de estos *Comentarios* es de subida calidad. Cercana y llana, favorece la lectura y la comprensión del texto que no se vuelve árido pese a la especialización de la materia. Y, además, la letra impresa se torna uniforme, cosa complicada en libros de esta naturaleza. Sin duda la labor paciente e inteligente y el lenguaje cuidado del Profesor Córdoba Roda han operado el milagro del equilibrio y la unidad de expresión.

La obra que se recensiona adopta la forma tradicional de unos comentarios, como su título expresa. Quiere ello decir, en primer lugar, lo que en ocasiones no parece tan obvio: que se abordan todos los artículos del Código Penal, en plural, en extensión proporcionada y no únicamente los más trabajados por la ciencia o aplicados por la jurisprudencia. Siguiendo el orden legal, la obra abarca los preceptos de la Parte Especial, desde el homicidio y sus formas hasta las faltas, en armónica escritura, cuidada exposición y excepcional desarrollo.

La metodología se conforma de una manera clásica. Se presenta, en primer término, el bien jurídico protegido, después el artículo correspondiente con opiniones doctrinales, en bibliografía siempre actualizada y poco engorrosa, leída y no solo almacenada procedente de ficheros, y, en fin, se informa de los criterios jurisprudenciales al respecto, dando cuenta, de esta forma, del estado de la cuestión, añadiendo posturas personales cuando así se estima. No se ha optado, sin embargo, por la amplia referencia a los antecedentes históricos, al Derecho comparado, ni a los aspectos criminológicos del delito, sin duda aquí no precisa por la saturación de la propia obra.

El presente magno trabajo se dirige a toda la comunidad científica y a nuestros Jueces y Tribunales. Todos aprenderemos de ella y muchos la tendrán en cuenta cuando apliquen el Derecho Penal, pues tiene respuestas eficaces, pensadas y fundamentadas. Desde luego para quien esto escribe, que nunca deja de reconocer el genio y trabajo ajenos, pasa desde este momento a ser el libro de consulta imprescindible para sus clases y trabajos en el convencimiento de que, por manejarla y aprender de ella, serán mucho mejores.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *La prescripción penal: Fundamento y aplicación. Texto adaptado a la LO 15/2003 de reforma del Código penal*, Atelier Libros Jurídicos (colección justicia penal), Barcelona, 2004, 221 páginas; 18,27 euros

A pesar de que la prescripción de delitos y penas no goza precisamente de buena fama en la opinión pública –así se expresa al inicio de esta obra–, no ha dejado de suscitar interés en la doctrina penal, al menos en los últimos años. En efecto, un repaso por la bibliografía descubre seis monografías publicadas en nuestro país desde 1995 (las de Serrano Gómez, Rey González, Pastor Alcoy, Medina Cepero, González Tapia, Gili Pascual, a las que cabe añadir las de D. R. Pastor y J. H. Sproviero, publicadas en Argentina). No son escasos tampoco los artículos suscitados por cuestiones concretas. Esta obra se suma a ese elenco, y lo hace con el estilo propio que su autor ha mostrado en otros trabajos: un considerable esfuerzo por enlazar los fundamentos de las instituciones penales, sobre todo de la teoría del delito, con su relevancia procesal. Así es: los trabajos que Ragués i Vallès ha ido ofreciendo combinan un sólido fundamento teórico con la proyección práctica del objeto de estudio. No es casual que el autor, que aúna su dedicación profundamente académica con una amplia experiencia práctica, se haya propuesto el estudio de la relevancia procesal de las categorías y conceptos del llamado «Derecho penal material», convencido de que una construcción que no se plasma adecuadamente en el proceso no sirve como tal. En esta nueva obra su autor consigue un laudable equilibrio entre la fundamentación –en la que su estilo

y profundidad son propios de un trabajo de dogmática jurídico-penal— con el detalle de su aplicabilidad práctica, que da respuesta a muy diversas cuestiones suscitadas por el régimen positivo de la prescripción.

El estudio se centra en la prescripción de infracciones (delitos y faltas) y de sus consecuencias (penas y medidas de seguridad), lo cual hace de esta obra un trabajo completo. Se procede con un método que parte de lo que se prevé en nuestro sistema jurídico y en otros próximos (p. 24), para indagar en los fundamentos de esa concreta regulación y plantear también la oportuna crítica al régimen positivo, cuando le parece que éste no es coherente y ha de modificarse (pp. 35-36, por ejemplo). Una vez identificado el fundamento de la institución, y a partir de él, se afronta la labor de dar respuesta a las múltiples cuestiones prácticas de detalle (pp. 99 y ss.).

Se emplea con exhaustividad y se cita la bibliografía española, y alguna más en lengua castellana de autores latinoamericanos, además de obras de autores extranjeros, sobre todo con predominio de los de ámbito de lengua alemana; y de lengua inglesa, italiana y francesa, en menor medida. La jurisprudencia de los tribunales españoles (se analizan, sobre todo, resoluciones dictadas en los últimos quince años, salvo alguna excepción) se cita con precisión y oportunamente. Su exposición no se impone al lector de forma implacable —deductiva, por así decir—, sino que se desarrolla de manera prudential, sopesada (cfr. pp. 165-167, por ejemplo), rebatiendo con motivos la opinión contraria, y sin reparos en aceptar la opinión ajena cuando es plausible, o detectando puntos oscuros cuando éstos surgen.

El trabajo se estructura en dos partes, reflejo de ese doble aspecto metodológico penal-procesal, que es ya marca de identidad de las obras de Ragués: la fundamentación de la institución y su aplicación práctica. En la primera de ellas, se pasa revista a las diversas tesis sustentadas para justificar la prescripción (pp. 24 y ss.: renuncia al *ius puniendi*, derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, seguridad jurídica, prevención de la inactividad de la Administración de Justicia, evitación de errores de prueba, derecho a la defensa, fines de la pena o, por último, el fundamento múltiple), pero sin recargar la investigación con una exposición y referencias a las tesis, objeciones y ventajas, que harían demasiado prolijo el estudio (un esfuerzo de síntesis que es de agradecer). Tras rechazar las tesis al uso, traza lo que entiende fundamento —único— de la prescripción (pp. 41-46, resumen en p. 99): la falta de necesidad de pena que deriva del paso del tiempo en cuanto que hace perder sentido y significado al delito cometido, en la medida en que lo que es ya historia no conmueve la subsistencia de la sociedad, no requiere pena. Lo cual se evidencia en dos realidades: la gravedad de la infracción en el transcurso del tiempo y razones de economía procesal de la Administración de Justicia. En definitiva, la (falta de) necesidad de pena exige la existencia del instituto de la prescripción, pues «sólo la pena necesaria es una pena legítima» (p. 54), algo que le lleva (p. 62) a criticar la letra de la regulación legal de la prescripción, defectuosa en ocasiones por permitir el castigo de hechos que no requieren sanción.

Dicho planteamiento suscita otro más de fondo y que va más allá del tema central que le ocupa: que los delitos y faltas no existen al margen del proceso en el que se prueban y se enjuician los hechos (p. 186). Aunque el hecho antes del proceso no es irrelevante (suscita el inicio del proceso), es en el desarrollo de éste en donde gana entidad y se presenta como la valoración social de lo antijurídico, lo delictivo, lo que es delito. Esto supone plantear la dañosidad y el efecto del delito en términos social-comunicativos (pp. 147-150), lo cual, sin duda, tiene repercusiones en diversos ámbitos de la teoría del delito, no sólo en el de la prescripción. La perspectiva del instituto de la prescripción, de este modo, se enriquece. Ya por esa razón, se hace aconsejable la lectura de este trabajo.

Valioso en esta obra es no sólo lo que se afirma, sino también lo que no, y que sólo queda apuntado: una concepción comunicativa del injusto influye en otras categorías de la teoría del delito, como no podía ser de otra manera. Me refiero en concreto, por ejemplo, a la relevancia penal de la tentativa, cuestión que sin duda se suscita al leer lo que escribe sobre el contenido del injusto (pp. 43-45). Lo cual suscita otras cuestiones. Por ejemplo: si el injusto se plantea en términos social-comunicativos, ¿cuáles son los factores que hacen perder sentido al hecho? Ragués apunta uno con claridad: además de la percepción de la gravedad del delito a lo largo del tiempo, la economía de medios en la Administración de Justicia (pero ¿cómo pueden influir otros factores?, por ejemplo: criterios de oportunidad en la no persecución de determinados hechos). Además, como él mismo señala (p. 50), a veces la regulación legal de los plazos deja todavía vivo (el significado de) algunos delitos. ¿En qué medida una actuación procesal que pasa desapercibida mantiene con vida el significado de un hecho? Otro aspecto que queda para seguir reflexionando es lo que se deriva de la «historicidad» del delito: si el delito es presente que escapa hacia la historia, hacia la irrelevancia para la sociedad, es decir, hacia la no punibilidad, ¿no hay factores más allá de la consumación del delito que influyen sobre su existencia?

Más que discutir largamente sobre la *vexata quaestio* de la naturaleza, procesal o material, se inclina por defender el carácter procesal de la institución de la prescripción que recibiría acogida material en la categoría de la teoría del delito, cada vez más perfilada en la doctrina, de la punibilidad (pp. 88-89). Lo cual no impide en absoluto proponer que se evite la aplicación retroactiva de esas reglas que, aun siendo «procesales», afectan a la sancionabilidad del delincuente (pp. 82-83).

En la segunda parte se abordan las cuestiones prácticas que la institución plantea: inicio, interrupción y cómputo de los plazos. Y ello sin eludir temas no menores, como los suscitados en sede de nulidad de actuaciones procesales, concurso de delitos, conexidad... Convencido del fundamento de la prescripción, la pérdida de necesidad de sanción, desvela la injustificada práctica de los tribunales de obrar en caso de duda a favor de la no prescripción (p. 100). Lo cual evidencia el proceder en contra del reo cuando se presenta la duda sobre la prescripción de su delito. A la vez, no elude aportar criterios

y reglas para proceder en determinados grupos de casos (pp. 108-111, por ejemplo).

En el conjunto de un trabajo sólido y completo, se echa en falta, a mi modo de ver, una fundamentación más amplia del expediente legal en el que basa la propuesta de atenuar la pena en algunos casos por el transcurso del tiempo: la atenuante analógica (pp. 64-66, 120, 124, 127, 131, 153, por ejemplo). En la medida en que dicho expediente se entienda por cierta doctrina y praxis como una vía genérica de atenuación de la pena, sería conveniente una base más firme, a la vista de la redacción del artículo 21.6.^a El problema de tal circunstancia analógica, en efecto, no reside sólo en la posibilidad de la arbitrariedad (p. 66), sino también en la concreta redacción del texto legal y la posición de cierta doctrina que se resiste a aceptar la analogía *favor rei* más allá de los casos expresamente previstos en la ley.

El lector tiene ante sí una obra ponderada, en donde la agudeza de lo que se afirma no resta profundidad al planteamiento del objeto de estudio. Todo ello con un lenguaje claro. Y en una edición cuidada, a cargo de la editorial Atelier, que ha realizado una apuesta por los estudios de Derecho penal con esta colección «Justicia penal», en colaboración con el grupo *Iuscrim-Barcelona* que en la Universitat Pompeu Fabra dirige el profesor Silva Sánchez.

PABLO SÁNCHEZ-OSTIZ
Profesor de Derecho Penal
Universidad de Navarra